



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE

DOTTORATO DI RICERCA IN

Diritto ed economia dei sistemi produttivi, dei trasporti e della logistica

Ciclo XXVI

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

La duplice natura della società pubblica:
tra garanzia della concorrenza e alternativa all'appalto

Dottoranda:

Dott.ssa Irma Giovanna Antonini

Relatore:

Chiar.mo Prof. Marcello Maria Fracanzani

ANNO ACCADEMICO

2012/2013

LA DUPLICE NATURA DELLA SOCIETÀ PUBBLICA:
TRA GARANZIA DELLA CONCORRENZA
E ALTERNATIVA ALL'APPALTO

INDICE

Premessa	4
----------------	---

CAPITOLO PRIMO

Le società degli enti pubblici

1. Il panorama delle società pubbliche	
1.1. I cc.dd. modelli di società pubblica	7
1.2. La rilevanza (non solo economica) delle società pubbliche nel settore dei servizi pubblici locali	18
1.3. La delimitazione degli ambiti di mercato (concorrenziali ovvero non concorrenziali). Discrezionalità della pubblica amministrazione	22
1.4. Gli ambiti territoriali ottimali	28
2. L'evoluzione delle società pubbliche nell'ordinamento nazionale	
2.1. Le origini: aziende municipalizzate e aziende speciali	30
2.2. Il fenomeno di privatizzazione in senso formale e in senso sostanziale	34
2.3. La crisi del sistema delle società pubbliche alla luce dei principi comunitari di tutela della concorrenza e razionalizzazione della spesa	37
2.4. L'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 199 del 2012	42
2.5. I recenti interventi in materia	46

CAPITOLO SECONDO

I settori non concorrenziali

1. Le società che si rivolgono ai mercati non competitivi	
1.1. Le società strumentali	50
1.2. La gestione <i>in house</i>	59
1.3. La disciplina applicabile: il diritto di accesso	66
1.4. La giurisdizione contabile	70
1.5. La soggezione al patto di stabilità interno	76
1.6. I vincoli di spesa per il personale	81

2. I margini di operatività delle società pubbliche non concorrenziali	
2.1. Un modello in via di estinzione?	86
2.2. Il ruolo di garante del corretto espletamento del servizio	89

CAPITOLO TERZO
Le società pubbliche nel mercato

1. La società mista	
1.1. Introduzione	94
1.2. La gara a doppio oggetto	101
1.3. Il principio di alternatività	106
1.4. L'appetibilità della società mista: il ruolo garante del socio pubblico e l'opportunità di dialogo con il <i>partner</i> imprenditore.	114
1.5. L'attuale possibilità per gli enti locali di costituire società miste alla luce dei recenti interventi normativi in materia	121
2. Le società interamente pubbliche che operano in regime concorrenziale	
2.1. Il ruolo delle società degli enti pubblici nel mercato	126
2.2. Il settore dell'energia elettrica	130
2.3. Il gas	136
2.4. I trasporti e il processo di liberalizzazione. Il trasporto ferroviario	141
2.5. Il trasporto aereo	146
Conclusioni	152
Bibliografia	155

PREMESSA

La società pubblica è un organismo per sua natura ibrido, poiché coniuga l'elemento privatistico "società", regolato dalle norme di diritto comune, a quello pubblicistico del capitale, in tutto o in parte nelle mani degli enti pubblici. In quest'ottica sembra possibile considerare la forma societaria come un dato di per sé neutro, compatibile con la proprietà pubblica o privata delle quote o delle azioni. A ben vedere, la partecipazione amministrativa costituisce garanzia di perseguimento dell'interesse generale, e la società diventa lo strumento per svolgere servizi che assicurino la massima soddisfazione degli utenti, favorendo nel contempo lo sviluppo di settori antieconomici o, viceversa, la regolamentazione delle aree di mercato. L'iniziale sviluppo del modello in esame, al quale si guardava con particolare favore per gli obiettivi di rilevante interesse pubblico cui era preposto, ha subito nel tempo una brusca interruzione, sotto la spinta del diritto europeo, seguito dal legislatore nazionale. Gli interventi normativi, di cui si darà conto, sono stati spesso animati dalla necessità di arginare fenomeni di *mala gestio* attuati per il tramite di società partecipate da capitale pubblico, generalmente concretizzatisi in assunzioni di massa illegittime e clientelari, consulenze inutili, sprechi per acquisti di forniture parimenti inutili o a prezzi fuori mercato, emolumenti elevatissimi agli amministratori e ai dirigenti: condotte talora configuranti financo ipotesi di reato per delitti contro la pubblica amministrazione⁽¹⁾. Simili realtà hanno determinato – oltre a enormi *deficit* di bilancio – bassissime qualità dei servizi erogati, a scapito di fruitori e contribuenti. Per altro verso, la disciplina della materia, in particolare quella comunitaria, si è mossa nella direzione di tutela della concorrenza e del libero mercato, venendo a limitare in modo radicale l'ambito di manovra delle società pubbliche. Sotto tali spinte le amministrazioni regionali e locali hanno

⁽¹⁾ Questi preoccupanti profili sono tratti dalla relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 della Corte dei conti, sez. giurisdiz. reg. per la Campania, tenuta dal procuratore regionale T. Cottone, consultabile in www.corteconti.it.

incontrato non poche difficoltà ad adeguarsi, poiché detti organismi costituiscono ormai una fattispecie largamente diffusa, tale da determinare non solo problemi di tipo economico sotto il profilo della loro sostenibilità, ma anche tensioni a livello sociale legate alla necessità di mantenere gli *standard* occupazionali. Per altro profilo, l'organizzazione e il funzionamento delle società pubbliche secondo le regole del diritto privato hanno fatto sorgere delicate questioni sulla disciplina applicabile e, in particolare, sulla giurisdizione per l'accertamento delle responsabilità da cattiva gestione, sulla soggezione al patto di stabilità o ai vincoli alla spesa per il personale e le consulenze, sulla vigenza delle norme in tema di accesso: tutti temi non ancora risolti. Infatti – nonostante la forma di s.p.a. richiami la disciplina di diritto privato – esigenze di giustizia sostanziale portano ad escludere che lo strumento societario possa tradursi in una sorta di “scudo” per gli enti locali, idoneo a svincolarli dai numerosi oneri pubblicistici in materia di bilancio, contabilità e, in generale, buona amministrazione.

In questo panorama il legislatore nazionale è intervenuto a più riprese, nel tentativo di frenare il depauperamento pubblico, garantire l'espletamento dei servizi essenziali ai cittadini, e allo stesso tempo attuare le direttive comunitarie in materia di libero mercato e tutela della concorrenza fra le imprese. L'analisi della società pubblica, nei suoi vari modelli e nelle sue diverse declinazioni, permette di valutare – ove ancora sussistano – le attuali potenzialità di questo strumento. In una realtà di sfiducia per tutto ciò che è pubblico e, viceversa, di incentivo all'investimento privato, bisogna analizzare quale possa essere il ruolo attuale delle società pubbliche, soprattutto con riferimento a modelli gestionali che vedono anche la partecipazione del privato ⁽²⁾. In particolare, preme considerare la posizione dell'impresa a partecipazione pubblica nel mercato, quale alternativa all'operatore privato (o suo *partner*) nello svolgimento di servizi a vantaggio della collettività, ovvero come possibile “controllore” che dall'interno si fa garante del corretto

⁽²⁾ Il riferimento è alle società miste.

espletamento di prestazioni e servizi, senza dimenticare il necessario rispetto del principio di concorrenza. L'analisi del perimetro di tali società deve considerarsi un'operazione essenziale non solo per attuare una riduzione della spesa, ma anche per rendere più efficiente l'azione pubblica e la collaborazione con i privati, a tutto vantaggio della collettività.

CAPITOLO PRIMO

LE SOCIETÀ DEGLI ENTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Il panorama delle società pubbliche. – 1.1. I cc.dd. modelli di società pubblica. – 1.2. La rilevanza (non solo economica) delle società pubbliche nel settore dei servizi pubblici locali. – 1.3. La delimitazione degli ambiti di mercato (concorrenziali ovvero non concorrenziali). Discrezionalità della pubblica amministrazione. – 1.4. Gli ambiti territoriali ottimali. – 2. L'evoluzione delle società pubbliche nell'ordinamento nazionale. – 2.1. Le origini: aziende municipalizzate e aziende speciali. – 2.2. Il fenomeno di privatizzazione in senso formale e in senso sostanziale. – 2.3. Il partenariato pubblico-privato (P.P.P.). – 2.4. La crisi del sistema delle società pubbliche alla luce dei principi comunitari di tutela della concorrenza e razionalizzazione della spesa. – 2.5. L'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 199 del 2012. – 2.6. I recenti interventi in materia.

1. Il panorama delle società pubbliche

1.1. I cc.dd. modelli di società pubblica

Il tema delle società degli enti pubblici è da tempo oggetto di ripetuti – e spesso confusi – interventi da parte del legislatore, che ha dapprima introdotto e quindi rimaneggiato disposizioni normative al di fuori di un disegno coordinato ed omogeneo ⁽³⁾. Il tentativo che ci anima è quello di dipanare i dubbi sorti

⁽³⁾ La sequenza normativa cui si farà riferimento tocca equamente gli ultimi governi di centrosinistra, centrodestra e tecnico a riprova della trasversalità della materia e della sua rilevanza nei profili economici nazionali. Come si specificherà meglio in seguito, l'*iter* muove dall'articolo 13 del decreto legge 223/2006 (c.d. decreto Bersani), convertito con modificazioni dalla legge 248/2006, che ha sostanzialmente individuato l'amministrazione quale cliente unico per le società degli enti territoriali con oggetto diverso dai servizi pubblici locali; prosegue con l'articolo 3, commi da 27 a 32 della legge 244/2007 (finanziaria 2008), che ha imposto a tutti gli enti territoriali una ricognizione sull'utilità delle società partecipate, e le leggi 2/2009, 69/2009, 102/2009 di novellazione delle precedenti norme; l'articolo 23 *bis* del decreto legge 112/2008, convertito in legge 133/2008 e successivamente abrogato *in toto* dal *referendum* del 12 e 13 giugno 2011, che in ossequio alla disciplina comunitaria ha introdotto la forma del partenariato pubblico-privato quale unica alternativa all'affidamento concorrenziale dei servizi pubblici di rilevanza economica;

sull'applicazione di una disciplina fortemente condizionata dai principi comunitari e dalle istanze di provenienza popolare ⁽⁴⁾, nonché dalle ulteriori esigenze non solo di matrice giuridica, ma anche economica e sociale.

l'articolo 4 del decreto legge 138/2011 (c.d. manovra di ferragosto), convertito in legge 148/2011, che ha sostanzialmente riprodotto la norma abrogata in ragione della sua derivazione europea, sul quale sono intervenuti la legge 183/2011 (c.d. legge di stabilità 2012) e il decreto legge 1/2012 (c.d. decreto "Cresci Italia" sulle liberalizzazioni), convertito con modificazioni dalla legge 27/2012, che ha ridotto ulteriormente gli spazi di affidamento diretto e di intromissione della mano pubblica, ampliando per contro gli affidamenti concorrenziali e intervenendo drasticamente sulla legittimazione a partecipare alle gare da parte dei soggetti titolari di impianti o altre privative che possano alterare la concorrenza. Su tale quadro normativo – di per sé già sufficientemente variegato – è intervenuta la sentenza 199/2012 della Corte costituzionale, la quale ha sancito l'illegittimità del predetto articolo 4 del decreto legge 138/2011 nell'intero suo contenuto. Neppure in seguito a ciò l'attività frenetica del legislatore si è fermata: ulteriori apporti in materia sono il decreto legge 83/2012 (misure urgenti per la crescita del Paese, c.d. decreto sviluppo), convertito in legge 134/2012, che ha influito sui criteri di organizzazione dei servizi pubblici locali, e il decreto legge 95/2012 (c.d. *spending review bis*), convertito in legge 135/2012, il quale si è inserito, in particolare, nell'ambito della disciplina delle società strumentali e degli affidamenti *in house*. Infine, si ricordano il decreto legge 174/2012 (c.d. decreto taglia spese per gli enti locali), convertito in legge 213/2012; il decreto legge 179/2012 (ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, c.d. decreto sviluppo *bis*), convertito in legge 221/2012, con nuovi aggiustamenti in tema di *in house*; il recentissimo decreto legge 101/2013, convertito con modificazioni dalla legge 125/2013. La letteratura in questo settore è sterminata: oltre alle fondamentali monografie successive all'intuizione di U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, nel prosieguo di questo lavoro si farà riferimento ai fondamentali contributi di I. M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; A. CLARIZIA, *Società miste: profili generali*, in G. ALPA, A. CARULLO, A. CLARIZIA, *Le S.p.A. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998; G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 131 ss.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss.; S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; G. DELLA CANANEA, *Servizi pubblici*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007; F. CINTIOLI, *Le reti come pubblici servizi e la gestione dei servizi*, in *Dir. amm.*, 2007, 293 ss.; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313 ss.; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 555 ss.; S. AMOROSINO, *L'"amministrativizzazione" del diritto delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2011, 607 ss.; S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011; G. MONTEDORO, L. TRETOLA, *Le liberalizzazioni dei servizi pubblici locali dopo la nuova "riforma" del decreto "Cresci Italia" 2012*, in www.giustamm.it, n. 4/2012; M. LUCCA, *Orientamenti sulla gestione dei servizi pubblici locali tra liberalizzazioni incompiute e gestione societaria*, in www.lexitalia.it, n. 2/2012; P. JORI, *Luci ed ombre sul decreto legge 6 luglio 2012 n. 95 in materia di spending review*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2012; B. E. G. FUOCO, *La nuova società in house "marginale" negli affidamenti di beni e servizi a seguito della spending review*, in www.lexitalia.it, n. 8/2012; C. RAPICAVOLI, *I servizi pubblici locali nel decreto liberalizzazioni*, in www.leggioggi.it, 2012; C. RAPICAVOLI, *Servizi pubblici locali. La Consulta cancella quasi del tutto la normativa nazionale*, in www.leggioggi.it, 2012; C. VOLPE, *La nuova normativa sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, in www.giustamm.it, n. 1/2013; C. VOLPE, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, n. 11/2013.

⁽⁴⁾ Il riferimento è al referendum del giugno 2011, il quale ha abrogato l'articolo 23 bis del decreto legge 112/2008.

Per fare chiarezza nella molteplicità di forme delle società pubbliche – o parzialmente pubbliche – attualmente previste per lo svolgimento dei servizi, conviene individuare quattro tipologie che già in letteratura si definiscono “modelli” ⁽⁵⁾. Da un lato, riscontriamo le società che effettuano il servizio fuori mercato e si rivolgono unicamente al comune o al diverso ente locale di riferimento: trattasi delle cc.dd. società strumentali, tra le quali spiccano quelle per il servizio dell’acqua e dei rifiuti ⁽⁶⁾. In secondo luogo, si annoverano le società comunque al di fuori del mercato, ma rivolte agli utenti, ossia a un numero indifferenziato di soggetti e, anzi, con l’obbligo di garantire il servizio a chiunque lo chieda: in tal caso la modalità di affidamento sarà quella diretta o *in house* e verrà utilizzata nel rispetto dei canoni dettati dal diritto comunitario ⁽⁷⁾. In terzo luogo, abbiamo le società che operano in regime di mercato e dotate di capitale interamente pubblico: sono quelle che svolgono il servizio nei settori liberalizzati, quali l’energia, il gas, i trasporti ⁽⁸⁾. Infine, vi sono le società miste, operanti secondo criteri concorrenziali e con la partecipazione di un socio privato scelto

⁽⁵⁾ Il termine “modello organizzativo” era già impiegato nell’articolo 117, comma 3, del Testo unico sugli enti locali, in tema di tariffe dei servizi. Viene ripreso da C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?* (nota a C.G.A., sez. giur., 24 dicembre 2002, n. 692), in *Urb. App.*, 2003, 711 ss.

⁽⁶⁾ Sulle società strumentali si v. il capitolo II, paragrafo 1.1. Si precisa che il servizio dei rifiuti, a differenza di quello idrico, non è necessariamente gestito con società strumentali, bensì può essere svolto da privati previa apposita autorizzazione. In proposito si rinvia a B. ALBERTAZZI, *La nuova gestione dei rifiuti dopo il d.lgs. 205/2010*, Rimini, 2011.

⁽⁷⁾ In seguito alla sentenza 199/2012 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l’illegittimità dell’articolo 4 del decreto legge 138/2011, l’affidamento *in house* deve ora fare diretto riferimento ai canoni comunitari: tale forma di gestione è consentita qualora l’amministrazione sia in grado di esercitare un controllo analogo a quello relativo ai propri servizi e laddove la destinazione prevalente dell’attività societaria abbia luogo con l’ente (o gli enti) di riferimento. In relazione a tali parametri l’orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia CE si è andato via via inasprendo, passando da un’impostazione pragmatica ad una più formalistica, fino ad affermare che anche una percentuale minima di partecipazione del privato escluda la possibilità di *in house*. Su tale argomento si v. il capitolo II, par. 1.2. Si rinvia, inoltre, a F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 506 ss., e alla cospicua giurisprudenza comunitaria: *ex multis*, Corte di giustizia CE, sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, causa C-107/1998; sentenza *Stadt-Halle* dell’11 gennaio 2005, causa C-26/2003; sentenza *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005, causa C-458/2003.

⁽⁸⁾ Si v. *amplius* il capitolo III, par. 2.

mediante evidenza pubblica per l'attribuzione di una quota connessa allo svolgimento di specifici compiti operativi ⁽⁹⁾).

L'elaborazione dei quattro modelli descritti costituisce il punto di arrivo di una disciplina variegata e in continua evoluzione, di cui qui si ripercorrono brevemente le tappe ⁽¹⁰⁾. Quale primo significativo apporto in materia, preme ricordare la legge 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali, ove prevedeva la gestione dei servizi pubblici locali ⁽¹¹⁾ mediante cinque "moduli" tra loro alternativi: la gestione in economia, l'affidamento in concessione a terzi, lo svolgimento del servizio per il tramite di azienda speciale, a mezzo di istituzione, ovvero con società per azioni a prevalente capitale pubblico locale ⁽¹²⁾. La successiva legge 23 dicembre 1992, n. 498, vi affiancava l'istituto della s.p.a. mista senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, con obbligo di procedura concorsuale per la scelta dei soci privati (modello precursore dell'attuale società mista pubblico-privata). Tali previsioni sono successivamente confluite nel Testo unico sugli enti locali (TUEL), contenuto nel decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 ⁽¹³⁾. In particolare, si fa riferimento agli articoli 112 e seguenti, che regolano i servizi pubblici locali, distinguendo tra quelli dotati di rilevanza economica (art. 113) ⁽¹⁴⁾ e quelli che ne sono privi (art. 113 *bis*), ponendo in tal modo, quale

⁽⁹⁾ Per una trattazione completa, si rinvia al capitolo III, par. 1.

⁽¹⁰⁾ Come è stato osservato, "il concetto di servizio pubblico assume un significato dinamico ed elastico, che non indica più una categoria bensì una scala di intensità. Fermo restando che si tratta pur sempre di interventi di determinazione dell'offerta da parte di pubblici poteri, tali interventi si manifestano secondo diverse intensità che vanno dall'intervento diretto (in economia) da parte del soggetto pubblico al mero ruolo regolativo da quest'ultimo svolto nei confronti di attività private che soddisfino interessi pubblici (G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005).

⁽¹¹⁾ Mancando una nozione legislativa di "servizio pubblico locale", la sua definizione è essenzialmente frutto dell'opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza, e si riconduce sostanzialmente a due concezioni: soggettiva e oggettiva. Sul tema si richiama la bibliografia citata alla nota 3.

⁽¹²⁾ Art. 22, l. 142/1990, ora abrogato.

⁽¹³⁾ L'art. 274 TUEL ha abrogato *in toto* la legge 142/1990.

⁽¹⁴⁾ L'articolo 113 TUEL nella sua versione originaria era rubricato "forme di gestione". La legge 448/2001 ha interamente modificato la norma, anche nella rubrica, introducendo il concetto di "servizi pubblici locali di rilevanza industriale", in opposizione ai servizi privi di tale caratteristica regolati dal seguente articolo 113 *bis*. Il termine "rilevanza economica", al posto di "industriale", è stato introdotto solo successivamente dal decreto legge 269/2003.

marginale di discriminazione, la concorrenzialità o meno del servizio. È necessario precisare che la disciplina vigente per gli ambiti non competitivi è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117 Cost., in quanto incidente sul principio di ripartizione delle competenze legislative tra lo Stato e le regioni⁽¹⁵⁾. Infatti, se la potestà legislativa statale con riferimento all'art. 113 del TUEL trovava legittimazione nelle materie oggetto di competenza esclusiva, in quanto riferibile al settore "trasversale" della concorrenza, viceversa l'art. 113 *bis* per i servizi privi di rilevanza economica esulava da qualsiasi riferimento alla necessità di tutela del libero mercato e non poteva trovarvi adeguata copertura costituzionale⁽¹⁶⁾. Né, d'altra parte, poteva essere ricondotto nella fattispecie delle funzioni fondamentali degli enti locali (art. 117 Cost., comma 2, lett. *p*)⁽¹⁷⁾ o della determinazione dei livelli minimi inerenti le prestazioni essenziali a tutela dei diritti civili e sociali (lett. *m*)⁽¹⁸⁾, dovendosi pertanto annoverare tra le materie di competenza residuale delle regioni. Tralasciando dunque la disciplina dichiarata incostituzionale dalla Consulta, si valuta quella relativa ai servizi concorrenziali. In proposito il TUEL prevedeva che per la gestione delle reti gli enti locali potessero avvalersi, in via alternativa, di soggetti allo scopo costituiti nella forma di società di capitali a partecipazione pubblica maggioritaria con affidamento diretto, ovvero di

⁽¹⁵⁾ Sentenza Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272. Può essere comunque utile ricordare la disciplina prevista dall'art. 113 *bis* TUEL e dichiarata incostituzionale. Gli enti locali potevano gestire i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica mediante affidamento diretto (e dunque, senza gara) a favore di istituzioni, aziende speciali, ovvero società a capitale interamente pubblico che soddisfacessero i requisiti per l'*in house*. Inoltre, era consentita la gestione in economia nel caso in cui non fosse opportuno ricorrere ad altre forme di gestione per le modeste dimensioni o per le caratteristiche peculiari del servizio.

⁽¹⁶⁾ A. CAROSELLI, *Gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2004 sul sistema normativo in materia di gestione di servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2005.

⁽¹⁷⁾ La Corte costituzionale (sent. 272/2004 citata) ha motivato tale punto, affermando che "la gestione di detti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria e indefettibile dell'ente locale".

⁽¹⁸⁾ Secondo la Consulta le prestazioni essenziali a tutela dei diritti civili e sociali esulano dal settore dei servizi pubblici locali, poiché questi ultimi "riguardano precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attengono alla determinazione di livelli essenziali".

imprese idonee da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica ⁽¹⁹⁾. A ben vedere, era lasciato ampio spazio all'*in house*, anche favore di società non interamente pubbliche, bensì a partecipazione di maggioranza. Le successive novelle legislative, su impulso della disciplina europea, ne hanno progressivamente ridotto l'ambito di manovra, poiché ostacolo ai principi comunitari di concorrenza e libero mercato ⁽²⁰⁾. Un primo punto di arrivo, seppur solo provvisorio ⁽²¹⁾, sembra potersi individuare nell'articolo 23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, recante la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica per tutti i settori del mercato, con la sola esclusione della distribuzione del gas naturale, dell'energia elettrica, della gestione delle farmacie comunali e del trasporto ferroviario regionale. La norma, che ha inciso sull'articolo 113 TUEL, ha il pregio di aver definito, in ossequio alla disciplina comunitaria, la forma del partenariato pubblico-privato quale unica alternativa all'affidamento concorrenziale ⁽²²⁾, e ha contemporaneamente limitato a ipotesi marginali le gestioni dirette a favore di società interamente pubbliche. Più precisamente, l'articolo 23 *bis* ha previsto – sulla scia di quanto già disposto dall'art. 113 TUEL – due modalità di conferimento della gestione dei servizi in via ordinaria: da un lato, la procedura ad evidenza

⁽¹⁹⁾ Art. 113, comma 4, TUEL, come modificato dalla legge 28 dicembre 2001, n. 448, e prima delle ulteriori variazioni apportate dall'art. 23 *bis* della legge 6 agosto 2008, n. 133.

⁽²⁰⁾ Si v. *infra* il paragrafo 2.3.

⁽²¹⁾ La disciplina è stata abrogata da *referendum* popolare nemmeno un anno dopo la sua emanazione. Si consideri come questo *walzer* normativo – pur animato da spirito di tutela concorrenziale – abbia viceversa finito per scoraggiare le imprese private, che non potevano stendere un piano industriale in assenza della stabilità sui cui fondare le previsioni di redditività e di conduzione dell'investimento.

⁽²²⁾ Il partenariato pubblico-privato è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento degli enti locali con la legge 142/1990 e costituisce un modello di società pubblica che vede – a fianco alla partecipazione amministrativa – la presenza di un socio imprenditore. I dubbi che in origine circondavano tale modalità di affidamento riguardavano profili concorrenziali e, in particolare, l'estensione della procedura ad evidenza pubblica, se dovesse riguardare la sola scelta del socio o anche l'affidamento del servizio. La soluzione della c.d. gara a doppio oggetto è stata affermata dalla Corte di giustizia (la prima sentenza in questo senso è CGCE, sez. III, 15 ottobre 2009, sentenza *Acoset s.p.a.*, causa C-196/08), la quale ha aderito alla posizione precedentemente espressa dalla Comunicazione interpretativa della Commissione europea “sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)” del 5 febbraio 2008 (2008/C 91/02). Per un'analisi più approfondita su questi aspetti, si rinvia al capitolo III, paragrafo 1.

pubblica e, dall'altro, la società a partecipazione mista pubblico-privata mediante selezione del *partner* con procedure competitive che abbiano ad oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e con quota non inferiore al 40%. L'ipotesi di affidamento diretto a società interamente pubbliche è stata disciplinata quale deroga alle due modalità ordinarie appena esaminate, esperibile soltanto in "situazioni 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" ⁽²³⁾. Diventa in tal modo ristrettissimo l'ambito escluso dall'obbligo di gara ad evidenza pubblica, sia essa riferita alla scelta dell'imprenditore ovvero alla posizione di socio operativo: l'affidamento diretto può riguardare unicamente settori di mercato non economici e, dunque, al di fuori delle logiche concorrenziali; può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico; deve, infine, soddisfare i requisiti prescritti a livello europeo per la gestione *in house*. Con l'articolo 23 *bis* il legislatore italiano intendeva conformarsi alla normativa comunitaria in materia, portatrice di una spinta di liberalizzazione e privatizzazione del mercato ⁽²⁴⁾. Tuttavia, il risultato è stato

⁽²³⁾ Art. 23 *bis*, comma 3, d.l. 112/2008.

⁽²⁴⁾ La liberalizzazione a livello comunitario costituisce un fenomeno diffuso, che ha interessato moltissimi settori strategici e rappresenta il corollario di uno dei principi cardine del diritto europeo: la concorrenza. Tale canone è stato innanzitutto consacrato nell'attuale Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), alla parte III, titolo VII, capo I, che detta norme comuni in materia di concorrenza. In particolare, si ricordano: l'articolo 101 (ex art. 81 TCE) in merito ai divieti di accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate, che possano pregiudicare il commercio e falsare la concorrenza; l'articolo 102 (ex art. 82 TCE) sullo sfruttamento abusivo di posizione dominante; l'articolo 107 (ex art. 87 TCE) in relazione agli aiuti di stato che incidano sugli scambi tra Stati, favorendo talune imprese o produzioni. Inoltre, il principio del libero mercato si ritrova in numerose discipline settoriali. Ad esempio, si richiamano le due direttive in materia di appalti, 2004/17/CE e 2004/18/CE, che affermano la fondamentale regola della gara pubblica; i pacchetti normativi sui trasporti ferroviari e aerei (in proposito si rinvia al capitolo III, rispettivamente ai paragrafi 2.4 e 2.5); le disposizioni in tema di libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, dettate dallo stesso TFUE agli articoli 45 e seguenti (ex art. 39 TCE). Per definire la nozione di concorrenza e il suo ambito di estensione è stata – ed è tuttora – relevantissima l'opera ermeneutica compiuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Senza pretesa di completezza, si v.: a) sulla nozione di impresa ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza: CGCE, 29 novembre 2007, C-119/2006; 16 marzo 2004, C-264/2001, C-306/2001, C-354/2001 e C-355/2001; CGCE, 12 settembre 2000, C-180/1998 e C-184/1998; CGCE, 16 novembre 1995, C-244/1994; b) in materia di appalti: CGCE, 26 maggio 2011,

molto più forte rispetto a quello richiesto dall'Unione Europea, che comunque consentiva agli Stati membri di mantenere la gestione pubblica dei servizi antieconomici, e non imponeva una partecipazione minima del privato nella società mista ⁽²⁵⁾. Tali osservazioni sono sfociate nel *referendum* popolare del 12 e 13 giugno 2011, che ha portato all'abrogazione dell'intero articolo 23 *bis*. Le intervenute modifiche hanno fatto in parte rivivere l'art. 113 TUEL ⁽²⁶⁾, in parte hanno lasciato spazio alla disciplina comunitaria, in ogni caso ripristinando la possibilità per gli enti locali di scegliere con maggiore libertà la gestione servizio, affidandola a privati (previa gara), a società miste (con gara a doppio oggetto, senza limiti minimi di partecipazione del socio imprenditore) oppure a società pubbliche (in via diretta).

C-306/2008; CGCE, 21 febbraio 2008, C- 412/2004; CGCE, 18 gennaio 2007, C- 220/2005; CGCE, 11 maggio 2006, C-340/2004; CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/2003; CGCE, 7 dicembre 2000, C-94/1999; CGCE, 18 novembre 1999, C-107/1998; *c)* sugli affidamenti diretti: CGCE, 10 novembre 1998, C-360/96; CGCE, 9 settembre 1999, C-108/98; CGCE, 18 novembre 1999, C-107/98; CGCE, 11 gennaio 2005, causa C-26/2003; CGCE, 13 ottobre 2005, causa C-458/2003; *d)* in materia di aiuti di stato: CGCE, 15 dicembre 2005, C-66/2002 e C-148/2004; CGCE, 27 ottobre 2005, C-266/2004, C-270/2004, C-276/2004, C-321/2004 e C-325/2004; CGCE, 27 novembre 2003, C-34/2001 e C-38/2001; CGCE, 17 giugno 1999, C- 295/1997; CGCE, 19 maggio 1999, C-6/1997; CGCE, 15 marzo 1994, C-387/1992; CGCE, 9 ottobre 1984, C-91/1983 e C-127/1983; CGCE, 25 giugno 1970, C-47/1969; CGCE, 23 febbraio 1961, C-30/1959. In dottrina, si v., *ex multiis*, G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2011; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Torino, 2007; A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007; E. A. RAFFAELLI, J.-F. BELLIS, *Diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2006. In particolare, con riferimento alla concorrenza nello specifico ambito dei servizi pubblici, si è affermato che la competitività costituisca non già un principio, bensì una regola. Pertanto, gli interessi generali sottesi all'effettuazione dei pubblici servizi sono primari e le regole di concorrenza, subordinate, non ne devono compromettere il perseguimento. In altre parole, il diritto comunitario riconosce la funzione svolta dai servizi pubblici per l'attuazione dei valori comuni dell'Unione e ammette che siano perciò sottratti dall'osservanza delle disposizioni del Trattato quando ciò sia richiesto per l'assolvimento dei compiti loro assegnati (sul punto: A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, n. 6/2010, 4646 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1063 ss.).

⁽²⁵⁾ D. SAMMARTINO, *Guida ai referendum: i due quesiti sull'acqua pubblica*, in www.leggioggi.it, 2011.

⁽²⁶⁾ La Corte costituzionale, già nel giudizio di ammissibilità del *referendum*, aveva escluso la reviviscenza delle disposizioni già abrogate dall'articolo 23 *bis*, e dunque dell'art. 113 TUEL nelle parti incompatibili. Ne consegue che, all'indomani della consultazione popolare, l'art. 113 TUEL può applicarsi soltanto in relazione alle norme che l'art. 23 *bis* non aveva a suo tempo abrogato.

L'assetto normativo successivo al *referendum* ha avuto vita breve, poiché – a neanche un mese di distanza dall'abrogazione dell'articolo 23 *bis* – il legislatore nazionale ha sostanzialmente riprodotto la norma abrogata, inserendola nell'articolo 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138. Le ragioni di tale intervento sono state riposte nella necessità di adeguamento alla disciplina comunitaria ⁽²⁷⁾, ma l'articolo 4 citato è andato ben oltre ai canoni di derivazione europea, più ancora di quanto non avesse già fatto l'articolo 23 *bis*. La nuova norma ha, infatti, ridimensionato ulteriormente il già ristretto ambito applicativo dell'affidamento diretto a favore delle società pubbliche, ponendo un tetto massimo al valore del suo oggetto (che non può superare i 900.000 euro annui) e facendo contemporaneamente divieto di procedere al frazionamento del servizio, anche al fine di evitare possibili elusioni. La successiva legge di stabilità del 2012 e il decreto “Cresci Italia” sulle liberalizzazioni ⁽²⁸⁾ hanno limitato ulteriormente gli spazi dell'*in house*, in particolare riducendo il predetto limite da 900.000 a 200.000 euro ⁽²⁹⁾, e ampliando per contro gli affidamenti concorrenziali ⁽³⁰⁾. Tale disciplina è stata dichiarata *in toto* incostituzionale con sentenza 20 luglio 2012, n. 199, in quanto riproduceva pressoché invariate numerose disposizioni abrogate dal *referendum*, violando in tal modo l'articolo 75 della Costituzione. All'indomani della pronuncia della Consulta, la gestione dei servizi pubblici locali si trovava ad essere ancora una volta priva di una disciplina nazionale. Il vuoto normativo così creatosi deve essere colmato facendo riferimento ai parametri europei, con la conseguenza che tale gestione –

⁽²⁷⁾ Sul punto si richiama la nota 23.

⁽²⁸⁾ Si fa riferimento alla legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012) e al decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (decreto liberalizzazioni), convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27.

⁽²⁹⁾ La soglia di 200.000 euro, quale valore complessivo del servizio oggetto di affidamento, era stata inoltre prevista dal d.P.R. 168/2010 (Regolamento di attuazione dell'articolo 23 *bis*). Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. GUZZO, *La disciplina dei SPL dopo il varo del regolamento di attuazione*, in www.lexitalia.it, n. 10/2010.

⁽³⁰⁾ Sono concorrenziali le modalità ordinarie di affidamento del servizio, ossia la procedura ad evidenza pubblica rivolta a tutti gli imprenditori, non solo privati ma anche pubblici, e la c.d. gara a doppio oggetto per la scelta del socio e l'attribuzione di compiti operativi nella società mista. Con l'articolo 4 del decreto legge 138/2011 il legislatore prevede – e presuppone – l'alternatività tra l'uno e l'altro modello.

non dissimilmente da quanto già avveniva – può essere affidata alternativamente: a un'impresa individuata mediante procedura ad evidenza pubblica; a una società mista previa gara a doppio oggetto per la scelta del socio (ma ora senza percentuali minime di partecipazione pubblica o privata); a una società *in house*, secondo i parametri comunitari, senza ulteriori deroghe o limiti imposti dal legislatore nazionale.

Il quadro giuridico appena descritto dev'essere coordinato con il Codice dei contratti ⁽³¹⁾, che tratta il tema delle società pubbliche in più punti ⁽³²⁾. Innanzitutto, tali soggetti sono contemplati – pur indirettamente – dall'articolo 3, comma 26, che delinea gli organismi di diritto pubblico, costituiti anche in forma societaria per soddisfare specifiche esigenze di interesse generale, a carattere non industriale o commerciale ⁽³³⁾. In secondo luogo, il medesimo articolo 3, al comma 28, definisce

⁽³¹⁾ Si tratta del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

⁽³²⁾ Preme ricordare che il d.lgs. 163/2006 non si applica al settore dei servizi pubblici locali, a norma dell'art. 30, secondo cui – salvo quanto specificamente previsto – le disposizioni del codice non riguardano le concessioni di servizi. Tale materia rimane, dunque, regolata, oltre che dalla disciplina di settore, dalla normativa e dai principi generali dell'ordinamento europeo, nonché da quelli affermati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e nazionale.

⁽³³⁾ Più precisamente, l'art. 3, comma 26, del codice dei contratti pubblici prevede che rientri nella nozione di "organismo di diritto pubblico" qualsiasi organismo, anche in forma societaria: istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica, 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 ancora 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. Tale istituto è di diretta derivazione comunitaria. Sul tema si citano, *ex multis*, R. VILLATA, *L'organismo di diritto pubblico*, in R. VILLATA, *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano, 2006, 175 ss.; R. GAROFOLI, *Organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, Milano, 2005, 155 ss.; L. R. PERFETTI, A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa. Variazioni su Corte di giustizia delle comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Dir. amm.*, 2004, 135 ss.; B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; F. GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 255 ss.; V. CAPUTI JAMBREGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13 ss.; G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 733 ss.; Id., *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, *ivi*, 1999, 184 ss.; F. G. SCOCA, *La s.p.a. mista tra soggetto privato e organismo di diritto pubblico*, in AA.VV., *Le società miste locali per la gestione di pubblici servizi*, Napoli, 1997, 173 ss.; L. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 347 ss.

le imprese pubbliche come quei soggetti su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante in quanto ne siano proprietarie, ovvero ne detengano una partecipazione finanziaria tale da garantire l'esercizio di poteri di gestione e controllo ⁽³⁴⁾. Infine, l'articolo 32, comma 1, lett. c), del decreto citato ricomprende nell'ambito delle amministrazioni aggiudicatrici ⁽³⁵⁾ e degli altri soggetti aggiudicatori soggetti alla disciplina del Codice dei contratti le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non siano organismi di diritto pubblico e che svolgano un'attività diretta alla realizzazione di lavori o opere, ovvero alla produzione di beni o servizi, purché non siano destinati alla collocazione sul mercato. A ben vedere si tratta di quelle società pubbliche, anche solo in parte, che operano in regime non competitivo nell'ambito dei settori meno appetibili e pertanto sottratti alle regole imprenditoriali. In tali ipotesi l'intervento pubblico funge da garante del corretto espletamento del servizio, al fine di evitare che la sua scarsa appetibilità faccia sì che venga fornito a condizioni svantaggiose per gli utenti, ovvero che non venga fornito affatto ⁽³⁶⁾. In altre parole, se il carattere economico di un servizio – ossia la sua remuneratività – garantisce la concorrenza tra le imprese, determinando un'auto-regolazione del mercato e il naturale aggiustamento tra domanda e offerta, viceversa nei settori non appetibili agli investimenti privati il ruolo dell'ente pubblico deve essere valutato in un'ottica di tutela e, per certi versi, assistenzialista, poiché assicura l'espletamento di attività anche non remunerative ma essenziali per il benessere collettivo.

⁽³⁴⁾ 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 dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa; c) hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa (art. 3, comma 28, d.lgs. 163/2006).

⁽³⁵⁾ Ai sensi dell'art. 3, comma 25, d.lgs. 163/2006, sono "amministrazioni aggiudicatrici": 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.

⁽³⁶⁾ C. MERANI, *Codice dei contratti pubblici e società a partecipazione pubblica*, testo della relazione tenuta in occasione del convegno di studi su "Forum servizi pubblici locali" svoltosi a Torino il 28 e 29 febbraio 2012, pubblicato sul sito www.confservizi.piemonte.it.

1.2. La rilevanza (non solo economica) delle società pubbliche nel settore dei servizi pubblici locali

Le società pubbliche tradizionalmente vengono associate al settore della gestione dei servizi, nel tempo caratterizzato dall'assunzione da parte dello Stato o di altri enti territoriali in via diretta ovvero attraverso il ricorso ad imprese in mano pubblica. Questa pratica, diffusissima fino agli anni Novanta, sottendeva un evidente fallimento del mercato, dal quale derivava l'opportunità che le amministrazioni intervenissero in prima persona a fianco agli imprenditori ovvero in sostituzione di essi, al fine di garantire una corretta gestione del servizio. In quest'ottica la proprietà pubblica dell'ente gestore consentiva di tutelare in maniera immediata ed efficace gli utenti, assicurando la parità di trattamento attraverso l'applicazione di eguali condizioni di espletamento del servizio e un suo adeguato svolgimento su tutto il territorio, anche in quelle aree geografiche svantaggiate o difficilmente raggiungibili, in maniera regolare e continua nel tempo, senza interruzioni, con garanzia di fornitura a costi accessibili. Gli esempi di siffatti enti pubblici sono plurimi: si pensi all'ENEL, appositamente istituito con la legge 1643/1962 di nazionalizzazione dell'energia elettrica, al quale è stato affidato il controllo su tutte le fasi del processo produttivo dell'elettricità, escludendo in origine ogni forma di concorrenza nel settore elettrico e optando per un monopolio pubblico verticalmente integrato ⁽³⁷⁾. Di origine ancora più risalente sono le Ferrovie dello Stato, nate nel 1905 in seguito alla statalizzazione delle ferrovie italiane, successivamente trasformate in Azienda autonoma e, quindi, in ente

⁽³⁷⁾ Con l'espressione "monopolio verticalmente integrato" si fa riferimento alla scelta di un'impresa di svolgere più fasi relative alla produzione di un medesimo prodotto, nonché alla sua successiva vendita e distribuzione. Ciò accade nel settore dell'energia elettrica qualora l'impresa verticalmente integrata svolga almeno una delle attività di trasmissione, dispacciamento, distribuzione, produzione, acquisto e vendita di elettricità (Testo unico in materia di *unbundling*, redatto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas e allegato alla deliberazione 18 gennaio 2007, n. 11/07). Sul tema, anche con riferimento alla privatizzazione di ENEL, si rinvia al capitolo III, paragrafi 2.2. e 2.3.

pubblico economico ⁽³⁸⁾. Ma le ipotesi sono numerosissime: rimanendo nel settore dei trasporti, l'Alitalia; in materia di assicurazioni, l'INA; per gli idrocarburi (ma non solo), l'ENI ⁽³⁹⁾.

Il sistema appena delineato ha dimostrato evidenti inefficienze ed è entrato in crisi, determinando un generale ripensamento della disciplina dei servizi pubblici locali, anche sulla scorta delle spinte comunitarie di liberalizzazione e privatizzazione. A ciò si aggiunga l'intento degli imprenditori privati di penetrare in settori fino ad allora riservati alla mano pubblica, allettati dal fatto di investire in servizi a domanda crescente in quanto relativi a beni essenziali. Da questa esigenza di riforma e dalle numerose esperienze di trasformazione degli enti pubblici in società di capitali, è derivata, proprio all'inizio degli anni Novanta, una prima regolamentazione ad opera della legge sull'ordinamento delle autonomie locali ⁽⁴⁰⁾, la quale ha regolato in maniera generalizzata e unitaria la gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni ed attività "rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali", attribuendo tale compito ai comuni e alle province nell'ambito delle rispettive competenze e con le modalità espressamente precisate ⁽⁴¹⁾. Il successivo testo unico sull'ordinamento degli enti locali ⁽⁴²⁾ ha determinato una prima evoluzione della disciplina, poiché ha introdotto la fondamentale divisione tra

⁽³⁸⁾ L'ente pubblico economico "Ferrovie dello Stato" fu istituito con la legge 210/1985. Successivamente, in applicazione della legge 359/1992, l'ente fu sottoposto a una privatizzazione formale e trasformato in società per azioni con partecipazione statale totale attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze.

⁽³⁹⁾ Tali enti pubblici economici, anche se in tempi diversi a partire dagli anni Novanta, sono stati tutti privatizzati mediante iniziale conversione in società per azioni e successiva (parziale) dimissione del capitale a favore di soggetti privati.

⁽⁴⁰⁾ Articolo 22, legge 142/1990.

⁽⁴¹⁾ Si tratta, come già visto, delle modalità previste dal comma 3 dell'articolo 22, legge 142/1990: affidamento in economia, per servizi di modeste dimensioni o caratterizzati in modo peculiare; in concessione a terzi, ove sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.

⁽⁴²⁾ Articoli 113 e 113 *bis* del d.lgs. 267/2000.

servizi pubblici dotati ovvero privi di rilevanza “industriale”. Tale dicotomia è stata sostituita dal decreto legge 269 del 2003, che – proseguendo sulla scorta della medesima *ratio* – ha voluto adeguare la normativa nazionale a quella europea sui servizi di interesse generale, modificando la rubrica degli articoli 113 e 113 *bis* del TUEL con l’introduzione del concetto di rilevanza “economica” del servizio. La differenza nella disciplina riferita ai due ambiti, a prescindere dalla specifica denominazione che si voglia dare all’uno e all’altro di essi, costituisce un punto fondamentale, poiché determina l’operatività all’interno ovvero all’esterno del mercato, con tutte le conseguenze che ne discendono quanto a modalità di scelta del gestore del servizio, regime di concorrenza ovvero situazione di monopolio, norme applicabili, possibilità di autoremunerazione del servizio ovvero necessità di un sovvenzionamento pubblico. Più precisamente, la rilevanza economica va intesa come possibilità concreta che dalla gestione derivi un profitto e come contendibilità sul mercato del medesimo servizio gestito ⁽⁴³⁾. La giurisprudenza adotta un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità delle singole fattispecie, quali l’effettiva struttura del servizio, le effettive modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato a svolgerlo, la disciplina normativa applicabile ⁽⁴⁴⁾. La distinzione assume rilievo sotto diversi aspetti: per quanto riguarda la competenza legislativa, lo Stato ne è privo in tema di servizi pubblici locali senza rilevanza economica, poiché tale materia esula da qualsiasi profilo concorrenziale idoneo ad attribuirgli la potestà esclusiva; sotto il profilo dei modelli organizzativi ammissibili è indubbio che per i servizi privi di rilevanza economica, a differenza di quelli che ne sono dotati, sia ammesso il ricorso alla gestione in economia, nonché all’azienda speciale e

⁽⁴³⁾ C. VOLPE, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

⁽⁴⁴⁾ C.d.S., sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488.

all'istituzione; infine, si possono rilevare ripercussioni anche in merito alle relazioni tra mercato e principi di socialità⁽⁴⁵⁾.

Alla luce di tali osservazioni le società pubbliche nel settore dei servizi locali non svolgono un mero ruolo imprenditoriale, ponendosi quale alternativa all'imprenditore privato, bensì affiancano alla predetta funzione compiti marcatamente pubblicistici di salvaguardia del mercato e degli utenti che vi si rivolgono. Più precisamente, le società degli enti pubblici – qualora operino in regime non concorrenziale – suppliscono alle carenze del mercato, garantendo l'espletamento di tutti quei servizi antieconomici, che, se non fossero assunti dalle amministrazioni, non sarebbero espletati affatto⁽⁴⁶⁾. Viceversa – ove le società pubbliche operino in un ambito concorrenziale – si fanno garanti delle regole sulla libera prestazione dei servizi dettate in ambito europeo (si pensi, ad esempio, ai divieti in materia di accordi restrittivi della concorrenza o per l'abuso di posizione dominante)⁽⁴⁷⁾, potendo operare quali soggetti del mercato, rilevando in via immediata qualsiasi violazione commessa al suo interno. In tempi più recenti le spinte comunitarie hanno portato verso una sempre maggiore privatizzazione e liberalizzazione dei servizi⁽⁴⁸⁾, estromettendo progressivamente le società pubbliche dal mercato. In quest'ottica i medesimi obiettivi – prima perseguiti tramite gli enti pubblici gestori o imprenditori – sono oggi garantiti dalle Autorità indipendenti di controllo e, in particolare, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato che opera quale organismo terzo e imparziale a tutela della comunità di utenti⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁵⁾ C. VOLPE, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

⁽⁴⁶⁾ A ben vedere si tratta di servizi che non trattano solo “merce”, bensì incidono sulle condizioni di vita della comunità: acqua, gas, energia elettrica, telecomunicazioni, rifiuti, mobilità sono tutti elementi essenziali per il benessere e lo sviluppo sociale.

⁽⁴⁷⁾ Si fa riferimento agli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Si v. in proposito la nota 23.

⁽⁴⁸⁾ Sulla differenza tra privatizzazione e liberalizzazione si v. infra, paragrafo 2.2.

⁽⁴⁹⁾ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), meglio nota come Antitrust, è stata istituita in Italia con legge 10 ottobre 1990, n. 287. È un organismo indipendente, le cui attribuzioni derivano direttamente dalla legge, senza possibilità di ingerenze da parte del

1.3. La delimitazione degli ambiti di mercato (concorrenziali ovvero non concorrenziali). Discrezionalità della pubblica amministrazione

Si sono rilevati, al principio della trattazione, quattro modelli di società pubblica: le società strumentali, le cc.dd. *in house*, le società che svolgono i servizi nei settori liberalizzati e, infine, gli organismi misti pubblico-privati. A ben vedere, la linea di demarcazione che separa i vari moduli societari corre tra gli enti che operano al di fuori del mercato (strumentali e *in house*) e quelli che prestano la loro attività al suo interno (settori liberalizzati e società miste) ⁽⁵⁰⁾. Prendiamo le mosse da questa seconda categoria. Si può osservare come nel momento in cui si passi dall'ambiente non concorrenziale a quello di libero mercato, accanto alle tradizionali figure di società interamente pubbliche inizino ad affacciarsi all'orizzonte nuove fattispecie di collaborazione del privato. Il *favor* per forme miste di gestione è determinato nei settori competitivi non tanto e non solo da ragioni tecniche o in ossequio ai principi di economicità, efficacia ed efficienza del servizio – che devono comunque permeare anche l'attività della pubblica amministrazione – quanto piuttosto per motivi partecipativi e lavorativi, ossia per la necessità di garantire nella misura maggiore possibile nuove opportunità di lavoro

Governo né di altri organi della rappresentanza politica. L'Autorità garantisce il rispetto delle regole che vietano le intese anticoncorrenziali tra imprese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni in grado di creare o rafforzare posizioni dominanti dannose per la concorrenza, con l'obiettivo di migliorare il benessere dei cittadini. Progressivamente il ruolo dell'Antitrust è cresciuto, con l'attribuzione di nuove competenze. Nel 1992 le è stato affidato l'ulteriore compito di contrastare la pubblicità ingannevole, nonché quello di intervenire contro la pubblicità comparativa che getti discredito sui prodotti dei concorrenti. Dal 2007 tutela i consumatori (e dal 2012 anche le microimprese) nei confronti delle pratiche commerciali scorrette. Dal 2012, inoltre, è affidataria della tutela amministrativa contro le clausole vessatorie inserite nei contratti con i consumatori.

⁽⁵⁰⁾ Con riguardo al principio di concorrenza si può distinguere la concorrenza *nel* mercato da quella *per il* mercato. Nel primo caso il mercato è liberalizzato, ossia aperto a tutti gli operatori, che vi possono entrare liberamente previa autorizzazione oppure – secondo le tendenze dell'ordinamento – previa dichiarazione di inizio attività (DIA), e oggi segnalazione certificata di inizio attività (SCIA). Nella concorrenza *per il* mercato, invece, la selezione si verifica a monte, poiché il soggetto al quale affidare la gestione del servizio pubblico viene scelto con gara e per l'individuazione dell'operatore che svolgerà il servizio in situazione di monopolio con titolarità di diritti d'esclusiva (C. VOLPE, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.).

per i privati ⁽⁵¹⁾. È comunque ammissibile anche la configurazione di una società concorrenziale a capitale esclusivamente pubblico. Tale soluzione si ricava in via indiretta dal comma 9 dell'articolo 113 TUEL, ove parla di “reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali *di proprietà degli enti locali e delle società di cui al comma 13* [ossia società a capitale interamente pubblico incedibile]”. Sembra, dunque, implicita la possibilità che l'ente locale sia gestore di un servizio pubblico anche in via esclusiva tramite propria società. I settori nei quali ciò concretamente avviene sono quelli cc.dd. liberalizzati dell'energia e del gas, nonché (in parte) nell'ambito dei trasporti ⁽⁵²⁾; la medesima possibilità è prevista per le telecomunicazioni, sebbene tale mercato non sia ancora sfruttato dai comuni ⁽⁵³⁾. In questo contesto la società pubblica è inserita nel libero mercato, rivestendo un ruolo imprenditoriale al pari degli altri operatori privati. Tuttavia, a tale connotazione prettamente privatistica se ne affianca una pubblicistica di garante della competitività nel rispetto delle regole, anche di quelle non scritte, vigenti nel settore, poiché il carattere pubblico dell'ente determina il necessario perseguimento dei fini pubblici e il rispetto dei principi che permeano l'attività amministrativa, pur in un'ottica di mercato. Una simile natura, al confine tra il pubblico e il privato, solleva rilevanti questioni circa il regime giuridico cui le società pubbliche sono assoggettate ⁽⁵⁴⁾.

Sul versante opposto a quello sin qui esaminato si riscontrano le società pubbliche che operano in regime non competitivo, al di fuori delle logiche di

⁽⁵¹⁾ F. G. COCA, *L'attività amministrativa*, in F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 175 ss. Si v. in proposito anche C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, cit., secondo cui le società miste hanno conosciuto il *favor* del legislatore poiché dotate di maggiore flessibilità e adattabilità rispetto ad altre forme di gestione, e inoltre per il fatto che consentono un sistema di cogestione con il coinvolgimento dell'ente locale.

⁽⁵²⁾ Sull'argomento si rimanda al capitolo III, paragrafi 2.4 e 2.5.

⁽⁵³⁾ L. GIANI, A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 473 ss.

⁽⁵⁴⁾ Si pensi, ad esempio alla soggezione o meno al giudizio di responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei conti (in giurisprudenza si v., da ultimo, Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283); ai vincoli al patto di stabilità o alla spesa per il personale; all'applicabilità della disciplina in tema di accesso. Sul punto si rinvia al capitolo II, paragrafi 1.3 e seguenti.

domanda e offerta, per settori non appetibili per gli imprenditori privati, in quanto estranei al concetto di economicità e remunerazione ⁽⁵⁵⁾. La non concorrenzialità può dipendere dalle ragioni più diverse: tipologia o estensione del servizio, caratteristiche del territorio, proprietà della rete. Nell'approccio concreto è l'amministrazione a individuare quali servizi si pongano al di fuori del mercato, poiché – determinandone l'ampiezza e la natura – è in grado di stabilire la loro maggiore o minore redditività tramite un ragionamento *a posteriori*. In altre parole, gli enti locali delimitano discrezionalmente il servizio secondo le modalità ritenute più idonee, rendendolo così appetibile (o non appetibile) agli investimenti privati. Dopo aver effettuato simili valutazioni, la p.a. predispone l'affidamento e ne delinea tutti i parametri, tenendo conto dei bisogni della comunità, dell'opportunità di riunire più servizi in un unico ambito o viceversa di gestire

⁽⁵⁵⁾ Esulano da tale ipotesi i cc.dd. oneri di pubblico servizio, ossia quelle prestazioni che l'imprenditore deve necessariamente svolgere, anche se antieconomiche, in quanto necessarie per la collettività o per uno specifico gruppo di individui. Detti oneri, di per sé esclusi dalle leggi del libero mercato, si inseriscono egualmente in ambito concorrenziale, poiché costituiscono solo una minima parte dell'intero servizio e, pertanto, il privato ha comunque interesse all'affidamento. Ove siano particolarmente onerosi, sono compensati con un indennizzo da parte dell'ente pubblico. A questo proposito, la Corte di giustizia CE (sentenza 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*) ne ha escluso la qualificazione come aiuti di Stato, ex art. 87 del Trattato CE (oggi art. 107 TFUE). Tuttavia, affinché il trasferimento pubblico sia inquadrabile come compensazione è necessario che siano integralmente rispettate quattro condizioni: 1) l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro; 2) i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti; 3) la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; 4) quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenuto conto degli introiti di cui alla terza condizione. Le prospettive di riforma del pacchetto "post Altmark" (costituito dalla decisione della Commissione 2005/842/CE e dalla Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico del 2005) sembrano muovere verso una semplificazione dell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato per i servizi pubblici locali "di portata relativamente limitata e [che] hanno pertanto solo un'incidenza ridotta sugli scambi tra gli Stati membri" (Comunicazione della Commissione, *Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale*, COM(2011) 146 def.).

singolarmente ambiti più ristretti, e, più in generale, del bilanciamento degli interessi in gioco. A tal fine, l'ente pubblico gode di una discrezionalità molto ampia, in quanto agisce mediante apprezzamento politico, in relazione al quale difficilmente si possono stringere – o quantomeno controllare – le maglie del potere-dovere amministrativo (⁵⁶). Fissando, dunque, la natura e l'ampiezza del servizio pubblico, l'ente sancisce il *modus operandi* del gestore: se sarà in regime concorrenziale ovvero fuori mercato (⁵⁷). Questa valutazione necessariamente presuppone che la p.a. abbia tenuto conto di tutti i profili rilevanti, in primo luogo quelli relativi alla probabile necessità di un sovvenzionamento ogniqualvolta decida di operare in ambito non competitivo, alla luce del principio secondo cui ove non vi sia concorrenza non vi è nemmeno remuneratività (⁵⁸). La tesi che riconosce un'ampia discrezionalità amministrativa nella determinazione degli ambiti di mercato si impone per il fatto che non esiste in termini precisi una definizione di servizi aventi o non aventi rilevanza economica. Ci si trova, infatti, di fronte a un concetto per sua natura mutevole nel tempo e differente a seconda del contesto in cui si operi (⁵⁹). Unico strumento idoneo a verificare la legittimità della scelta

(⁵⁶) E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 131 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

(⁵⁷) L'attuale panorama legislativo rivela la scelta di aprire al mercato la sola attività di erogazione del servizio, mantenendo al soggetto pubblico la proprietà delle reti, quale garanzia indispensabile per la tutela degli interessi della collettività (F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., 527-529).

(⁵⁸) Si fa riferimento all'autoremuneratività del servizio, intesa come la sua capacità di "ripagarsi" da solo tramite i corrispettivi dei soggetti che ne beneficiano. Ciò accade soltanto nei settori di rilevanza economica, in cui – per le caratteristiche proprie del servizio, per i suoi costi contenuti, per la grande quantità di destinatari che ne fruiscono – gli operatori coprono i propri costi e ottengono ricavi grazie ai soli corrispettivi degli utenti. Viceversa, per i servizi a rilevanza non economica, è necessario che sia l'ente pubblico a finanziare in tutto o in parte il servizio, a vantaggio della collettività.

(⁵⁹) La Commissione europea nel Libro verde sui servizi di interesse generale (COM/2003/270 del 21 maggio 2003) ha affermato che "la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica". Sul punto la giurisprudenza comunitaria ha precisato che spetta al giudice nazionale valutare le circostanze e le condizioni del servizio, tenuto conto in particolare dell'assenza di uno scopo precisamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività e dell'eventuale finanziamento pubblico (CGCE, 22 maggio 2003, C-18/2001). Si v. in proposito anche il più recente parere della Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 17 marzo 2009, n. 195, secondo cui "non è

pubblica consiste nell'obbligo di motivazione, quale principio generale sancito dall'articolo 3 della legge sul procedimento amministrativo ⁽⁶⁰⁾, nonché quale regola specificamente prevista in materia di pubblici servizi dal regolamento di attuazione dell'articolo 23 *bis*, d.l. 112/2008, prima della sua abrogazione ⁽⁶¹⁾. In base al combinato disposto di queste due norme la p.a. avrebbe dovuto giustificare tutte le gestioni *in house*, esplicando le peculiari caratteristiche morfologiche dei mercati di riferimento, previo parere obbligatorio (ma non vincolante) dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ⁽⁶²⁾; in caso di parere negativo, l'AGCM avrebbe aperto una procedura di infrazione ⁽⁶³⁾. L'abrogazione dell'art. 23 *bis*, e

possibile individuare a priori, in maniera definita e statica, una categoria di servizi pubblici a rilevanza economica, che va, invece, effettuata di volta in volta, con riferimento al singolo servizio da espletare, da parte dell'ente stesso, avendo riguardo all'impatto che il servizio stesso può avere sul contesto dello specifico mercato concorrenziale di riferimento ed ai suoi caratteri di redditività/autosufficienza economica (ossia di capacità di produrre profitti o per lo meno di coprire i costi con i ricavi)".

⁽⁶⁰⁾ L'argomento è amplissimo. Tra i principali autori che l'hanno trattato si rinvia, innanzitutto, a M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977, 257 ss., secondo il quale la motivazione costituisce un requisito minimo di comprensibilità che rende chiara la ragione di adozione del provvedimento. A tal fine, la motivazione si distingue dalla giustificazione, poiché mentre quest'ultima costituisce "dichiarazione di scienza che consegue ad un mero giudizio di esistenza, la motivazione consegue a giudizi ponderativi di opportunità o di altro contenuto". Si v., inoltre, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 248 ss., che riconosce una polifunzionalità della motivazione quale strumento di interpretazione dell'atto, garanzia del privato sull'operato della p.a. per il controllo amministrativo e la verifica in sede giudiziale, attuazione del principio di trasparenza dell'azione amministrativa. Si richiama, infine, il pensiero di M. NIGRO, emerso nella c.d. Commissione Nigro, che negli anni Ottanta si è occupata della riforma di diritto amministrativo sostanziale, elaborando uno schema di disegno di legge largamente recepito nella l. 241/1990. Con riferimento all'obbligo di motivazione, l'Autore proponeva che dovessero indicarsi i contenuti essenziali, giuridici e di fatto determinanti della decisione in relazione alle risultanze dell'istruttoria (M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252 ss.; Id., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI BANFI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del convegno svoltosi a Messina-Taormina il 25 e 26 febbraio 1988, Milano, 1990, 3 ss.).

⁽⁶¹⁾ Si fa riferimento all'articolo 4, comma 1, del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, abrogato dal *referendum* del 2011, insieme all'art. 23 *bis* che al comma 10 ne disponeva l'emanazione.

⁽⁶²⁾ L'articolo 23 *bis*, comma 4, del decreto legge 112/2008 prevedeva, infatti, che nei casi di affidamento diretto l'ente pubblico dovesse dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intendeva espresso in senso favorevole.

⁽⁶³⁾ Si tenga presente che oggi l'AGCM è anche legittimata a proporre ricorso al TAR avverso atti amministrativi che ritenga pregiudizievoli della concorrenza.

quella consequenziale del d.P.R. 168/2010 recante la sua disciplina di dettaglio, sembra oggi lasciare aperta la possibilità per l'ente affidante di autodeterminarsi nella delimitazione del servizio, a prescindere dal suo concreto valore, purché sempre nel rispetto dell'obbligo di congrua motivazione, quale principio generale cardine del diritto amministrativo ed espressamente previsto dall'articolo 3 della legge 241/1990. Anzi, in una siffatta ipotesi, in cui l'ente pubblico gode di amplissima discrezionalità, l'esigenza di una motivazione congrua, articolata e convincente costituisce una necessità insopprimibile.

La linea di demarcazione che si è tracciata, tra settori concorrenziali e non concorrenziali, costituisce ben più che una mera classificazione sistematica delle società pubbliche: il trovarvisi al di qua o al di là produce rilevanti conseguenze sul loro regime giuridico, rendendole talvolta assimilabili alle pubbliche amministrazioni, talaltra affini alle persone giuridiche di diritto privato, nonché – il più delle volte – soggetti a una disciplina ibrida che accoglie principi dell'una e dell'altra branca ⁽⁶⁴⁾. Si tratta di questioni dibattute, quali la soggezione al patto di stabilità interno o ai vincoli di spesa per il personale, la possibilità di esercitare nei confronti di tali organismi il diritto di accesso alle condizioni stabilite dalla legge sul procedimento amministrativo, la sussistenza o meno della giurisdizione contabile. In particolare, quest'ultimo tema è centrale nella valutazione della concreta attività svolta dell'ente, poiché – ove si ponga in regime concorrenziale – non può che operare come imprenditore con la conseguente applicazione delle regole di mercato (autonomia gestionale, *alea* d'impresa, principio della domanda e dell'offerta). In quest'ottica qualsiasi ingerenza da parte della Corte dei conti per un controllo sull'esercizio sociale risulta incompatibile con il rispetto della

⁽⁶⁴⁾ Si v. M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.

concorrenza, poiché, determinando un trattamento deteriore per le società pubbliche, produce un'inevitabile distorsione all'interno del settore.

1.4. Gli ambiti territoriali ottimali

Come si è visto, la pubblica amministrazione gode di un'ampissima discrezionalità nella determinazione dell'ambito di gestione di un determinato servizio, potendone sostanzialmente determinare le sue concrete modalità di espletamento, in regime concorrenziale ovvero non concorrenziale. Recentemente, la nuova disciplina in materia di liberalizzazioni (e precisamente, il decreto legge 1/2012, convertito in legge 27/2012) ha inciso sulla questione esaminata, vincolando il margine di apprezzamento degli enti pubblici nella delimitazione delle singole aree di gestione dei servizi pubblici locali, con l'obiettivo perseguito di favorire le regole del libero mercato. In particolare, l'articolo 3 *bis* della legge 148/2011, inserito dal predetto decreto, prevede che le regioni e le province autonome organizzino lo svolgimento dei servizi a rete aventi rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei (AA.TT.OO.), tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio. La dimensione delle aree, in linea di massima, non deve essere inferiore a quella provinciale; tuttavia, le regioni possono individuare specifici bacini di dimensione diversa, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e nel rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio. L'ultimo intervento normativo in materia, con il decreto legge 179/2012, convertito in legge 221/2012, ha arricchito la disciplina prevedendo che le procedure per il conferimento della gestione dei servizi a rete di rilevanza economica siano effettuate unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei. A ben

vedere, le norme richiamate limitano la discrezionalità amministrativa, anche se l'ente pubblico comunque mantiene – salvo l'onere di congrua motivazione – il potere di determinare con la propria scelta la maggiore o minore redditualità del servizio da svolgere, attraverso un'operazione *a posteriori*: dall'individuazione dell'ambito deriva la concorrenzialità (o la non concorrenzialità) del settore in cui si opera. Conseguentemente, ove sia competitivo, l'affidamento avverrà previa gara a favore di imprenditori privati o società miste; ove invece sia escluso dal mercato, sarà assunto da organismi pubblici formalmente distinti, ma sostanzialmente coincidenti con l'amministrazione di riferimento ⁽⁶⁵⁾.

Gli interventi delle due novelle legislative (i decreti legge 1 e 179 del 2012) si pongono in linea con una generalizzata spinta di matrice comunitaria, che – in quasi tutti i settori, o quantomeno in quelli di maggior rilievo – tende verso una liberalizzazione dei servizi sempre più penetrante, al fine di conseguire l'obiettivo di un unico mercato europeo dominato dalla libera concorrenza. Lo scopo perseguito è quello di escludere le pubbliche amministrazioni dal ruolo imprenditoriale, quali soggetti attivi del mercato, al fine di concentrare la loro attività su differenti obiettivi e razionalizzarne le risorse. La soluzione è individuata nel rispetto delle regole di libero mercato, poiché – sulla base della scelta e della soddisfazione dell'utenza con riferimento al servizio fruito – ciascun settore di riferimento finisce per calibrarsi e regolarsi autonomamente in base ai principi della domanda e dell'offerta, garantendo una prestazione del servizio al contempo adeguata e a costi ragionevoli. Chiave di volta del meccanismo, suo elemento propiziatore, è la concorrenza, quasi enzima e catalizzatore che ispira le libertà fondamentali dell'Unione europea. È per l'appunto in questo momento che le

⁽⁶⁵⁾ R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, relazione al convegno sul codice dei contratti pubblici tenutasi in data 19 ottobre 2007 a Palazzo Spada per il decennale della rivista *Urbanistica e Appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it. Non si deve dimenticare che, ove l'amministrazione selezioni un servizio sottratto alla competitività, dovrà necessariamente tenere conto del fabbisogno di risorse per il suo svolgimento, che potrà allora avvenire tramite società pubblica – come si è detto – ovvero per mezzo di privati a fronte di sovvenzionamenti.

pubbliche amministrazioni svolgono un ruolo fondamentale nella delimitazione degli ambiti di mercato più estesi, che garantiscano competitività tra le imprese, nei quali i servizi a favore della comunità possano essere adeguatamente espletati dai privati in regime concorrenziale, senza necessità di impiegare denaro o altri mezzi pubblici. Tuttavia, anche in questa prospettiva l'amministrazione ha un compito, e forse ancor più rilevante rispetto a quello passato di operatore economico, poiché diventa garante del corretto funzionamento del mercato, non più come soggetto interno che vi opera, bensì quale autorità terza e imparziale, posta a tutela dei diritti della collettività nell'adeguato espletamento dei servizi pubblici.

2. L'evoluzione delle società pubbliche nell'ordinamento nazionale

2.1. Le origini: aziende municipalizzate e aziende speciali

Le società pubbliche, così come le conosciamo oggi, costituiscono il punto di arrivo di una lunga evoluzione, che ha visto susseguirsi diverse modalità di organizzazione amministrativa per lo svolgimento dei compiti propri di ciascun ente. Esse derivano dal più volte citato processo di privatizzazione, venendo prima ad affiancarsi e progressivamente a sostituire altre ipotesi di gestione, in particolare quella a mezzo di azienda speciale. Tale modulo di svolgimento del servizio può definirsi precursore dello schema societario, quale organo dell'ente locale privo di personalità giuridica ma comunque autonomo sia sul piano amministrativo che contabile ⁽⁶⁶⁾. In particolare, l'azienda speciale, caratterizzata da una veste giuridica di diritto pubblico, presenta rilevanti affinità con le odierne società strumentali, che per certi versi le sono speculari sul piano privatistico ⁽⁶⁷⁾. Infatti, entrambi i modelli

⁽⁶⁶⁾ F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., 527.

⁽⁶⁷⁾ L'art. 114, comma 1, del TUEL precisa la natura dell'azienda speciale, definita quale ente strumentale delle amministrazioni locali, dotata di personalità giuridica, di autonomia

sono “strumentali”, ossia finalizzati alla gestione di servizi rivolti in via immediata alle amministrazioni e in via indiretta agli utenti. La fattispecie “azienda speciale” ha in origine convissuto con quella delle società pubbliche, trovando regolamentazione dapprima nella legge 142/1990 e successivamente anche nell’articolo 113 del TUEL. La definitiva soppressione della modalità gestoria in esame risale alla prima norma di modifica che ha inciso sull’art. 113, riscrivendolo completamente. Si tratta della legge 448/2001, che nel rimodellare le forme possibili ha regolato il solo affidamento a favore di società pubbliche ovvero di imprese private a seguito di gara, assorbendo tutte le altre ipotesi in origine previste, e tra queste le aziende speciali. È comunque opportuno esaminare anche tale fattispecie, al fine di delineare un panorama completo.

Storicamente l’azienda speciale può ricondursi alle cc.dd. aziende municipalizzate, contemplate dalla legge Giolitti del 29 marzo 1903, n. 103, che interveniva a colmare un vuoto normativo, disciplinando attraverso regole amministrative e organizzative la gestione diretta dei servizi di primaria necessità in alternativa alla concessione a vantaggio dei privati. Il panorama di inizio Novecento era, infatti, caratterizzato dalla diffusa presenza di imprenditori operanti in regime di monopolio, ma tale sistema si era rivelato incompatibile tanto con l’efficienza del sistema economico, quanto con le condizioni di vita dei cittadini, alla luce dei processi di industrializzazione e di accentuata urbanizzazione che caratterizzavano l’Italia alla fine dell’Ottocento, rendendo necessario un massiccio sviluppo dei servizi tramite estensione della rete e realizzazione di un’infrastruttura adeguata diffusa su tutto il territorio ⁽⁶⁸⁾. Dette operazioni richiedevano la disponibilità di

imprenditoriale e di proprio statuto. Sul tema si v. F. CARINGELLA, A. GIUNCATO, F. ROMANO (a cura di), *L’ordinamento degli enti locali*, Milano, 2007; S. MARCHI, *L’azienda speciale nella gestione dei servizi locali: acquisto della personalità giuridica e problemi giurisdizionali in tema di controversie riguardanti le gare d’appalto*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 729 ss.; G. VESPERINI, *L’attività dell’azienda locale fuori dal territorio comunale*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, 239 ss.; N. AICARDI, *L’attività extraterritoriale delle aziende speciali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 121 ss.

⁽⁶⁸⁾ A. SANTUARI, *Le aziende speciali: un modello ancora vivo?*, in www.giustamm.it, n. 3/2012.

ingenti risorse finanziarie, per il cui reperimento non erano certamente sufficienti i corrispettivi versati per ciascun servizio dall'utente finale, ma si imponeva un consistente investimento pubblico. Sulla base di queste considerazioni la scelta politica di inizio Novecento è stata quella di trasferire progressivamente la gestione dei pubblici servizi dall'ambito privato a quello pubblico e, più precisamente, ai comuni. Pertanto, la disciplina dettata dalla legge 103/1903 prevedeva che gli enti locali affidassero ad aziende appositamente costituite l'espletamento di tali compiti. Il successivo testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province ⁽⁶⁹⁾ individuava tre alternative modalità di affidamento: in economia servendosi dei mezzi e degli uffici interni all'ente, a favore delle aziende municipalizzate, ovvero mediante concessione a terzi. L'obiettivo sotteso a questa politica era quello di dare, mediante la municipalizzazione dei pubblici servizi, una risposta alla moltiplicazione dei bisogni collettivi derivanti dalla crescente urbanizzazione, ai quali il sistema di mercato sembrava incapace di far fronte. Si riteneva, infatti, incompatibile l'interesse privato alla massimizzazione del profitto con quello pubblico alla fruizione dei servizi. Oltre a motivazioni di carattere sociale, non mancavano motivazioni economiche, poiché era diffusa l'opinione che la gestione attraverso le aziende municipalizzate potesse essere "fonte di equi profitti a sollievo dei contribuenti" ⁽⁷⁰⁾. Tuttavia, già nel dibattito parlamentare contestuale all'emanazione della legge 103/1903 erano state sollevate profonde critiche sulla politica di pubblicizzazione che ci si accingeva ad intraprendere. In particolare, si era fin dal principio contestato il difetto dell'elemento tecnico nell'espletamento del servizio, ritenendo che l'ente pubblico non potesse adeguatamente sostituire la specializzazione e le competenze professionali

⁽⁶⁹⁾ Trattasi del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578, di approvazione del testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province.

⁽⁷⁰⁾ Tratto dalla relazione governativa alla legge 103/1903. In proposito si v. G. PALLIGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Atti del convegno di Vallo della Lucania, 26 giugno 2009, in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'attività imprenditoriale privata ⁽⁷¹⁾). Inoltre, si temeva – e il timore era ben fondato – il proliferare di pratiche corruttive o di favoritismi, ritenendo impossibile, o quantomeno inadeguato, che un'azienda pubblica potesse essere gestita con criteri ed efficienza imprenditoriale ⁽⁷²⁾. Nonostante tali osservazioni la crescente domanda di servizi aveva reso improcrastinabile l'intervento organico e diretto da parte della pubblica amministrazione. A ben vedere, la legge 103/1903 – prefiggendosi un obiettivo opposto rispetto a quello perseguito dal legislatore attuale – poneva un freno alla tendenza degli enti territoriali di concedere gli impianti e lo svolgimento dei servizi pubblici ad imprenditori privati, rafforzando viceversa il ruolo delle amministrazioni locali nel mercato. La disciplina delle aziende speciali prevedeva la possibilità che i consigli comunali deliberassero la municipalizzazione di determinati beni e servizi, con la conseguenza che i relativi compiti venivano assunti dall'ente e potevano essere amministrati nelle forme suddette ⁽⁷³⁾. Nonostante le forti critiche di cui si è fatto cenno il sistema improntato sulle aziende municipalizzate o speciali e, più in generale, sugli enti pubblici economici ha retto per lungo tempo, venendo a sgretolarsi soltanto negli anni Novanta sotto la pesante spinta dell'ordinamento europeo, contrario a qualsiasi

⁽⁷¹⁾ S. POGGESI, *La gestione dei servizi pubblici: profili e criticità*, in K. GIUSEPPONI (a cura di), *Gestione e controllo delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2009, 55-56.

⁽⁷²⁾ Si riporta quanto significativamente rilevato nella relazione della Commissione parlamentare appositamente costituita: “nelle aziende municipalizzate farà difetto l'elemento tecnico, se non nella direzione, certamente negli uffici di controllo; abonderà, invece, l'intrusione dei policastri, degli arruffoni, dei cercatori di impieghi, che, famelici, si butteranno addosso ai nuovi istituti, cercando di trasfondere tutti i germi malefici onde è inquinato, così spesso, il torbido sottosuolo della vita locale. Si moltiplicheranno gli impiegati e i salariati, che saranno molesti, non solo per il loro grande numero, non necessario, ma, peggio, per l'indole loro: elettori tutti, e pretenziosi, e magnificanti la propria supposta qualità di pubblici funzionari, aspireranno a continue promozioni, e premeranno sul municipio, col peso della loro organizzazione, volta a privato tornaconto e, per ciò stesso, a pubblico nocimento. [...] Quando l'ufficio pubblico vuole trasformarsi in azienda produce poco e male e, presto o tardi, finisce col rendersi passivo” (S. POGGESI, *La gestione dei servizi pubblici: profili e criticità*, cit., 56 in nota).

⁽⁷³⁾ In proposito si riporta il commento di A. SANTUARI, *Le aziende speciali: un modello ancora vivo?*, cit.: “la finalità originaria, legata all'intento temperato di migliorare i servizi e di collettivizzare gli utili, era spesso fuorviata dallo scopo di offrire agli utenti servizi sottocosto, accollando l'onere dei maggiori costi alla collettività nazionale (essendo lo Stato costretto a intervenire a risanare i bilanci dei comuni dissestati), creando una crescente diffidenza verso la municipalizzazione”.

forma di statalizzazione e teso verso il principio della concorrenza. Attualmente, le aziende speciali sono disciplinate dall'articolo 114 del Testo unico sugli enti locali, cui il d.l. 1/2012 ha inserito il nuovo comma 5 *bis*, recentemente modificato dal decreto legge 31 agosto 2013, n. 101. La norma, così come novellata, prevede l'applicazione alle aziende speciali del codice sui contratti pubblici e le sottopone agli stessi divieti e limiti cui sono sottoposte le società *in house* dall'articolo 3 *bis* del decreto legge 138/2011 (commi 5 e 6). Sembra, pertanto, che tale modulo possa ammettersi ogniqualvolta sia ammesso l'affidamento *in house*; tuttavia, è necessario muoversi con cautela nell'intraprendere questa soluzione, che non ha ancora trovato l'avallo del diritto europeo ⁽⁷⁴⁾.

2.2. Il fenomeno di privatizzazione in senso formale e in senso sostanziale

La crisi del sistema incentrato sulle società pubbliche, a causa delle sue evidenti inefficienze e sulla scorta degli emergenti principi europei a tutela della concorrenza e del libero mercato, ha determinato un generale ripensamento sul piano politico. In particolare si è ritenuto, sia a livello comunitario sia a livello nazionale, che – a fronte degli oneri amministrativi e gestionali di cui lo Stato doveva farsi carico nell'erogazione del servizio tramite società pubblica – l'affidamento a favore del privato avrebbe viceversa determinato una fonte di entrate per la p.a. quale corrispettivo della concessione del bene o del servizio. Inoltre, la c.d. privatizzazione avrebbe esonerato gli enti pubblici dagli ulteriori esborsi necessari per gli investimenti collegati alla gestione, alla manutenzione o allo sviluppo del servizio, riversandone gli oneri sui capitali privati. L'espletamento delle suddette attività da parte degli imprenditori, operanti in una logica di profitto e

⁽⁷⁴⁾ C. VOLPE, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

competitività, è apparsa un'alternativa efficiente, dinamica ed attiva, persecutrice di scopi redditizi per l'azienda, incrementandone i profitti e diminuendone le perdite, e al contempo fonte di beneficio per i consumatori con riferimento alla qualità del servizio o del bene offerto, nonché alla riduzione dei relativi costi. Tali considerazioni sono sfociate nei processi di liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici. Si tratta di due concetti differenti: mentre il primo riguarda l'offerta sul mercato, ossia la possibilità che un prodotto o un servizio siano commercializzati da una pluralità di imprese e siano surrogabili l'uno con l'altro a scelta del consumatore, il secondo si riferisce alla trasformazione delle imprese pubbliche in società di capitali (privatizzazione formale) e all'apertura del capitale sociale all'acquisto da parte dei privati (privatizzazione sostanziale), a prescindere dal regime in cui si operi, se in condizioni di monopolio ovvero in concorrenza con le altre imprese. Più precisamente, la privatizzazione c.d. "giuridica" o "formale" si attua mediante mutazione della personalità giuridica del soggetto da pubblica a privata, ossia da ente a società per azioni. Tale operazione non modifica la natura pubblica dell'organismo, poiché l'amministrazione rimane l'unica titolare del capitale sociale e del potere decisionale; tuttavia, la trasformazione della veste giuridica favorisce l'applicazione di metodi di gestione più snelli e di logiche di mercato tipiche dell'impresa privata. La fase successiva prevede la c.d. privatizzazione "economica" o "sostanziale" mediante cessione totale o parziale della proprietà del capitale o di una sua quota ad investitori privati, purché la loro percentuale sia sufficiente all'esercizio di un'influenza dominante ⁽⁷⁵⁾. Si può, infine, individuare una terza forma di privatizzazione c.d. "funzionale" o "esternalizzazione", che si realizza attraverso l'attribuzione a soggetti privati, a volte appositamente costituiti, del compito di svolgere determinate attività prima di competenza degli enti pubblici. In tal caso cambia il gestore del servizio, ma il

⁽⁷⁵⁾ Viceversa, ove la quota del privato non fosse tale da garantire un'influenza dominante, non si potrebbe ancora parlare di privatizzazione sostanziale ma soltanto formale.

committente resta il medesimo soggetto pubblico, che tutela gli interessi della collettività mediante forme di controllo e di regolamentazione ⁽⁷⁶⁾.

La privatizzazione, sia formale che sostanziale e funzionale, ha interessato molteplici ambiti, primo tra tutti quello dei servizi pubblici locali. Settori come quello dei trasporti, dell'energia e del gas hanno visto la trasformazione delle originarie aziende speciali o municipalizzate che li gestivano, regolate dal diritto pubblico e senza scopo di lucro, in società di diritto privato mosse da criteri economici di remuneratività e partecipate in tutto o in parte da imprenditori. L'eccessiva espansione dell'intervento pubblico nelle maglie dell'economia durante gli anni Sessanta e Settanta aveva finito col privare il mercato della flessibilità strutturale necessaria per operarvi, tanto da causare diseconomie di scala e aumento del *deficit* pubblico, a svantaggio tanto delle amministrazioni, quanto della comunità. Pertanto, la necessità di ridurre l'indebitamento, l'esigenza di erogare servizi migliori, il crescente processo di internazionalizzazione ed europeizzazione dei mercati reali e monetari hanno rappresentato le principali motivazioni della politica di privatizzazione, che si poneva tra gli obiettivi principali quello della ricerca di una più elevata efficienza produttiva, del massimo valore dell'impresa, di una gestione dinamica ed innovativa destinata a conservare e migliorare, nel lungo termine, la capacità di reddito ⁽⁷⁷⁾. Nondimeno si deve comunque rilevare che anche la privatizzazione, ove non sorretta da adeguate garanzie, presenta limiti e rischi a danno della qualità dei servizi e degli utenti che ne fruiscono. Può accadere, infatti, che le aziende – tese alla massimizzazione del profitto – pongano in essere pratiche economiche speculative, non garantendo un servizio adeguato, ovvero

⁽⁷⁶⁾Tali forme di esternalizzazione possono realizzarsi mediante svariati strumenti giuridici: ad esempio, tramite partecipazioni qualificate ma non dominanti al capitale sociale, o con il diritto di nomina di alcuni membri degli organi di amministrazione e controllo, oppure ancora attraverso la concessione o l'appalto, o con l'imposizione della carta servizi, e così via. Per approfondimenti si v. F. G. GRANDIS, *Enti strumentali regionali e loro accountability. Il caso Marche*, Milano, 2008, 76-77.

⁽⁷⁷⁾ F. L. DE ROBERTIS, *Privatizzazione ed efficienza economica: aspetti teorici ed evidenza empirica*, in *R.I.R.E.A.*, nn. 1 e 2/1992, 48 ss.; L. GUATRI, *Le privatizzazioni: un tema di grande attualità in molti Paesi*, in *R.I.R.E.A.*, nn. 11 e 12/1992, 498 ss.

imponendo ai fruitori costi eccessivi. Per tali ragioni si rende necessario ancora una volta richiamare il ruolo fondamentale delle Amministrazioni indipendenti, quale fonte di tutela nel mercato e garanzia della presenza pubblicistica al suo interno, la cui rilevanza sembra essere inversamente proporzionale a quella delle imprese pubbliche: quanto più queste ultime tendono ad uscire dal mercato lasciando spazio ai soggetti privati, tanto più importante e necessario diventa il ruolo di garanzia svolto dalle predette Autorità.

2.3. La crisi del sistema delle società pubbliche alla luce dei principi comunitari di tutela della concorrenza e razionalizzazione della spesa

Come si è visto, negli ultimi anni il panorama delle società degli enti pubblici è radicalmente mutato. Se in passato si privilegiava l'intervento diretto dello Stato nell'economia, quale garanzia dei consumatori e dell'adeguata prestazione dei servizi, più di recente si è constatato come per questa via non si siano raggiunti i risultati sperati (⁷⁸). Queste osservazioni hanno prodotto come effetto consequenziale l'allontanamento degli enti pubblici dal ruolo imprenditoriale, attraverso i processi di privatizzazione cui si è fatto cenno, e la conseguente crisi del modello "società pubblica" a vantaggio di altre fattispecie e, in particolare, la concessione ai privati o l'emergente società mista.

Sul piano legislativo la crisi delle società pubbliche è stata affrontata in modo disomogeneo e discontinuo, senza una regolamentazione unitaria, bensì tramite

(⁷⁸) A tal proposito si è affermato che in origine "la proprietà pubblica fosse sufficiente a salvaguardare i consumatori dall'esercizio del potere di mercato da parte dell'impresa, dal momento che consentiva l'identificazione dell'interesse dell'impresa con l'interesse pubblico" (F. GOBBO, G. UTILI, *Deregolamentazione e politica della concorrenza*, in *L'industria*, n. 2/1992, 227), mentre successivamente si è rilevato che "la proprietà/il controllo pubblico dell'impresa non garantisce necessariamente il perseguimento dell'interesse pubblico, né impedisce che l'impresa abusi della propria posizione dominante o del proprio potere di mercato accumulando inefficienze a scapito del consumatore" (R. PARENTE, *Modelli gestionali nelle imprese di servizi pubblici*, in *Azienda pubblica*, 1999, 517).

singoli interventi che, valutati nel complesso, ricercando una visuale d'insieme, hanno progressivamente ridotto l'ambito di manovra di questi organismi, con lo scopo dichiarato di favorire i principi comunitari di concorrenza e libero mercato, nonché di limitare la spesa pubblica. Una prima mossa in tal senso proviene dal decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 ⁽⁷⁹⁾, meglio noto come decreto Bersani. In particolare, si deve guardare al suo articolo 13, che ha inciso su uno specifico modello di società pubbliche, ossia quelle strumentali la cui attività sia volta alla fornitura di beni e servizi a favore delle medesime amministrazioni costituenti o partecipanti ⁽⁸⁰⁾. La norma in esame ne limita il raggio d'azione, inibendo la stipula di contratti con qualsiasi ente, pubblico o privato, diverso da quello nei cui confronti sussista il rapporto, tranne nell'ipotesi di servizi pubblici locali per cui il divieto non si applica ⁽⁸¹⁾. La *ratio* espressa dell'intervento normativo – o forse il grimaldello per giustificare la potestà legislativa dello Stato in materia – è quella di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato. E infatti, per i servizi pubblici locali, tradizionalmente esclusi dall'applicazione delle norme in tema di competitività fra gli operatori, le richiamate disposizioni non valgono. Ne è conferma l'ulteriore prescrizione del medesimo articolo 13, secondo cui le società strumentali, in ogni caso, non possono partecipare a società od enti. Tale

⁽⁷⁹⁾ Il decreto è stato convertito con modifiche dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

⁽⁸⁰⁾ L. MANASSERO, *Commento alla versione definitiva dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani, come convertito dalla l. 4 agosto 2006 n. 248, con particolare riferimento agli effetti sull'attività delle società pubbliche locali*, in www.lexitalia.it, n. 9/2006. Per tale profilo le società strumentali si differenziano da quelle *in house*, che svolgono servizi rivolti non all'amministrazione partecipante, bensì a immediato vantaggio della collettività. Si v. anche M. CAMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. 223/2006*, in M. CAMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit.

⁽⁸¹⁾ Più precisamente, l'articolo 13, comma 1, del decreto legge 223/2006 prevede che “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, 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, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale.”

disposizione dev'essere interpretata come norma antielusiva del divieto di attività a favore di soggetti diversi dai soci, impedendo che – tramite strumenti partecipativi – sia aggirato l'obbligo di operare esclusivamente per i propri azionisti ⁽⁸²⁾. L'intento perseguito dal decreto Bersani è apprezzabile, tuttavia vi si denotano alcune illogicità, che paiono contrastare con i valori ispiratori della riforma. In particolare, l'articolo in commento è applicabile indiscriminatamente sia alle società pubbliche che a quelle miste, a nulla rilevando che in questa seconda ipotesi il *partner* privato venga scelto per legge con una procedura ad evidenza pubblica. E dunque, ove il socio imprenditore sia stato selezionato con gara, la società dovrebbe poter svolgere senza restrizioni ogni attività di libero mercato, avendo assolto agli oneri legati alla trasparenza e alla concorrenzialità, e non essere vincolata in modo strumentale all'amministrazione di riferimento. Inoltre, l'articolo 13 in commento, ove applicato alla società mista, sembra porsi in contrasto con il principio del legittimo affidamento ⁽⁸³⁾, poiché lede il privato che abbia effettuato l'investimento per entrare in società a fianco del socio pubblico al fine di svolgere il lavoro o servizio messo a bando, confidando nella certezza e persistenza della cornice giuridica di riferimento. In altre parole, l'imprenditore, che si sia aggiudicato una quota sociale all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, ha investito il proprio

⁽⁸²⁾ L. MANASSERO, *Profili problematici dell'art 13 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 in tema di affidamenti in house*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2006.

⁽⁸³⁾ Il principio dell'affidamento è stato così stigmatizzato: “il singolo deve poter conoscere lo stato del diritto in base al quale opera e tale stato di diritto non deve poi essere modificato retroattivamente”. In proposito, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto Costituzionale, Le Fonti*, Torino, 1987, 91; si v. anche F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2004, 844 ss.; A. LIBERATI, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006. In giurisprudenza, la Corte costituzionale ha spesso fondato il proprio sindacato sul tale parametro, specie nelle pronunce concernenti la ragionevolezza di atti normativi retroattivi, in ossequio all'art. 3 Cost. Si v., *ex multis*, C. Cost. n. 525/2000; di recente, C. Cost. n. 166/2012, che fissa – quali presupposti del legittimo affidamento – la fiducia consolidata della permanenza di un determinato assetto regolatorio e la sproporzione dell'intervento normativo incidente. Anche la Corte di giustizia pone il principio dell'affidamento in una posizione di preminenza nell'ambito dell'ordinamento comunitario. La relativa giurisprudenza si evolve verso una sempre maggiore garanzia della posizione del privato nei confronti di atti retroattivi o di revoca posti in essere dalle pubbliche autorità. Si v., A. DAMATO, *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Dir. U.E.*, n. 2/1999, 299 ss. Tra le numerosissime pronunce giurisprudenziali comunitarie, si v. Corte di giustizia, 20 settembre 1990, C-5/89; 10 settembre 2009, C-201/2008.

capitale di rischio nella legittima prospettiva che la società avrebbe operato per il perseguimento dell'oggetto statutario, delineato fin dalla predisposizione del bando di gara. Ne consegue che una novella normativa, la quale vieti anche per la società mista l'assunzione di lavori presso altri soggetti, frustra immotivatamente ed inaspettatamente le aspettative del *partner* privato, poiché questi – in base all'atto costitutivo – aveva valutato di poter fornire servizi e prestazioni, previa gara, anche ad enti diversi rispetto al socio fondatore ⁽⁸⁴⁾. In quest'ottica la norma *de qua* sembra porsi in contrasto con la certezza giuridica e il legittimo affidamento, entrambi principi cardine dell'ordinamento nazionale e di quello comunitario.

Il passo successivo in materia è stato mosso dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244, finanziaria del 2008, che ha imposto a tutti gli enti territoriali una ricognizione sull'utilità delle società partecipate, assumendosi in tal modo la responsabilità politica ed erariale-contabile della loro sopravvivenza. Si fa riferimento, in particolare, all'articolo 3, commi da 27 a 32, successivamente novellato da plurimi interventi normativi ⁽⁸⁵⁾. La disposizione in commento ha previsto che l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento di quelle attuali da parte delle pubbliche amministrazioni dovessero essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata. A tal fine, devono sussistere gli specifici presupposti dettati dal comma 27: le società costituite o partecipate, anche se con quota di minoranza, possono avere ad oggetto le sole attività di produzione di beni e di servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali ⁽⁸⁶⁾. I vincoli imposti con tale intervento normativo, di cui è precursore il decreto Bersani, si allineano all'orientamento intrapreso di ridurre l'operatività delle società pubbliche,

⁽⁸⁴⁾ L. MANASSERO, *Commento alla versione definitiva dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani*, cit.

⁽⁸⁵⁾ Le modifiche all'articolo 3 della legge finanziaria 2008 in commento sono state apportate dalle leggi 28 gennaio 2009, n. 2; 18 giugno 2009, n. 69 e 3 agosto 2009, n. 102.

⁽⁸⁶⁾ Da tali prescrizioni sono escluse le società pubbliche che operino nell'interesse generale e che forniscano servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e delle amministrazioni aggiudicatrici definite dal Codice dei contratti pubblici.

e specificamente di quelle strumentali, assimilandole alle imprese private con imposizione di procedure ad evidenza pubblica ove possibile, ovvero – negli altri casi – limitandole ad operare con il solo ente di riferimento, escludendole in via definitiva dal mercato. La *ratio* risiede nella necessità di impedire che soggetti intrinsecamente connessi all'espletamento di funzioni pubbliche, e dunque titolari di una posizione peculiare, possano distorcere la concorrenza agendo contemporaneamente quali liberi imprenditori. In altre parole, simili prescrizioni si giustificano per il fatto che le società strumentali operano quale *longa manus* delle amministrazioni, rivolgendosi a queste ultime e non già al pubblico. In tale ottica ben si comprende come mai il legislatore abbia progressivamente rafforzato la correlazione tra le finalità proprie dell'ente locale e l'utilizzo dello strumento societario, legittimando e circoscrivendo il ricorso alla società per le sole attività di sua stretta competenza. La valutazione in merito allo svolgimento dei compiti amministrativi per il tramite di un altro soggetto costituito sul modello privatistico è espressione di una scelta discrezionale, che – quale principio generale di diritto pubblico – dev'essere sorretta da adeguata ponderazione e motivazione degli interessi in gioco ⁽⁸⁷⁾. In questo panorama variegato si è inserito l'articolo 23 *bis* del già citato decreto legge 112 del 2008, che – incidendo sull'articolo 113 TUEL – ha limitato a ipotesi marginali gli affidamenti diretti a favore di società interamente pubbliche, relegandoli negli stretti confini dell'*in house* ed ammettendoli soltanto in situazioni eccezionali e peculiari, tali da non permettere un efficace e utile ricorso al mercato. Com'è noto, l'articolo 23 *bis* è stato abrogato dal *referendum* popolare del 12 e 13 giugno 2011, a seguito del quale si è creato un vuoto normativo che ha

⁽⁸⁷⁾ Nel processo decisionale sulla scelta delle modalità di gestione di un servizio, l'amministrazione dovrà valutare le diverse soluzioni rinvenibili in concreto e non sul piano meramente teorico, confrontandole in termini di efficienza ed efficacia, oltre che di ragionevolezza rispetto alla dimensione territoriale, qualitativa e quantitativa del servizio. In ogni caso, l'ente dovrà dimostrare il profilo economico di convenienza, ossia i risparmi di risorse pubbliche, sempre scrutinabile da parte dal giudice erariale. Si v. M. LUCCA, *Orientamenti sulla gestione dei servizi pubblici locali tra liberalizzazioni incompiute e gestione societaria*, cit. In giurisprudenza, si v. TAR Liguria, sez. II, 18 gennaio 2012, n. 111.

lasciato spazio alla disciplina comunitaria, espandendo nuovamente la discrezionalità degli enti locali nella scelta delle modalità di gestione servizio, potendo affidarla a privati mediante procedure ad evidenza pubblica, a società miste con la c.d. gara a doppio oggetto senza limiti minimi di partecipazione del socio imprenditore oppure a società pubbliche in via diretta. I successivi interventi legislativi sono noti: a neanche un mese di distanza dalla consultazione popolare il legislatore ha emanato il decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, il cui articolo 4 ha sostanzialmente riprodotto la norma abrogata, prescrivendo limiti ancora più stringenti per l'affidamento diretto a favore delle società pubbliche. La successiva legge di stabilità per il 2012 e il decreto "Cresci Italia" sulle liberalizzazioni hanno ulteriormente ridotto gli spazi dell'*in house*. Una situazione così incerta, di continue evoluzioni sul piano legislativo, ha determinato un sospetto e una diffidenza generalizzati, sia da parte delle pubbliche amministrazioni sia da parte degli imprenditori. Infatti, da un lato, la mancanza di stabilità dell'assetto giuridico non può costituire terreno adatto a sostenere investimenti a lungo termine da parte dei privati, essendo minato dal rischio di continui mutamenti che possono vanificare gli sforzi perpetrati; dall'altro, gli stessi enti pubblici non sanno come agire senza incorrere nei controlli stringenti di responsabilità, potendo percorrere con una certa sicurezza la sola strada della procedura ad evidenza pubblica.

2.4. L'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 199 del 2012

Nello scenario delle società degli enti pubblici è intervenuta a gamba tesa la sentenza della Corte costituzionale del 20 luglio 2012, n. 199, dichiarando l'illegittimità dell'intero articolo 4 del decreto legge 138/2011, sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in relazione

all'articolo 75 della Carta fondamentale ⁽⁸⁸⁾. La Consulta ha osservato come la norma *sub iudice* si sia posta in contrasto con il divieto di ripristino della disciplina abrogata dal *referendum* del giugno 2011, eludendo la decisione sancita dalla volontà popolare. In particolare, la pronuncia ha evidenziato come tale disposizione abbia voluto riproporre una restrizione delle ipotesi di affidamento diretto, ricalcando – e per alcuni versi ulteriormente inasprendo – la cornice normativa antecedente, dettata dall'articolo 23 *bis* del decreto legge 112/2008 e dalle relative norme di attuazione ⁽⁸⁹⁾. L'emanazione dell'articolo 4, sostanzialmente riproduttivo della norma precedentemente in vigore, a neanche un mese di distanza dalla sua abrogazione, contravviene al c.d. vincolo referendario, che preclude la vanificazione della consultazione popolare e comporta la conseguente incostituzionalità di qualsiasi disposizione elusiva ⁽⁹⁰⁾. A questa soluzione non è d'ostacolo il fatto che l'articolo in esame, nel tentativo di uniformarsi alla volontà espressa dalla consultazione popolare, abbia sottratto dal suo ambito di

⁽⁸⁸⁾ Il relativo ricorso è stato proposto in via principale dalle regioni Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria e Sardegna, per lesione del principio di autodeterminazione degli enti locali (artt. 5, 114, 117 e 118 Cost.), nonché per violazione della volontà popolare espressa dal *referendum* (art. 75 Cost.), e infine per la mancanza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza che devono sempre caratterizzare il decreto legge (art. 77 Cost.).

⁽⁸⁹⁾ Il regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* è stato emanato con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

⁽⁹⁰⁾ Di seguito si riportano alcuni passi di rilievo della sentenza: “La normativa all'esame costituisce ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce una nuova disciplina della materia, senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il *referendum* abrogativo. Né può ritenersi che sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), ora oggetto di giudizio, nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata. [...] La normativa comunitaria consente, anche se non impone (sentenza n. 325/2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la speciale missione dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo analogo (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di contenuto analogo a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante. [...] Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere”.

applicazione il servizio idrico integrato, precedentemente ricompreso nell'articolo 23 bis, e specificamente contemplato nel *referendum*.

Già nel gennaio del 2011 ⁽⁹¹⁾, in sede di giudizio sull'ammissibilità del *referendum*, la Corte aveva precisato alcuni profili. In particolare, aveva escluso che da un eventuale esito positivo della consultazione potesse derivare la reviviscenza di norme nazionali antecedenti ⁽⁹²⁾, riconoscendo, al contrario, l'immediata applicabilità della disciplina comunitaria in tema di concorrenza per l'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica ⁽⁹³⁾. Tale soluzione era giustificata dal fatto che il quesito referendario non aveva ad oggetto una legge a contenuto comunitariamente vincolato (e, quindi, costituzionalmente vincolato ai sensi dell'art. 117, comma 1), bensì integrava solo una delle diverse discipline contemplate, in quanto compatibili con i principi sovranazionali ⁽⁹⁴⁾. L'introduzione di regole più rigorose rispetto a quelle minime richieste dal diritto dell'Unione Europea "non è imposta [...] ma neppure si pone in contrasto con la normativa comunitaria, che costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri" ⁽⁹⁵⁾. Alla luce di tali premesse appare necessaria una lettura coordinata delle due pronunce costituzionali – l'una di ammissibilità del *referendum*, l'altra di incostituzionalità dell'articolo 4 riproduttivo della normativa abrogata – per evitare il sorgere di contraddizioni interpretative ⁽⁹⁶⁾. Come si è visto, non è controversa

⁽⁹¹⁾ Sent. Corte costituzionale, 26 gennaio 2011, n. 24.

⁽⁹²⁾ Si tratta dell'art. 113 TUEL, peraltro definito dalla Corte medesima di "dubbia compatibilità comunitaria". La reviviscenza di norme abrogate è costantemente esclusa in simili ipotesi (oltre alla sentenza in commento, si vedano C. Cost. 31/2000 e 40/1997).

⁽⁹³⁾ In particolare, artt. 14 e 106 del Trattato 25 marzo 1957 che istituisce la Comunità economica europea.

⁽⁹⁴⁾ Sent. Corte Costituzionale, 26 gennaio 2012, n. 24, punto 4.2, che richiama la sent. Corte Costituzionale 17 novembre 2010, n. 325.

⁽⁹⁵⁾ Sent. Corte Costituzionale, 26 gennaio 2012, n. 24, *cit.*, punto 4.2.1.

⁽⁹⁶⁾ C. VOLPE, *La nuova normativa sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, *cit.*: "La Corte ha inteso salvaguardare il risultato referendario del giugno 2011. La sentenza n. 199/2012 è, infatti, conseguenza diretta della sentenza della medesima Corte n. 24/2011, che aveva ammesso il *referendum* sull'intero testo dell'art. 23 bis del d.l. 112/2008, convertito con modificazioni dalla l. 133/2008, e successive modificazioni; ma non è del tutto in linea con la sentenza n. 325/2010, che aveva riconosciuto la conformità costituzionale dell'art. 23 bis".

l'affermazione dell'immediata applicabilità della disciplina europea. È opportuno, pertanto, interrogarsi sulle differenze rispetto alle regole nazionali precedentemente in vigore, per valutare se e che cosa sia effettivamente cambiato. Il quesito trova risposta nell'ampiezza dei limiti alle ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Infatti, lo spazio riservato a tale ambito – già angusto in ossequio ai rigidi canoni dettati dall'Unione Europea ⁽⁹⁷⁾ – era stato ulteriormente ridimensionato dal legislatore nazionale con l'articolo 23 *bis* prima e con l'articolo 4 poi. L'obiettivo comune perseguito era quello di imporre nella quasi totalità degli affidamenti l'obbligo di ricorso allo strumento della gara pubblica, in un'ottica di massima tutela della concorrenza e di libertà del mercato. In seguito all'intervento della Corte costituzionale la riserva posta nel nostro ordinamento a contenere i servizi *in house* si è venuta ad espandere, ritornando a modellarsi sui meno rigidi parametri comunitari ⁽⁹⁸⁾. Ne consegue che allo stato attuale le pubbliche amministrazioni nell'ambito dei servizi pubblici locali non devono più considerarsi vincolate al limite di 200.000 euro annui quale valore massimo dell'affidamento, né alla prescrizione di ridurre la gestione diretta ai soli territori svantaggiati ed esclusi dal mercato concorrenziale. Tuttavia, in conformità ai canoni comunitari, permane l'obbligo di rapportarsi con società interamente pubbliche e caratterizzate dai requisiti del c.d. controllo analogo e della destinazione prevalente, così come delineati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ⁽⁹⁹⁾. A ben vedere, la gestione dei servizi pubblici locali all'indomani della sentenza costituzionale n. 199/2012 può essere affidata alternativamente: a un'impresa privata individuata mediante

⁽⁹⁷⁾ Si v. il capitolo II, paragrafo 1.2., e la giurisprudenza comunitaria ivi citata.

⁽⁹⁸⁾ Si è venuta, dunque, a creare una situazione identica a quella immediatamente successiva al referendum abrogativo dell'art. 23 *bis*. Per approfondimenti sulle questioni relative alla consultazione popolare di giugno 2011, si v. F. LUCIANI, «Pubblico» e «privato» nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in www.giustamm.it, n. 10/2012; C. VOLPE, Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 *bis* al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo, in www.giustamm.it, n. 10/2011.

⁽⁹⁹⁾ Si v. il capitolo II, paragrafo 1.2.

procedura ad evidenza pubblica; a una società mista previa gara a doppio oggetto per la scelta del socio, senza percentuali minime di partecipazione pubblica o privata; a una società *in house*, secondo i parametri comunitari, senza ulteriori deroghe o limiti imposti dal legislatore nazionale.

2.5. I recenti interventi in materia

Per completare il panorama di riferimento, non si possono omettere i più recenti interventi legislativi apportati dai decreti legge 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. decreto sviluppo), 6 luglio 2012, n. 95 (c.d. *spending review bis*) e 18 ottobre 2012, n. 179 (c.d. decreto sviluppo *bis*). In particolare, la *spending review bis* ⁽¹⁰⁰⁾ regola l'affidamento diretto in via generale per tutti i servizi, ricalcando la disciplina prevista dall'abrogato articolo 4 del decreto legge 138/2011 riferito ai soli servizi pubblici locali, ivi compreso – nella sua formulazione iniziale – il limite dei 200.000 euro quale valore massimo dell'*in house*. Tale soglia, che in ambito locale era venuta meno a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, continuava dunque a valere per tutte le altre ipotesi di gestione. In sostanza, in poco più di due settimane – intercorrenti tra l'emanazione del decreto legge del 6 luglio 2012, entrato in vigore il giorno successivo, e la sentenza della Corte costituzionale del 20 luglio – la situazione si era invertita: se prima erano i soli servizi pubblici locali ad essere sottoposti alla più gravosa disciplina nazionale, in seguito tali restrizioni avevano colpito tutte (e solo) le ulteriori tipologie di servizi. La successiva conversione del decreto legge, salvo escludere alcune ipotesi marginali ⁽¹⁰¹⁾, non

⁽¹⁰⁰⁾ Più precisamente, l'articolo 4, comma 8, d.l. 95/2012. Tale norma è stata dichiarata parzialmente incostituzionale con sentenza 23 luglio 2013, n. 229, relativamente ai commi 1, 2, 3, secondo periodo, 3 *sexies* e 8 del citato articolo 4, nella parte in cui si applicano alle regioni ad autonomia ordinaria.

⁽¹⁰¹⁾ L'articolo 4 del decreto legge 95/2012, come modificato dalla legge 135/2012, faceva salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014. Erano, inoltre, escluse dal suo ambito di applicazione le acquisizioni in via diretta di beni e servizi il

aveva apportato modifiche significative, tali da fugare eventuali dubbi di costituzionalità sulla norma in commento. In particolare, ci si sarebbe potuti interrogare – da un punto di vista sostanziale – sulla compatibilità con la disciplina europea, laddove la disposizione introdotta ridimensionava ulteriormente i confini riservati all'*in house*, nonché con l'articolo 3 della nostra Carta fondamentale, alla luce del principio di uguaglianza e ragionevolezza, e – sotto il profilo formale – sul rispetto dei requisiti di necessità e urgenza in ossequio all'articolo 77 della Costituzione. Facendo seguito a tali critiche, il successivo decreto sviluppo *bis* ⁽¹⁰²⁾ ha riequilibrato la situazione, abrogando il limite dei 200.000 euro anche in relazione alle tipologie di servizi pubblici diverse da quelli locali, riservando alla sola disciplina comunitaria la regolamentazione degli affidamenti diretti.

Ulteriori riferimenti al diritto dell'Unione europea provengono dal decreto sviluppo *bis* che, in materia di servizi pubblici locali, prevede una procedura di pubblicizzazione obbligatoria di tutti gli affidamenti, fatta eccezione per quelli regolati da discipline settoriali, al fine di garantirne la trasparenza e di responsabilizzare gli enti territoriali ⁽¹⁰³⁾. Più precisamente, la normativa in esame prescrive alle amministrazioni di evidenziare per tutte le nuove gestioni i requisiti comunitari che giustifichino la procedura utilizzata, se di tipo concorrenziale ovvero non concorrenziale, nonché gli obblighi di servizio pubblico e le relative compensazioni. Per quanto invece riguarda gli affidamenti già in essere, è fatto obbligo di adeguarli entro la fine del 2013, ove non siano conformi ai suddetti requisiti. I dati relativi alla sussistenza dei presupposti richiesti devono risultare da un'apposita relazione illustrativa pubblicata sul sito internet dell'ente affidante,

cui valore complessivo fosse pari o inferiore ai 200.000 euro in favore delle associazioni di promozione sociale di cui alla legge 383/2000, degli enti di volontariato di cui alla legge 266/1991, delle associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 289/2002, delle organizzazioni non governative di cui alla legge 49/1987 e delle cooperative sociali di cui alla legge 381/1991.

⁽¹⁰²⁾ Decreto legge 179/2012, convertito in legge 221/2012.

⁽¹⁰³⁾ Tale disciplina è prevista dall'articolo 34, commi da 20 a 25, del decreto legge 179/2012 (c.d. decreto sviluppo *bis*), come modificato dalla legge di conversione 221/2012.

considerata atto prodromico e necessario all'affidamento, dalla quale emergano le ragioni che hanno indotto l'amministrazione verso la scelta non competitiva in luogo del ricorso al libero mercato, nonché la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per l'*in house* (proprietà interamente pubblica, controllo analogo, destinazione prevalente in favore della p.a. costituente). La medesima relazione è, inoltre, richiesta anche qualora si voglia procedere mediante gara ad evidenza pubblica, e in tal caso ne anticiperà in parte i contenuti, profilandosi quale elemento informativo di pubblicità, propedeutico all'attivazione della procedura stessa ⁽¹⁰⁴⁾. Un'altra prescrizione fondamentale riguarda la durata del contratto di servizio, poiché – ove non sia stata determinata – la gestione, sia essa *in house* o anche concorrenziale, comunque cesserà *ex lege* al 31 dicembre 2013. In caso contrario, la pubblica amministrazione nell'indicare tale elemento temporale non potrà decidere in maniera arbitraria, bensì dovrà conformarsi alle normative di settore eventualmente esistenti ⁽¹⁰⁵⁾, nonché al principio di proporzionalità, potendo limitare la libera concorrenza unicamente per quanto necessario a garantire l'ammortamento degli investimenti e una remunerazione ragionevole dei capitali investiti, mantenendo peraltro un rischio inerente alla gestione per il concessionario.

A ben vedere, l'intervento della Corte costituzionale e i più recenti apporti legislativi, più che chiarire i numerosi dubbi in materia, hanno disseminato il panorama delle società degli enti pubblici di ulteriori quesiti. Ferma l'ostilità per gli affidamenti diretti, l'unica strada affidabile sembra quella della procedura ad evidenza pubblica, anche ove abbia ad oggetto la scelta del socio ai fini della

⁽¹⁰⁴⁾ A. BARBIERO, *Il quadro generale di riferimento per i servizi pubblici locali e le società partecipate*, testo della relazione tenutasi alla Giornata di studio sui servizi pubblici locali e sulle società partecipate degli enti locali, svoltasi a Verona il 13 giugno 2013, pubblicata sul sito www.legautonomie.it.

⁽¹⁰⁵⁾ Si veda, ad esempio, il Reg. 1370/2007/CE: l'articolo 4 prevede per servizi pubblici di trasporto una durata determinata non maggiore a 10 anni per i servizi di trasporto con autobus e a 15 anni per i servizi di trasporto passeggeri per ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia, salvo la possibilità di proroga in caso di comprovate esigenze di ammortamento.

costituzione di un organismo pubblico-privato. Rimane, tuttavia, da definire il ruolo degli enti locali, poiché – ove correttamente definito – potrebbe essere rivalutato non più come ostacolo alla concorrenza, bensì come suo garante a tutela dei fruitori nel mercato. In ogni caso, allo stato attuale sembra senz'altro preferibile seguire i percorsi tracciati dalle norme di matrice europea, non essendo possibile predisporre piani industriali che poggino su norme interne quanto mai instabili.

CAPITOLO SECONDO

I SETTORI NON CONCORRENZIALI

SOMMARIO: 1. Le società che si rivolgono ai mercati non competitivi. – 1.1. Le società strumentali. – 1.2. La gestione *in house*. – 1.3. La disciplina applicabile: il diritto di accesso. – 1.4. La giurisdizione contabile. – 1.5. La soggezione al patto di stabilità interno. – 1.6. I vincoli di spesa per il personale. – 2. I margini di operatività delle società pubbliche non concorrenziali. – 2.1. Un modello in via di estinzione? – 2.2. Il ruolo di garante del corretto espletamento del servizio.

1. Le società che si rivolgono ai mercati non competitivi

1.1. Le società strumentali

Nel nostro ordinamento conosciamo, come si è detto, quattro modelli di società pubblica, a seconda che operi all'interno o all'esterno del mercato, che sia partecipata in tutto o in parte dall'amministrazione, che si rivolga allo stesso ente che la costituisce ovvero in via diretta ai fruitori del servizio erogato. Si analizzano ora quelle società interamente partecipate dall'ente pubblico che operano al di fuori degli ambiti concorrenziali. Tali organismi possono rivolgersi alla p.a. che li partecipa (società strumentali), ovvero alla collettività degli utenti (società *in house*). La distinzione non è di poco conto: basti pensare che nel primo caso sorge un rapporto bilaterale tra la società e l'ente pubblico quale unico beneficiario della prestazione, mentre nella seconda ipotesi si instaura un vincolo trilaterale tra l'amministrazione, il concessionario e i cittadini destinatari finali del servizio ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Con riferimento alle società *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali, si v. Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283; C.d.S., sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4890. Invece, per le società strumentali si rinvia a C.d.S., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, secondo cui “possono

Simili precisazioni si riflettono anche sul costo dell'attività, poiché nel primo caso grava sulla p.a., mentre nel secondo sugli utenti. La differenza concreta tra le due fattispecie è talvolta evidente, in particolare laddove si riscontri – per la prima ipotesi – un ente pubblico a vantaggio del quale vada tutto il beneficio e che sia unico soggetto obbligato al pagamento del corrispettivo, ovvero – nel secondo caso – un'utenza diffusa sul territorio che paghi il prezzo del servizio. In altre circostanze la distinzione può essere molto più sfumata. Si pensi, ad esempio, al servizio di gestione integrata e ottimizzazione del sistema energetico. Sul punto si è pronunciata la giurisprudenza amministrativa, affermando che il *discrimen* tra mero servizio (attività volta alla pubblica amministrazione) e servizio pubblico (attività per i cittadini) va ricercato nell'individuazione del beneficiario diretto e, più precisamente, ricorre l'ipotesi di servizio pubblico qualora la prestazione venga fornita per soddisfare in via immediata le esigenze della collettività o del singolo utente; costituisce, al contrario, mero servizio strumentale quello le cui prestazioni vengano effettuate direttamente a favore della stazione appaltante ⁽¹⁰⁷⁾. Ne consegue che l'energia esula dall'ambito dei servizi pubblici locali, poiché la sua gestione è svolta a vantaggio della comunità in via soltanto mediata, essendo prima fornita ad una pluralità di strutture che ne curano la distribuzione ⁽¹⁰⁸⁾. Altrettanto significativo è il caso della pubblica illuminazione. Per tale ipotesi ogni dubbio interpretativo è stato fugato dal legislatore, che ha definito questo servizio come pubblico locale ⁽¹⁰⁹⁾. È necessario, tuttavia, precisare che il corrispettivo a favore

definirsi strumentali all'attività delle amministrazioni pubbliche regionali e locali, 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 che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività”.

⁽¹⁰⁷⁾ TAR Lombardia, sez. Brescia, 27 dicembre 2007, n. 1373.

⁽¹⁰⁸⁾ TAR Lombardia, sez. Brescia, 27 dicembre 2007, n. 1373, *cit.*

⁽¹⁰⁹⁾ Decreto del Ministero dell'interno 28 maggio 1993, intitolato “Individuazione, ai fini della non assoggettabilità ad esecuzione forzata, dei servizi locali indispensabili dei comuni, delle province e delle comunità montane”. La sua impostazione è confermata dalla giurisprudenza: TAR

dell'affidatario, che pur effettua un'attività a beneficio dei cittadini, ricade invece sul comune di riferimento.

Il legislatore comunitario, e ancor più quello nazionale, hanno provveduto a delimitare il campo di operatività sia delle società strumentali, sia di quelle *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali. Si è già esaminato l'articolo 13 del decreto Bersani 223/2006 ⁽¹¹⁰⁾, che ha inibito agli organismi strumentali la stipula di contratti con qualsiasi ente, pubblico o privato, diverso da quello partecipante. Anche in tema di *in house*, l'affidamento diretto è stato progressivamente limitato, in ossequio al principio della libera concorrenza, dapprima ad opera della Corte di giustizia, quindi dall'ordinamento italiano. L'approccio del legislatore è quello di non considerare tali società altro rispetto all'ente che le partecipa, bensì di guardare ad esse come ad un soggetto sostanzialmente unitario nei rapporti con l'amministrazione – anche se formalmente distinto – e sottoposto alle sue medesime regole. Simile valutazione si giustifica, oltre che per fini di tutela della concorrenza e del mercato, anche (e soprattutto) per limitare l'utilizzo delle società quale strumento elusivo delle norme che vincolano le pubbliche amministrazioni ⁽¹¹¹⁾. Non si può trascurare che le società strumentali – così come in generale tutte le società a partecipazione pubblica – sono nate per il perseguimento di scopi altamente apprezzabili: una specializzazione nello svolgimento dell'attività di gestione dei servizi, con garanzia di maggiore efficienza, trasparenza e separatezza fra l'attività propria dell'ente e quella imprenditoriale; un'immediata percezione dei ricavi e dei costi; la possibilità di coordinarsi con altri soggetti dotati di specifica competenza in determinati settori, realizzando una ripartizione fra l'amministrazione e chi abbia una capacità operativa, tramite partecipazione del privato al capitale (società mista); migliore controllo diretto dello svolgimento

Lombardia, sez. Milano, 9 gennaio 2007, n. 4; TAR Lombardia, sez. Brescia, 27 dicembre 2007, n. 1373; C.d.S., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369.

⁽¹¹⁰⁾ Si v. il capitolo 1, paragrafo 2.3.

⁽¹¹¹⁾ M. LUCCA, *Orientamenti sulla gestione dei servizi pubblici locali tra liberalizzazioni incomplete e gestione societaria*, cit.

dell'attività con conseguente realizzazione di risparmi. Rispetto a tali obiettivi il risultato è stato in un primo momento soddisfacente, avendo dato la società strumentale buona prova di sé. Tuttavia, sono successivamente emerse nuove questioni per la necessità di razionalizzazione delle risorse pubbliche nel perseguimento di un'ottica concorrenziale e di risanamento delle finanze, imposta a livello comunitario e perseguita sul piano nazionale. Ma procediamo con ordine.

Il particolare favore con cui inizialmente l'ordinamento aveva guardato e promosso gli enti strumentali (e, in particolare, le aziende speciali, quali enti strumentali dotati di personalità giuridica e autonomia gestionale-imprenditoriale) è progressivamente venuto meno, complice l'eccessiva diffusione che tali organismi stavano avendo su tutto il territorio. Infatti, la p.a. aveva accresciuto nel tempo la propria posizione nell'economia, fino a rivestire in alcuni settori un ruolo esclusivo, detenendo il totale controllo delle varie società di gestione attraverso lo svolgimento di compiti amministrativi e di direzione, conferendo il capitale di dotazione, determinando le finalità e gli indirizzi sociali, approvando gli atti fondamentali, esercitando la vigilanza e la verifica dei risultati, provvedendo infine alla copertura degli eventuali costi. Questo fenomeno aveva spesso determinato gravi dissesti nei bilanci delle amministrazioni locali, le quali si erano trovate a dover fronteggiare i debiti dei loro enti strumentali, spesso gestiti in maniera antieconomica o comunque deteriore rispetto a un'ottica privatistica e imprenditoriale ⁽¹¹²⁾. Ne è conseguita, sul piano legislativo, la previsione di specifici obblighi che contrastassero tale prassi, imponendo la trasformazione delle aziende speciali in organismi di diritto privato. In particolare, si fa riferimento alla legge finanziaria per il 2002 ⁽¹¹³⁾, che ha imposto l'evoluzione entro il 31 dicembre

⁽¹¹²⁾ Si v. in proposito: C.d.C., sez. contr. Lombardia, 18 ottobre 2007, n. 46; C.d.C., sez. contr. Lombardia, 20 dicembre 2006, n. 26; C.d.S., sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308; C.d.S., sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182; C.d.C., sez. I app., 3 novembre 2005, n. 356.

⁽¹¹³⁾ Precisamente, l'art. 35, comma 8, legge 28 dicembre 2001, n. 448.

2002 di tutte le aziende speciali in società per azioni ⁽¹¹⁴⁾. Da quel momento il processo di privatizzazione è stato inarrestabile, trattandosi inizialmente di un passo meramente formale e quindi anche – per numerosi casi – sostanziale. Tuttavia, esistono ancora sul territorio molteplici tipologie di aziende speciali non (ancora) trasformate. Trattasi di fattispecie che, sul piano giuridico, sono in linea di massima assoggettate ai medesimi vincoli dell'ente pubblico di riferimento, essendo sottoposte al patto di stabilità interno ⁽¹¹⁵⁾ e alle disposizioni del codice dei contratti pubblici, nonché a quelle norme che stabiliscono a carico degli enti locali modalità, divieti o limitazioni relativi alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze, obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali ⁽¹¹⁶⁾.

A seguito della progressiva trasformazione *ex lege* delle aziende speciali in s.p.a., e con il nascere delle società strumentali, si è rafforzata l'esigenza di assoggettare anche questi organismi ai medesimi vincoli previsti per le pubbliche amministrazioni. L'intento è quello di arginare le pratiche elusive talvolta perpetrate dagli enti locali, servendosi di modelli societari che – pur riferendosi nella sostanza all'ente partecipante o costituente – mantengono la propria

⁽¹¹⁴⁾ La trasformazione delle aziende speciali in società per azioni avviene ai sensi dell'art. 115 TUEL, per espressa disposizione dell'art. 35, comma 8, l. 448/2001. Tale norma prevede la possibilità per i comuni, le province e gli altri enti locali, attraverso un atto unilaterale, di trasformare le aziende speciali in società di capitali, di cui possono restare azionisti unici per un periodo non superiore a due anni dalla trasformazione.

⁽¹¹⁵⁾ La norma di riferimento è l'articolo 114 TUEL, sul quale è recentemente intervenuto il decreto legge 1/2012 con l'introduzione del comma 5 *bis*, il quale prevede che l'assoggettamento delle aziende speciali e delle istituzioni al patto di stabilità interno debba avvenire secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per gli affari regionali, il turismo e lo sport, sentita la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali, da emanare entro il 30 ottobre 2012. A tal fine la norma prescrive che le aziende speciali e le istituzioni debbano iscriversi e depositare i propri bilanci al registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economico-amministrative della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del proprio territorio entro il 31 maggio di ciascun anno. Successivamente l'Unioncamere trasmette al Ministero dell'economia e delle finanze, entro il 30 giugno, l'elenco delle predette aziende speciali e istituzioni ed i relativi dati di bilancio. Nonostante le specifiche scadenze, ad oggi l'attuazione dell'art. 5 *bis* è ancora incompleta.

⁽¹¹⁶⁾ Sono espressamente escluse dall'applicazione delle disposizioni del comma 5 *bis*, art. 114 TUEL, le aziende speciali e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, culturali e farmacie.

soggettività, con la conseguenza di aggirare i vincoli della disciplina pubblicistica⁽¹¹⁷⁾. Si registra, dunque, un fenomeno di segno opposto rispetto alla tendenza precedente: se in un primo tempo lo Stato si adoperava al fine di incentivare la nascita delle società pubbliche – si pensi per l'appunto all'articolo 22, comma 3, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali – ritenendo che l'esternalizzazione dei servizi coincidesse con una gestione più snella ed efficiente, in un secondo momento il legislatore ha gradualmente limitato la possibilità di ricorrere a tale strumento, in quanto spesso utilizzato a scopo elusivo per sfuggire alle “forche caudine” del Patto di stabilità interno o degli altri vincoli imposti alle amministrazioni⁽¹¹⁸⁾. Primo argine che ha fatto fronte alle pratiche elusive è stato proprio il decreto Bersani già citato, limitando in modo decisivo la possibilità di ricorrere alle società pubbliche. Su tale norma sono successivamente intervenute ulteriori disposizioni normative. Oltre ai correttivi del 2009⁽¹¹⁹⁾, merita soffermarsi sul decreto legge 31 maggio 2010, n. 78⁽¹²⁰⁾, che ha previsto il divieto di costituire società per tutti i comuni aventi popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, con conseguente obbligo di liquidazione delle società già costituite ovvero di cessione delle relative partecipazioni entro la fine del 2012. In alternativa, gli enti territoriali minori possono ampliare la platea dei soci, anche simbolici, in modo da superare – insieme – il prescritto limite dimensionale⁽¹²¹⁾. Il successivo decreto legge 29 dicembre 2011, n. 216 (c.d. mille proroghe)⁽¹²²⁾, ha ribadito tale vincolo, pur posticipando il termine di nove mesi per l'adeguamento da parte degli enti locali

⁽¹¹⁷⁾ Tra gli aspetti più rilevanti in un'ottica elusiva si pensi al controllo della Corte dei conti, agli obblighi derivanti dal patto di stabilità interno, al vincolo di spesa per il personale e per le consulenze, all'obbligo di applicare la disciplina del codice dei contratti.

⁽¹¹⁸⁾ M. NICO, *Le società partecipate dagli enti locali dopo il decreto liberalizzazioni*, Rimini, 2012, 51-52.

⁽¹¹⁹⁾ Per i riferimenti normativi, si v. la nota 3.

⁽¹²⁰⁾ Decreto convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122. Si fa riferimento, in particolare, al suo articolo 14, comma 32.

⁽¹²¹⁾ Sul punto si rinvia al capitolo III, paragrafo 1.5.

⁽¹²²⁾ Il decreto mille proroghe è stato convertito con legge 24 febbraio 2012, n. 14.

(¹²³). Da ultimo, è intervenuto l'articolo 4 della già citata *spending review bis* (¹²⁴), delimitando ulteriormente l'ambito delle società che producono beni strumentali. Infatti, per tutti gli organismi controllati direttamente o indirettamente dagli enti locali, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al novanta per cento, il legislatore ha previsto, alternativamente, lo scioglimento entro il 31 dicembre 2013, ovvero l'alienazione mediante procedura ad evidenza pubblica delle partecipazioni detenute, entro il 30 giugno 2013, con contestuale assegnazione del servizio per cinque anni non rinnovabili, a decorrere dall'inizio del 2014. Ove l'amministrazione non proceda, le suddette società non potranno più ricevere affidamenti diretti di servizi, né fruire del rinnovo ove ne siano già titolari. Quest'ultima disposizione persegue il fine di incentivare l'attuazione della disciplina da parte dei comuni, privando le società della capacità di ottenere nuovi affidamenti quale "sanzione" deterrente alla loro inattività. A ben vedere, infatti, una società pubblica che non possa svolgere servizi in via diretta si trova pressoché impossibilitata del tutto ad operare, poiché, da un lato, viene a porsi in una situazione analoga a quella di una qualsiasi impresa privata con la necessità di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica in condizioni di parità con le altre concorrenti perdendo ogni vantaggio ricollegato alla sua natura sostanzialmente pubblica; dall'altro, è comunque appesantita dai vincoli correlati alla presenza del socio pubblico, nonché alla sua maggiore rigidità organizzativa e tecnica (¹²⁵). Si

(¹²³) Di conseguenza, il nuovo termine per procedere alla liquidazione delle società già costituite alla data di entrata in vigore del d.l. 78/2010, o per procedere alla cessione delle relative partecipazioni, è quello del 30 settembre 2013. Potranno essere mantenute quelle sole società che presentino bilanci in utile da almeno tre esercizi e che nel medesimo periodo non abbiano subito riduzioni di capitale o perdite di bilancio in aggravio al comune.

(¹²⁴) Trattasi del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135.

(¹²⁵) Si pensi al necessario rispetto dei sistemi di controllo del bilancio societario secondo le prescrizioni del codice civile e alla coesistenza di questo esame con i criteri pubblicistici del TUEL nello scrutinare la contabilità del comune, entro la quale insiste anche la partecipazione societaria. Per approfondimenti si rinvia a A. PROPERSI, *Contabilità e bilanci negli enti locali. Contabilità finanziaria, bilanci, programmazione e controllo di gestione, revisione, bilancio sociale*, Milano, 2008; L. CIMBOLINI, A. M. MARICONI, *Il bilancio negli enti locali*, Rimini, 2008; G. RUSCONI, *Il bilancio sociale d'impresa. Problemi e prospettive*, Milano, 1988.

precisa che – in un’ottica di maggior favore per i settori strategici – esulano dall’ambito di applicazione di questa normativa tutte le società che svolgono servizi di interesse generale anche aventi rilevanza economica, ovvero che esercitano prevalentemente compiti di centrali di committenza ⁽¹²⁶⁾, oltre alle due ipotesi specificamente contemplate della Sogei e della Consip s.p.a ⁽¹²⁷⁾, e alle società finanziarie partecipate dalle regioni o che gestiscono banche dati necessarie per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari. Più in generale, le predette disposizioni non si applicano ove sia impossibile un efficace e utile ricorso al mercato a causa delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto in cui si operi, ossia – in altre parole – in tutti gli ambiti non competitivi. In tal caso, l’amministrazione predispone un’analisi di tipo economico ed imprenditoriale, trasmettendo una relazione contenente gli esiti della verifica all’Autorità garante della concorrenza e del mercato per l’acquisizione di un parere vincolante ⁽¹²⁸⁾.

L’ultimo apporto in materia di società strumentali proviene dal recente decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174 ⁽¹²⁹⁾, che ha introdotto alcune significative novità allo scopo dichiarato di garantire un adeguato controllo amministrativo e gestionale delle partecipate. In particolare, la novella ha inserito nel testo unico

⁽¹²⁶⁾ Ai sensi dell’articolo 3, comma 34, del codice degli appalti, la centrale di committenza è un’amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture o servizi, aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori. Per la disciplina si v. l’articolo 33 del medesimo d.lgs. 163/2006. In dottrina si richiama A. MASSARI, S. USAI, *Il mercato elettronico e gli acquisti di beni e servizi dopo la spending review*, Rimini, 2013; V. ITALIA, *Appalti, contratti, convenzioni*, Milano, 2008; R. CARANTA, *Le centrali di committenza*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2011, 610 ss.; M. BALDI, R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2007.

⁽¹²⁷⁾ Trattasi delle società di cui all’articolo 23 *quinquies*, commi 7 e 8, d.l. 95/2012, per le quali vige una specifica disciplina.

⁽¹²⁸⁾ Detto parere dell’AGCM, ai sensi dell’articolo 4, comma 3, d.l. 95/2012, convertito in l. 135/2012, è espressamente previsto come vincolante, a differenza di quello a suo tempo previsto dall’articolo 23 *bis*, comma 4, d.l. 112/2008, convertito in l. 133/2008, di cui si è dato conto nel capitolo I, paragrafo 1.3.

⁽¹²⁹⁾ C.d. decreto taglia spese per gli enti locali, convertito in legge 7 dicembre 2012, n. 213.

degli enti locali l'articolo 147 *quater* sui controlli (¹³⁰), prevedendo che l'amministrazione locale definisca, secondo la propria autonomia organizzativa, un sistema di vigilanza sulle società partecipate, assumendosene la corrispondente responsabilità. A tal fine, la p.a. delinea preventivamente gli obiettivi gestionali, secondo parametri qualitativi e quantitativi, e dispone un sistema informativo di rilevamento dei rapporti finanziari, della situazione contabile, gestionale e organizzativa, dei contratti e della qualità dei servizi, oltre al rispetto delle norme in materia di vincoli di spesa pubblica. Lo scopo perseguito è quello di verificare il raggiungimento degli obiettivi prefissati dall'amministrazione, osservando con cadenza periodica l'andamento degli organismi partecipati e analizzando gli eventuali scostamenti, anche al fine di individuare le opportune azioni correttive. Dall'analisi di questa disciplina, frutto dell'ennesimo intervento disorganico del legislatore, emerge quantomeno l'ineludibile necessità di controllare costantemente l'operato delle società pubbliche. Nel concreto si è fatto fronte a tale esigenza demandando il compito di controllo ad apposite strutture interne all'ente locale, nell'esercizio della propria autonomia organizzativa. Resterà da valutare caso per caso se, e in quale misura, gli enti obbligati riusciranno a dare compiuta attuazione ai precetti contenuti nel nuovo articolo 147 *quater* TUEL, fors'anche incentivati dalla responsabilità opportunamente prevista in caso di omissioni o irregolarità (¹³¹).

(¹³⁰) Si fa riferimento all'art. 3, d.l. 174/2012. Per espressa previsione del suo comma 5, come modificato dalla legge di conversione, i precetti dell'intero articolo 147 *quater* TUEL si applicano ai soli enti locali con popolazione superiore a 100.000 abitanti in fase di prima applicazione, a 50.000 abitanti per il 2014 e a 15.000 abitanti a decorrere dal 2015. La norma, inoltre, non si applica alle società quotate e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c.

(¹³¹) G. GUZZO, *La disciplina dei SPL di rilevanza economica tra spending review e mito delle liberalizzazioni*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2012.

1.2. La gestione in house

Il fenomeno delle società *in house* affonda le sue radici nel diritto comunitario che per primo lo ha definito, precisandone i limiti attraverso l'opera interpretativa della giurisprudenza della Corte di giustizia. Sullo scenario delineato a livello europeo è intervenuto a più riprese il legislatore nazionale, nel tentativo persistente di restringere i margini operativi di una simile forma di gestione. Attualmente, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità del luglio 2012 che ha colpito l'articolo 4 del decreto legge 138/2011 in materia di servizi pubblici locali ⁽¹³²⁾, non esiste una disciplina interna di riferimento per l'affidamento *in house*. Tuttavia, sussistono numerose disposizioni, inserite in svariati provvedimenti normativi, che incidono e integrano – spesso in maniera confusa – la normativa comunitaria ⁽¹³³⁾.

Conviene muovere da un breve *excursus*, nei limiti dell'economia di questo scritto e per l'utilità che se ne ricaverà in prosieguo. Il primo riferimento ufficiale all'*in house* è contenuto nel Libro bianco del 1998 ⁽¹³⁴⁾, con il quale la Commissione europea ha definito, in risposta ai quesiti del Libro verde del 1996 ⁽¹³⁵⁾, gli appalti *in house* come “quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una amministrazione ed una società interamente controllata.” Nel chiarire il concetto, la Commissione aveva omesso di specificare se tale forma di affidamento – costituendo una deroga all'ordinario criterio di procedura ad evidenza pubblica –

⁽¹³²⁾ Si fa riferimento alla più volte citata sentenza della Corte costituzionale di data 20 luglio 2012, n. 199.

⁽¹³³⁾ Si v., ad esempio, i seguenti decreti legge: d.l. 83/2012 (c.d. decreto sviluppo), convertito in legge 134/2012; d.l. 95/2012 (c.d. *spending review bis*), convertito in legge 135/2012; d.l. 174/2012 (c.d. decreto taglia spese per gli enti locali), convertito in legge 213/2012; d.l. 179/2012 (ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, c.d. decreto sviluppo *bis*), convertito in legge 221/2012.

⁽¹³⁴⁾ Libro bianco COM/1998/143 *Public Procurement in the European Union*, presentato a Bruxelles l'11 marzo 1998, punto 2.1.3, nota 10.

⁽¹³⁵⁾ Libro verde COM/1996/583, *Public Procurement in the European Union – Exploring the way forward*, presentato a Bruxelles il 27 novembre 1996.

potesse legittimare la disapplicazione dei principi comunitari di concorrenza, pubblicità e non discriminazione. La questione è stata rimessa alla Corte di giustizia, che si è pronunciata sul punto in molteplici occasioni, contribuendo a definire e affinare la nozione in esame. Le regole elaborate si focalizzano sui seguenti presupposti: l'affidamento diretto a società pubbliche è consentito qualora l'amministrazione sia in grado di esercitare su di esse un controllo analogo a quello relativo ai propri servizi e laddove la destinazione prevalente dell'attività societaria abbia luogo con l'ente (o gli enti) di riferimento ⁽¹³⁶⁾. Le pubbliche amministrazioni possono dunque ricorrere all'*in house*, escludendo la disciplina in tema di appalti, ogniqualvolta fra l'ente aggiudicatore e la società affidataria del servizio manchi un rapporto contrattuale propriamente detto e al suo posto sussista, invece, un vincolo assimilabile a quello di delegazione interorganica, caratterizzato dal controllo analogo e dalla destinazione prevalente come definiti dalla Corte di giustizia ⁽¹³⁷⁾. Nell'individuazione concreta di tali parametri l'iniziale orientamento della giurisprudenza era indirizzato nel senso di estendere il più possibile l'ambito di configurabilità del c.d. controllo analogo, come definito dalla sentenza *Teckal* ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁶⁾ Tali principi costituiscono il punto di arrivo di una cospicua giurisprudenza. La loro consacrazione risale alla sentenza *Teckal* della Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, che ha definito il fattore discriminante per la qualificazione del servizio identificandolo nel rapporto intercorrente tra l'aggiudicante e l'aggiudicatario, da accertare sulla base del duplice schema della dipendenza finanziaria e di quella amministrativa. In sostanza, ai fini della configurabilità della gestione *in house*, il rapporto tra la stazione appaltante e l'affidatario deve potersi assimilare ad una attribuzione di compiti tra organi. Nello stesso senso si sono orientate, *ex multis*, le sentenze *Arnhem* (CGCE, 10 novembre 1998, causa C-360/96) e *R.I.SAN.* (CGCE, 9 settembre 1999, causa C-108/98). Delle numerose altre pronunce che si sono susseguite, e che hanno in parte modificato l'interpretazione iniziale, si dà conto nel testo. In dottrina si v. F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit.; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali ed ordinamento comunitario*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, 41 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008; R. CAVALLI PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, n. 1/2006, 51 ss.

⁽¹³⁷⁾ M. M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra codice civile e servizio ai cittadini*, testo della prolusione per l'inaugurazione dell'anno accademico 2004-2005 (Bari – Casamassima, 7 marzo 2005), in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽¹³⁸⁾ Si è arrivati, ad esempio, a ritenere che il potere di scioglimento degli organi di vertice o di rimozione dei loro componenti comporti un potere di ingerenza nell'organizzazione, tale da risultare assimilabile al c.d. controllo analogo quale condizione di sussistenza dell'*in house* (CGCE, 1 febbraio 2001, causa C-237/99). Oppure si è considerato idoneo un mero controllo a posteriori sul bilancio d'esercizio dell'ente, ove consenta di verificare che la gestione sia "esatta, regolare, improntata a risparmio, redditizia e razionale" e che si accompagni al potere di "visitare i locali e gli

Tale prassi di dubbia legittimità finì per determinare il moltiplicarsi degli affidamenti diretti, tanto che da metodo eccezionale si era quasi trasformato in regola, a discapito delle procedure ad evidenza pubblica imposte dal diritto comunitario. D'altra parte, la Corte di giustizia in questo primo periodo non ha contribuito a fare chiarezza sui contorni dell'*in house* e, in particolare, sul controllo che dev'essere esercitato dalle pubbliche amministrazioni, favorendo così la proliferazione di affidamenti diretti, spesso tesi a soddisfare mere esigenze contingenti in spregio ai principi di tutela della concorrenza⁽¹³⁹⁾. Il *revirement* giurisprudenziale in tal senso si è manifestato a partire dal 2003⁽¹⁴⁰⁾ e da quel momento non si è più arrestato. Le esigenze di tutela del libero mercato e del principio di non discriminazione, garantite dalle procedure ad evidenza pubblica, sono state rimarcate come prioritarie rispetto all'autonomia dell'amministrazione, con la conseguenza che il ricorso all'*in house* è consentito solo in ipotesi eccezionali e progressivamente sempre più limitate. L'interpretazione dei parametri del controllo analogo e della destinazione prevalente nel tempo è mutata in modo radicale, tanto da sostituire un'originaria impostazione pragmatica, di valutazione caso per caso, ad una più formalistica, che muovendo dai principi è giunta ad irrigidirsi, fino ad affermare (con la sentenza *Stadt-Halle*) che una percentuale anche minima di

impianti aziendali" (CGCE, 27 febbraio 2003, causa C-373/00). Ancora, si è ritenuto legittimo l'affidamento *in house* a fronte della stipula di contratti che prevedessero la destinazione principale dell'attività a favore dell'amministrazione partecipante, a prescindere dalla formalizzazione statutaria dell'oggetto sociale, ritenendo sufficiente che la posizione organizzativa, anche se non formalmente consacrata nello statuto, sia nondimeno prevista nei contratti e possa quindi essere oggettivamente constatata (CGCE, 12 dicembre 2002, causa C-270/99).

⁽¹³⁹⁾ A. CALLEA, V. CARIDI, *Diritto societario e in house providing*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 530 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Si fa riferimento a CGCE, sentenza *Commissione c. Germania* del 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01: "Le disposizioni [...] che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici di servizi, devono essere interpretate restrittivamente e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga gravano su colui che intenda avvalersene. [...] Il rischio di una violazione del principio di non discriminazione è particolarmente elevato qualora un'amministrazione aggiudicatrice decida di non assoggettare un determinato appalto alla concorrenza".

partecipazione del privato escluda la possibilità di ricorso all'*in house* ⁽¹⁴¹⁾. Il primo passo è, dunque, quello di escludere le società miste pubblico-private dall'ambito degli affidamenti diretti, per ricondurle a pieno diritto nel campo concorrenziale dell'evidenza pubblica. Nondimeno, la condizione di totale partecipazione amministrativa è necessaria, ma non sufficiente, quale garanzia del controllo analogo. Infatti, anche in presenza di una società a capitale interamente pubblico, gli ulteriori requisiti vanno verificati nel concreto e in maniera effettiva, compiendo un'indagine penetrante nell'ambito della gestione interna, con particolare riferimento alla ripartizione dei poteri gestionali tra consiglio di amministrazione e assemblea dei soci ⁽¹⁴²⁾. In sostanza, l'affidamento diretto di un servizio pubblico è consentito soltanto nel caso in cui l'amministrazione si avvalga di una società che,

⁽¹⁴¹⁾ CGCE, sentenza *Stadt-Halle* dell'11 gennaio 2005, causa C-26/03: la partecipazione, anche in quota minoritaria, di capitale privato in una società determina l'impossibilità di affidarle in via diretta la gestione di servizi, poiché tale elemento esclude *ex se* il requisito del controllo analogo. Inoltre, gli interessi e gli obiettivi perseguiti dal privato devono considerarsi – a prescindere da qualsivoglia valutazione concreta – comunque diversi da quelli pubblici.

⁽¹⁴²⁾ Si v. CGCE, sentenza *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005, causa C-458/03. In tale occasione si nega la sussistenza del requisito del controllo analogo nell'ipotesi concreta di una società interamente pubblica derivante dalla trasformazione di un'azienda speciale. La Corte nella sua motivazione valuta i seguenti elementi: *a)* l'oggetto sociale estende l'attività a nuovi settori commerciali, distinti e ulteriori rispetto a quello dei servizi pubblici locali; *b)* il capitale sarà aperto a investimenti privati, a breve termine e con procedura *ex lege*; *c)* l'ambito territoriale di attività del neocostituito organismo non coincide più con l'originario spazio municipale, essendo stato ampliato a tutto il Paese e all'estero; *d)* infine, il consiglio di amministrazione della società gode di amplissimi poteri statutari, esercitabili autonomamente rispetto all'ente pubblico di controllo. La presenza di queste condizioni lascia emergere un margine di autonomia dell'amministrazione affidataria ed una sua vocazione commerciale tali da rendere precario il controllo del comune e fare escludere che l'autorità possa esercitare poteri affini a quelli svolti sui propri servizi. La Corte elenca altri indici sintomatici ostativi alla configurazione del controllo analogo: l'ampliamento dell'oggetto sociale, l'espansione territoriale dell'attività a tutto lo stato e all'estero, l'apertura obbligatoria della società al capitale privato. Per approfondimenti dottrinali su tale pronuncia si rinvia ad A. CLARIZIA, *La corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it, n. 10/2005. In giurisprudenza, si v. anche CGCE sentenza *ASEMFO* del 19 aprile 2007, causa C-295/2005, con nota di R. CARANTA, *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, in *Urb. App.*, n. 12/2007, 1479 ss., che sembra lasciare ancora qualche spazio per l'affidamento diretto. Più recente, CGUE, sentenza *Econord s.p.a. c. Comune di Varese* del 19 luglio 2012, cause C-182/11 e C-183/11, nella quale la Corte di giustizia ha negato la possibilità di ricorrere all'*in house* in una fattispecie in cui ciascuno degli enti pubblici affidanti era titolare di un'unica azione della società strumentale e i patti parasociali intercorsi non conferivano a ciascuno di essi un controllo apprezzabile e proporzionato sulla società strumentale. In altre parole, anche in presenza di una società interamente pubblica in quanto partecipata da una pluralità di enti locali, non può procedersi alla gestione *in house* a meno che non si provi che la singola partecipazione sia sufficiente a garantire il requisito del controllo analogo (M. COZZIO, *In house: tutti i soci devono poter esercitare un controllo apprezzabile e proporzionato sulla società*, in *Riv. giur. amm. Trentino Alto Adige*, n. 4/2012).

pur costituendo soggetto autonomo, presenti caratteristiche tali da potersi configurare come derivazione o *longa manus* dell'ente stesso (¹⁴³). Solo in presenza di un modello di organizzazione interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica (¹⁴⁴), la p.a. può esimersi dal bandire una gara, poiché realizza i requisiti del controllo analogo e della destinazione prevalente richiesti dalle pronunce della Corte di giustizia, escludendo in tal modo la terzietà della società *in house* rispetto all'ente controllante. Viceversa, va applicata la disciplina comunitaria in materia di appalti con il rispetto della procedura ad evidenza pubblica in tutte le altre ipotesi, ossia quando l'ente affidatario sia distinto dall'amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo su quello sostanziale. In ogni caso, la giurisprudenza europea, seguita da quella nazionale, è concorde nel ritenere che i requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vadano interpretati restrittivamente (¹⁴⁵).

Sul piano del diritto interno gli interventi del legislatore sono stati numerosi e in linea di massima volti a delimitare ulteriormente l'ambito degli affidamenti diretti, tracciandone i confini in modo ancor più netto di quanto non avesse già fatto la Corte di giustizia. Tuttavia, la disciplina che ne è derivata è tutt'altro che chiara: continue modifiche, apportate sia a livello normativo che giurisprudenziale, hanno inciso la quasi totalità delle disposizioni al di fuori di un disegno organico unitario. I riferimenti sono noti: l'introduzione dell'*in house* nel nostro ordinamento risale al decreto legge 269/2003, di modifica all'articolo 113 TUEL. Si ricorda, in

(¹⁴³) La stessa espressione "*in house*" richiama una gestione riconducibile al medesimo ente affidante o a sue articolazioni.

(¹⁴⁴) La delegazione interorganica è quella che intercorre tra organi appartenenti alla stessa amministrazione, in cui l'imputazione dell'atto posto in essere dal soggetto delegato rimane all'ente di appartenenza, rispondendo essenzialmente ad una funzione di decentramento amministrativo. Si v., *ex multis*, G. MIELE, *Delega (diritto amministrativo)*, *Enc. dir.*, XI, 1962, 905 ss.; F. ROVERSI MONACO, *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1970; F. RAMPULLA, *Delegazione amministrativa*, in *Nss. dig. it., App.*, II, 1981, 1022 ss.; M. CAMMELLI, *Delega amministrativa*, in *Enc. giur.*, X, 1988, 14 ss.

(¹⁴⁵) Si v., tra le varie, CGCE, 6 aprile 2006, causa C-410/04; C.d.S., sez. II, 18 aprile 2007, n. 456; C.d.S., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

particolare, il suo comma 5, ove prevede che il servizio pubblico locale possa essere affidato – quale modalità ordinaria a fianco della gara pubblica e della società mista – anche ad organismi con capitale interamente pubblico, alla duplice condizione che sia rispettato il requisito comunitario del controllo analogo e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente di controllo. La disciplina è in seguito confluita nell’articolo 23 *bis* del decreto legge 112/2008, introdotto in sede di conversione, che modifica in modo radicale la precedente impostazione, qualificando espressamente l’*in house* come “deroga alle modalità di affidamento ordinario” al quale rivolgersi soltanto 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”. Ove ricorrano tali ipotesi, i requisiti sono quelli dettati dalla disciplina comunitaria. Il decreto legge 135/2009 ha quindi modificato la norma, precisando che una società affidataria in via diretta, partecipata interamente dall’ente locale, deve non solo soddisfare i presupposti richiesti dall’ordinamento comunitario per la gestione c.d. *in house*, ma deve anche e comunque rispettare i principi in materia di controllo analogo e di prevalenza dell’attività svolta ⁽¹⁴⁶⁾. L’intera disciplina dei servizi pubblici locali, abrogata dal *referendum* del 2011, è stata riprodotta nell’articolo 4 del decreto legge 138/2011, che ha previsto ulteriori limiti per questa già eccezionale modalità di affidamento. Infatti, il legislatore ha emanato una norma ancor più restrittiva di quella precedente, prescrivendo un limite di 900.000 euro annui – abbassato poi a 200.000 – come valore massimo dell’affidamento e sancendo il divieto di procedere al frazionamento del servizio al fine di scongiurare eventuali scopi elusivi. Simili preclusioni non operano più a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del 31 luglio 2012, con la conseguente

⁽¹⁴⁶⁾ Articolo 15, comma 3, decreto legge 135/2009, convertito in legge 166/2009. La *ratio* di tale norma risiede nel vincolare le pubbliche amministrazioni al rispetto dei due requisiti di controllo analogo e attività prevalente anche a prescindere dagli orientamenti della giurisprudenza comunitaria, che per loro stessa natura sono mutevoli e suscettibili di variare nel tempo.

riespansione della normativa comunitaria. Inoltre, con l'abrogazione *in toto* dell'articolo 4 non sussiste nemmeno l'obbligo di ridurre la gestione diretta ai soli territori svantaggiati ed esclusi dal mercato concorrenziale. Rimane l'ossequio ai canoni comunitari, ossia la necessità di rapportarsi con società interamente pubbliche, caratterizzate dai requisiti del controllo analogo e della destinazione prevalente così come delineati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tali considerazioni riguardano tutti gli affidamenti diretti relativi a servizi pubblici locali; valgono inoltre in via generale per la gestione di ogni tipo di servizio, poiché il decreto legge 179/2012, convertito in legge 221/2012, ha sostanzialmente assimilato i due ambiti abrogando il limite prima previsto dal decreto legge 95/2012, convertito in legge 135/2012, di 200.000 euro quale valore massimo dell'*in house* ⁽¹⁴⁷⁾.

Alla luce di tali osservazioni quali sono dunque le possibilità attuali di ricorso all'affidamento diretto, nell'ambito di una legislazione così insicura e mutevole, che continua a muoversi nei confini tracciati dal diritto comunitario? Se è vero che sono venuti meno i vincoli imposti dalla disciplina nazionale, permane l'interpretazione restrittiva della Corte di giustizia, vigile costante del rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento. I presupposti richiesti dalla giurisprudenza determinano l'assimilazione della società *in house* a un braccio operativo della pubblica amministrazione. In particolare il controllo analogo, inteso quale ingerenza del soggetto pubblico a tutti gli effetti nella gestione operativa ed economica della s.p.a., impedisce una distorsione della concorrenza nel mercato, mentre la destinazione prevalente impone di rivolgersi all'ente affidante, bandendo qualsiasi fornitura quantitativamente e qualitativamente idonea ad incidere sulle

⁽¹⁴⁷⁾ In proposito, si ricorda quanto affermato da A. CLARIZIA, *La corte suona il de profundis per l'in house*, cit.: “[...] deve essere ben chiaro che alla luce dei principi comunitari, quando l'attività oggetto della concessione ha rilievo economico, non vi è distinzione tra servizi e servizi pubblici, sicché non può pretendersi – in correlazione alla tradizione pubblicistica – di escludere anche la operatività dei principi comunitari; in tale senso quanto mai chiara è la già citata comunicazione del 1999 della Commissione sulle concessioni.” Il riferimento è alla comunicazione del 29 febbraio 1999 sull'interpretazione delle concessioni nel diritto comunitario.

strategie aziendali, e sempre che concerna un ambito territoriale di competenza dell'amministrazione controllante. Ne consegue, di fatto, la necessità di definire un oggetto sociale "prevalente" – in sostanza quasi esclusivo – che, pur non essendo imposto per legge come invece accade con le società strumentali, è prescritto a livello interpretativo dalle pronunce sempre più restrittive dei giudici nazionali e comunitari. Queste osservazioni ci riconducono all'iniziale quadro delle società pubbliche e, precisamente, alla considerazione che le cc.dd. *in house* – operando al di fuori del mercato quale deroga al principio di libera concorrenza – costituiscono un modulo al quale guardare con sempre maggior sospetto. I relativi servizi, pur rivolgendosi alla generalità dei cittadini, sono gestiti da un organismo formalmente privato ma direttamente riconducibile all'ente pubblico partecipante, di cui costituisce *longa manus*. In quest'ottica si giustifica la progressiva tendenza di applicare alle società *in house* una disciplina che ricalca quella delle pubbliche amministrazioni, con la finalità perseguita di arginare fenomeni elusivi di strumentalizzazione del modello societario, tesi ad evitare l'applicazione delle più stringenti disposizioni di diritto pubblico.

1.3. La disciplina applicabile: il diritto di accesso

Nel panorama che si è delineato delle società interamente pubbliche può essere utile affiancare alla trattazione sistematica un taglio più concreto, al fine di valutare quale sia la disciplina applicabile a ciascun modello sinora esaminato ⁽¹⁴⁸⁾. I dati che risultano da questa analisi consentono di valutare l'appetibilità di

⁽¹⁴⁸⁾ Il problema dell'individuazione della disciplina concretamente applicabile alle società pubbliche è stato oggetto d'attenzione di molteplici autori, tra i quali G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 221 ss.; V. CERULLI IRELLI, "Ente pubblico": *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 84 ss.; F. G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss.

ciascuna soluzione in rapporto alle necessità amministrative e imprenditoriali di volta in volta implicate nelle fattispecie concrete. Si è visto come le differenti tipologie di organismi pubblici, in tutto o in parte, per alcuni versi si avvicinano all'impresa privata, mentre per altri sono quasi sovrapponibili all'amministrazione che li partecipa. In particolare, l'affinità con l'ente pubblico è maggiore per le società strumentali o *in house*, mentre risulta minore per altri modelli, primo fra tutti quello della società mista, meglio riconducibile alla figura dell'appalto. I motivi che sorreggono tale tesi sono facilmente intuibili: il legame con l'amministrazione è senz'altro più forte per le società che ne siano partecipate in via esclusiva e che vi si rivolgano in maniera prevalente o addirittura unica; viceversa, è più debole nel momento in cui si espliciti quale rapporto paritetico tra soci nell'ambito di uno schema regolato dal diritto privato.

Il tema sulla disciplina applicabile a ciascun modello di società pubblica è controverso. In particolare, le questioni più dibattute e di maggiore rilievo pratico riguardano i seguenti profili: da un lato, la soggezione al patto di stabilità interno e alle regole per il reclutamento del personale dipendente e per il conferimento degli incarichi di consulenza; dall'altro, l'applicazione del codice dei contratti ai fini dell'acquisto di beni e servizi; per altro verso ancora, la giurisdizione della Corte dei conti ogniqualvolta si registri un danno alla p.a.; infine, la possibilità di esercitare il diritto di accesso nei confronti dell'organismo partecipato. Prendiamo le mosse da quest'ultima ipotesi. Gli interpreti, sia in dottrina che in giurisprudenza, hanno da tempo rifiutato l'idea che la veste societaria sia di per sé idonea a sottrarre il gestore di un servizio pubblico alle regole sul diritto di accesso ⁽¹⁴⁹⁾, e lo stesso

⁽¹⁴⁹⁾ L. A. MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione: profili sostanziali*, Padova, 1990, 140; G. A. SALA, *La società "pubblica" locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008, 9 ss.; R. BARDELLE, *Il diritto di accesso agli atti delle società partecipate dall'ente locale*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2009. In giurisprudenza, si v. *ex multis* C.d.S., sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 374, con commento di M. OCCHIENA, *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy*, secondo cui il diritto di accesso è correlato esplicitamente dalla legge 241/1990 non agli atti amministrativi, bensì all'attività amministrativa intesa in senso ampio, comprendente sia l'attività di

legislatore ha accolto tale impostazione modificando opportunamente la legge 7 agosto 1990, n. 241, intervenendo con la novella dell'11 febbraio 2005, n. 15, che ha definito in modo più appropriato i concetti di “pubblica amministrazione” e di “documento amministrativo” dettati dall'articolo 22. Pertanto, il diritto di accesso può essere oggi esercitato su ogni tipo di supporto detenuto da una pubblica amministrazione e concernente attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della relativa disciplina sostanziale. Inoltre, per “pubblica amministrazione” si intendono tutti i soggetti, sia di diritto pubblico che di diritto privato, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse. Ne deriva un ampliamento del diritto *de quo*, esercitabile non solo nei confronti dell'amministrazione in senso stretto, ma anche verso gli altri soggetti che comunque esercitino un'attività pubblica, e limitatamente ad essa. La soluzione è confermata dalla legge 3 agosto 1999, n. 265, di modifica all'articolo 23 della legge 241/1990, che ora espressamente consente l'esercizio del diritto di accesso nei confronti delle amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. In altre parole, nell'ambito di applicazione della disciplina rientra non soltanto l'attività di diritto amministrativo, ma anche quella di diritto privato posta in essere dagli affidatari di servizi, che – pur non inerendo in via diretta alla gestione – sia a questa collegata da un nesso di strumentalità ⁽¹⁵⁰⁾. Quanto ai casi di esclusione del diritto di accesso ai sensi

diritto amministrativo che quella di diritto privato, in quanto dirette entrambe alla cura concreta degli interessi della collettività.

⁽¹⁵⁰⁾ C.d.S., sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 5987. Tale orientamento era stato intrapreso dalle sentenze nn. 4 e 5 del 22 aprile 1999, pronunciate dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Sulla scia delle predette decisioni il giudice amministrativo ha in seguito sostenuto che “la strumentalità all'interesse pubblico sotteso alla gestione del servizio pubblico, se certo va ridimensionata allorché il gestore sia un soggetto del tutto privato tenuto, pur nel dovuto rispetto degli obblighi di servizio, al perseguimento di finalità sue proprie, non può non subire una scontata dilatazione quando la gestione è affidata a soggetti a forte impronta, se non addirittura a natura, pubblica; si tratta, infatti, di soggetti per i quali il dovere di imparzialità rinviene non solo dalla natura dell'attività espletata, ma anche dal persistente collegamento strutturale con il potere pubblico” (C.d.S., sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303). Simili considerazioni rilevano tanto più nel caso in cui si riscontri “la persistenza di una situazione di sostanziale monopolio in materia” (C.d.S., sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5569).

dell'articolo 24, comma 2, della legge sul procedimento amministrativo, bisogna ricordare che è prevista in via generale la possibilità che le singole amministrazioni individuino le categorie di documenti da esse formati, o comunque rientranti nella loro disponibilità, che vogliano sottrarre all'accesso. In proposito il regolamento di attuazione specifica che possano essere esclusi tutti quei supporti che contengano dati riguardanti la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, giuridiche, di gruppi, imprese e associazioni, facendo particolare riferimento ad interessi maggiormente sensibili (epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale), ancorché tali informazioni siano state fornite all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono ⁽¹⁵¹⁾. Preme domandarsi se la disposizione possa applicarsi anche alle società pubbliche. In mancanza di una disciplina espressa, la risposta affermativa proviene dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ⁽¹⁵²⁾, che ha assimilato in via generale l'ambito applicativo del diritto di accesso a quello dell'articolo 97 della Costituzione, per il rispetto dei valori di imparzialità e buon andamento. Pertanto, risulta assodato il principio secondo cui ai fini dell'accesso non rileva la disciplina sostanziale pubblicistica o privatistica cui l'ente sia sottoposto, e neppure se nel caso di controversia sussista la giurisdizione ordinaria ovvero quella amministrativa, poiché – tranne le eccezioni tassativamente previste dalla legge – per tutti gli atti dell'amministrazione sussistono le esigenze di trasparenza che agevolano il concreto perseguimento dei valori costituzionali sanciti dal citato articolo 97. Inoltre, i giudici di Palazzo Spada hanno avuto modo di precisare che anche gli imprenditori privati, ove svolgano un servizio pubblico in base a un rapporto di concessione, sono assoggettati alla disciplina sull'accesso, in quanto svolgono un'attività strettamente connessa e strumentale a quella di gestione del servizio dovendo comunque soddisfare l'interesse pubblico. A tali

⁽¹⁵¹⁾ Si tratta del d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352 (regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell'articolo 24 della legge 241/1990), e precisamente dell'articolo 8 di tale regolamento.

⁽¹⁵²⁾ C.d.S., ad. plen., 22 aprile 1999, nn. 4 e 5, già citate.

considerazioni non può opporsi il fatto che l'esercizio del diritto in esame possa incidere – eventualmente anche in maniera negativa – sull'organizzazione interna del gestore, poiché l'interesse generale è comunque prevalente ⁽¹⁵³⁾. Ne consegue che i concessionari di servizi, sebbene sprovvisti di potestà regolamentare, hanno la facoltà – o meglio l'onere – di individuare con propri atti le categorie di documenti sottratti all'accesso ⁽¹⁵⁴⁾.

1.4. La giurisdizione contabile

Il tema della giurisdizione contabile nell'ambito delle società pubbliche è amplissimo e assai spinoso per le implicazioni che ne derivano. In via generale i compiti affidati alla Corte dei conti garantiscono, *ex ante*, il controllo preventivo e successivo sull'operato dell'amministrazione ⁽¹⁵⁵⁾ e, *ex post*, la tutela giurisdizionale in materia di responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici funzionari ⁽¹⁵⁶⁾. L'interrogativo che ha attanagliato gli interpreti del diritto concerne

⁽¹⁵³⁾ C.d.S., ad. plen., 22 aprile 1999, nn. 4 e 5, *cit.* La fattispecie concreta riguardava la richiesta di accesso esperita da un dipendente delle Ferrovie dello Stato s.p.a. sugli atti del procedimento per il conferimento di una promozione.

⁽¹⁵⁴⁾ Si pensi, ad es., alla possibilità di escludere dall'accesso atti o informazioni che attengono alle scelte strategiche di una società mista pubblico-privata, che – se resi noti anzitempo – potrebbero pregiudicarne la concreta realizzazione. Si v. S. CASSESE, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi (due recenti sentenze)*, in C. CORDUAS, R. ROMEL, G. SAPELLI (a cura di), *La testimonianza del giurista d'impresa. Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2001, 238-239.

⁽¹⁵⁵⁾ Ai sensi dell'art. 100 della Costituzione, la Corte dei conti esercita un controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo, un controllo successivo sulla gestione del bilancio dello Stato e, infine, un controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Con riferimento agli enti locali, preme ricordare la recente modifica dell'articolo 148 TUEL, ad opera del decreto legge 174/2012, convertito in legge 213/2012, che prevede controlli semestrali di legittimità e regolarità delle gestioni, nonché verifiche sul funzionamento dei controlli interni, per garantire il rispetto delle regole contabili e dell'equilibrio di bilancio di ciascun ente locale.

⁽¹⁵⁶⁾ A tali competenze giurisdizionali deve aggiungersi il contenzioso pensionistico in materia di pensioni civili, militari e di guerra. La bibliografia in materia è amplissima: per approfondimenti in materia processuale si v. M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2012, 845 ss.; F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Milano, 1998; F. G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997; in campo sostanziale si v., senza pretesa di completezza: G. CARBONE, *Corte dei conti*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000,

i limiti entro i quali “imbrigliare” tale giurisdizione, il cui ruolo sempre crescente ha finito per ricoprire vasti settori in un’ottica di maggior rigore e controllo dell’attività amministrativa ⁽¹⁵⁷⁾.

In materia di società pubbliche la questione verte intorno alla qualificazione di un organismo formalmente di diritto privato (s.p.a.), ma sostanzialmente pubblico (partecipazione dell’amministrazione al suo capitale), al fine di determinare l’assoggettamento o meno dei suoi amministratori al giudizio di responsabilità davanti alla Corte contabile, piuttosto che davanti al giudice civile ⁽¹⁵⁸⁾. Tale punto di diritto è stato più volte sottoposto all’attenzione delle Sezioni Unite, la cui interpretazione è nel tempo mutata. A un’iniziale rigore teso all’estensione dei poteri della Corte dei conti, intrapreso nel 2004, si è contrapposto il *revirement* giurisprudenziale della sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806. Procediamo con ordine. Il primo orientamento ⁽¹⁵⁹⁾ aveva affermato la sussistenza della giurisdizione contabile per le ipotesi di responsabilità degli amministratori di

479 ss.; V. GUCCIONE, *Corte dei conti*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1998, 9 ss.; F. STADERINI, *Responsabilità amministrativa e contabile*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 199 ss.; F. BENVENUTI, *Tesi vecchie e nuove sulla natura e l’esercizio del controllo sugli enti locali*, in *Dir. ec.*, 1991, 287 ss.; più recenti, F. GARRI (a cura di), *La Corte dei conti: controllo e giurisdizione, contabilità pubblica*, Milano, 2012; E. SCHLITZER, *Le più recenti innovazioni legislative e giurisprudenziali in materia di responsabilità amministrativa e di processo contabile*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 221 ss.; A. BRANCASI, *L’ordinamento contabile*, Torino, 2005.

⁽¹⁵⁷⁾ G. FARNETI, *Il principio del buon andamento nei controlli della Corte dei conti; il caso delle società partecipate*, relazione svolta in occasione della celebrazione del 150° anniversario dell’istituzione della Corte dei conti (1862-2012), tenutasi a Bologna il 15 novembre 2012, testo pubblicato sul sito www.legautonomie.it. Si v. anche M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008.

⁽¹⁵⁸⁾ Sui rapporti tra responsabilità amministrativa e responsabilità comune si riporta quanto affermato da M. ANTONIOLI, *Analisi e riflessioni in tema di responsabilità amministrativa, società a partecipazione pubblica e riparto fra le giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2013, 835-836, secondo cui la prima viene a collocarsi in un rapporto di specialità rispetto alla seconda, assolvendo sul piano sostanziale un carattere punitivo, mentre la responsabilità civile si prefigge il conseguimento di obiettivi di tipo riparatorio.

⁽¹⁵⁹⁾ La sentenza cui si fa riferimento è Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Foro it.*, 2005, I, 2675 ss., e in *Giur. it.*, 2004, 1946 ss., con nota di S. RODRIGUEZ, *La giurisdizione della Corte dei conti: dagli enti pubblici economici alle s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, e in *Giust. civ.*, I, 2005, 207 ss., con nota di M. A. VISCA, *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni*. Tale interpretazione era già stata intrapresa verso la fine del 2003 con la pronuncia a sezioni unite del 22 dicembre 2003, n. 19667, e ha trovato terreno fertile negli anni successivi. Si richiamano in proposito le seguenti sentenze: Cass., sez. un., 12 ottobre 2004, n. 20132; Cass., sez. un., 1 marzo 2006, n. 4511; Cass., sez. un., 20 giugno 2006, n. 14101; Cass., sez. un., 20 giugno 2006, n. 14103; Cass., sez. un., 27 settembre 2006, n. 20886; Cass., sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22513; Cass., sez. un., 15 febbraio 2007, n. 3367.

società per azioni partecipate in misura maggioritaria dalla pubblica amministrazione con riferimento ai danni procurati al patrimonio sociale, nella duplice considerazione della presenza di una relazione non organica ma funzionale con l'ente pubblico e dell'irrelevanza, in tale prospettiva, della natura privatistica dell'ente affidatario ⁽¹⁶⁰⁾. Sulla base di questi argomenti si era aperta la strada a soluzioni estensive della responsabilità amministrativa ⁽¹⁶¹⁾. La decisione del 2004 è stata completamente travolta dalla citata sentenza del 2009 ⁽¹⁶²⁾, con la quale la Suprema Corte ha affermato che spetta al giudice ordinario pronunciarsi in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite dei suoi amministratori o dipendenti, non essendo configurabile – avuto riguardo alla sua autonoma personalità giuridica – né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro soggetto pubblico, idonei a radicare la giurisdizione contabile ⁽¹⁶³⁾. Viceversa, tale giurisdizione sussiste

⁽¹⁶⁰⁾ L'orientamento richiamato allargava i confini della giurisdizione contabile, creando discutibili criteri di collegamento. Ad esempio, la responsabilità amministrativa era ravvisata ogniqualvolta la p.a. avesse trasferito i propri poteri autoritativi a favore di soggetti ad essa estranei, come avviene nei rapporti concessori (Cass., sez. un., 1 giugno 2010, n. 13330); ovvero in presenza di strumenti di vigilanza o di direzione esercitati dall'ente pubblico (C.d.C., sez. II giur. centr. app., 20 marzo 2006, n. 145); ovvero ancora considerando soggetti quali il direttore dei lavori o il collaudatore di un'opera pubblica compartecipi all'esercizio di poteri autoritativi a titolo di organi straordinari dell'amministrazione (Cass., sez. un., 25 gennaio 2007, n. 1377). Si è giunti persino a costruire un rapporto di servizio con gli ausiliari del giudice, e in particolare il consulente tecnico (C.d.C., sez. giur. reg. Lombardia, 12 ottobre 2006, n. 533) e il curatore fallimentare (C.d.C., sez. giur. reg. Lombardia, 12 dicembre 2005, n. 733). In proposito, si v. M. ANTONIOLI, *Analisi e riflessioni in tema di responsabilità amministrativa, società a partecipazione pubblica e riparto fra le giurisdizioni*, cit.

⁽¹⁶¹⁾ In dottrina, peraltro, vi era chi si sosteneva che la responsabilità amministrativa non si sostituisse a quella civile, bensì le si cumulasse, con la possibilità di esperire le due azioni in concorso fra loro. A un legittimato passivo unico (l'amministratore della società pubblica) corrispondevano, dunque, due soggetti attivi: il procuratore contabile nel giudizio davanti alla Corte dei conti e la società danneggiata davanti al tribunale ordinario. Tra gli esponenti di questa interpretazione si ricorda V. CAPUTI JAMBREGHI, *Azione ordinaria di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in A.A.V.V., *Responsabilità amministrativa e contabile (ad un decennio dalla riforma)*, atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione tenutosi a Varenna dal 15 al 17 settembre 2005, Milano, 2006, 301 ss.

⁽¹⁶²⁾ Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806.

⁽¹⁶³⁾ Su questo orientamento la giurisprudenza sembra essersi consolidata. Partendo dalle sentenze più recenti, si v.: Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13619; Cass., sez. un., 9 marzo 2012, n. 3692; Cass., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20941; Cass., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20940; Cass.,

esclusivamente quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi – a titolo di rappresentante dell'ente socio o comunque titolare del potere decisionale – abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti sociali pregiudicando il valore della partecipazione, omettendo colpevolmente di esercitare l'azione civile di responsabilità ovvero di adottare o sollecitare gli opportuni correttivi per contrastare condotte illecite capaci di condurre ad un depauperamento del patrimonio sociale ⁽¹⁶⁴⁾. Anche sotto il profilo del danno si può addivenire alla medesima conclusione: la Corte dei conti difetta di giurisdizione qualora la lesione si riferisca direttamente alla società e solo indirettamente all'ente pubblico. Infatti, la responsabilità degli amministratori o degli organi di controllo di una società partecipata è ipotizzabile solo nel caso in cui quest'ultima sia stata direttamente danneggiata dall'azione illegittima, mentre è solo indiretto il danno eventualmente concretatosi nella diminuzione di valore della quota sociale, formalmente privata, o nella sua minor redditività. Alla luce di tali considerazioni si può affermare che il dato essenziale che radica la giurisdizione contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico della p.a., e non più dal quadro di riferimento pubblico o privato nel quale si colloca la condotta produttiva della lesione: il discrimine deve fondarsi non tanto e non solo sul profilo inerente la natura giuridica del soggetto, quanto sulla natura pubblica delle risorse gestite ⁽¹⁶⁵⁾. Pertanto, la lesione inferta dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione di responsabilità ai sensi degli articoli 2393 e 2393 *bis* c.c. ed eventualmente a quella dei creditori *ex* articolo 2394 c.c. ⁽¹⁶⁶⁾, non è idonea a configurare anche un'ipotesi di azione

sez. un., ord. 7 luglio 2011, n. 14957; Cass., sez. un., ord. 5 luglio 2011, n. 14655; Cass., sez. un., ord. 9 maggio 2011, n. 10063; Cass., sez. un., ord. 15 gennaio 2010, n. 519.

⁽¹⁶⁴⁾ Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, *cit.*, punto 3.7, e altre conformi.

⁽¹⁶⁵⁾ F. CAPALBO, *Giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità per danno erariale di amministratori e dipendenti delle società partecipate da enti pubblici: limiti dell'orientamento di cui alla recente sentenza Sez. Un. n. 26283/13 alla luce delle novità di cui alla legge di stabilità per il 2014 n. 147/13*, in www.lexitalia.it, n. 1/2014.

⁽¹⁶⁶⁾ L'art. 2393 c.c. prevede l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori, promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea o anche del collegio sindacale a maggioranza dei

rientrante nella giurisdizione della Corte dei conti, poiché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un depauperamento sofferto da un privato – la società – e riferibile al patrimonio appartenente a quel soggetto, non già ai singoli soci titolari delle rispettive quote di partecipazione. Su tale sentenza l’orientamento giurisprudenziale si è consolidato ⁽¹⁶⁷⁾.

Un ulteriore aspetto da considerare in tema di responsabilità amministrativa si incentra sulle peculiarità che caratterizzano i modelli di società pubblica, e precisamente sulla differenza tra quelli interamente pubblici che operano al di fuori del mercato e quelli che, viceversa, agiscono in ambito concorrenziale, sia che si tratti di società tutte pubbliche, sia – a maggior ragione – ove il capitale sia misto pubblico e privato. In proposito si può osservare che una società, se opera nel mercato, deve godere dell’autonomia necessaria per prendere le proprie scelte imprenditoriali in maniera tale che siano libere da vincoli o controlli di stampo pubblicistico, esattamente come un qualsiasi operatore privato. A ben vedere, la società c.d. “pubblica” costituisce un organismo di diritto “privato” quand’anche sia interamente partecipata da enti pubblici, ed è dotata di autonoma personalità giuridica rispetto all’amministrazione (o alle amministrazioni) proprietarie. Per tali ragioni, sia per legge che per statuto, le società pubbliche operano in regime concorrenziale e in posizione paritetica rispetto ai propri soci: non potrebbe altrimenti essere assicurato il leale confronto tra *competitors* pubblici e privati, ove ai primi non siano garantite le medesime condizioni giuridico-economiche applicabili ai secondi. In quest’ottica il corretto funzionamento della società, e in

due terzi dei suoi componenti. L’art. 2393 *bis* c.c., invece, disciplina la medesima azione sociale di responsabilità esercitata dai soci, purché questi rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo. Infine, l’art. 2394 c.c. contempla la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali per l’inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale, ove risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti.

⁽¹⁶⁷⁾ Oltre alla giurisprudenza già citata, si richiamano la relazione per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 2013 della Corte dei conti, sez. giurisdiz. reg. per la Campania, tenuta dal presidente F. Santoro, e quella per l’anno giudiziario 2012 della procura regionale presso la Corte dei conti, sez. giurisdiz. reg. per il Molise, tenuta dal procuratore regionale F. P. Romanelli, entrambe in www.corteconti.it.

particolare la sua genuina amministrazione nel perseguimento del profitto a vantaggio della società stessa (in via diretta) e dei soci (in via indiretta) è attribuito alle norme di diritto privato, che prevedono la possibilità di esperire l'azione di responsabilità degli amministratori davanti al giudice ordinario. I controlli contabili tornano in rilievo soltanto in un momento successivo, qualora si esca dal piano concorrenziale e imprenditoriale in cui opera la società, per entrare nell'ambito di valutazione della gestione dei profitti che l'ente pubblico ha fatto propri in quanto socio partecipe agli utili. La tesi opposta dimostra l'assurdo: come può sopravvivere nel mercato una società che – oltre ai vincoli della magistratura civile e penale – debba soggiacere ai limiti di azione imposti dalle manovre del giudice contabile? Un siffatto controllo pone detta società immediatamente fuori mercato. La concorrenza, infatti, presuppone la comparazione tra i diversi imprenditori, pubblici e privati, e tale comparazione non può avvenire se non garantendo eguali basi – quantomeno giuridiche se non anche economiche – per assicurare la parità di trattamento. È contraddittorio rispetto a tale sillogismo ammettere una differenziazione nei controlli giurisdizionali, non potendo realizzarsi in tal modo, neppure in astratto, una competitività genuina. Soltanto nell'ipotesi in cui la società operi fuori dal mercato tali valutazioni non trovano più sostegno, poiché non sussistono ragioni legate al principio di concorrenza. Alla luce di tali osservazioni, tornando al quesito iniziale sull'ampiezza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di società pubbliche, sembra che ci si debba muovere sulla base della dicotomia “autonomia imprenditoriale – controllo contabile”, poiché dove vi sia l'una (concorrenza, società di diritto privato, azione di responsabilità davanti al giudice ordinario) non può esservi l'altro (settori non competitivi, società *in house* o strumentali, responsabilità amministrativa) ⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ Le numerose sentenze e ordinanze delle sezioni unite citate (si v. nota 160) non sono ancora giunte ad affermare esplicitamente tale principio, ma sembra potersi individuare nella concorrenza il *discrimen* tra giurisdizione ordinaria e controllo contabile. Ne è conferma la già citata sentenza delle Sezioni Unite n. 26283 del 2013, con la quale è stato fugato ogni residuo dubbio in ordine al radicarsi della giurisdizione contabile nel caso delle società *in house*, in quanto mera *longa*

1.5. La soggezione al patto di stabilità interno

Procediamo nella trattazione con l'analisi della disciplina applicabile alle società pubbliche, valutando gli ulteriori profili di affinità con le amministrazioni in senso stretto, approfondendo in particolare il tema della soggezione al patto di stabilità che vincola gli enti territoriali ⁽¹⁶⁹⁾. Ciò permette di penetrare la sostanza di tali organismi, al di là della loro forma di diritto privato, al fine di arginare pratiche elusive spesso messe in atto dalle amministrazioni costituenti o partecipanti ⁽¹⁷⁰⁾. Giova premettere che devono ritenersi escluse da siffatti vincoli di stampo pubblicistico tutte quelle società che abbiano ricevuto l'affidamento della gestione di servizi pubblici con procedura competitiva, che garantisca la sussistenza dei requisiti di economicità, efficienza ed efficacia necessari all'attuazione del principio di buon andamento ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, mediante il confronto competitivo sul mercato e la verifica della congruità dei costi ⁽¹⁷¹⁾. Ancora una volta, così come già rilevato a proposito del controllo contabile, il discrimine tra la soggezione alla disciplina pubblicistica ovvero a quella di diritto

manus dell'amministrazione pubblica costituente (in tal senso, C. Cost. 20 marzo 2013, n. 46) ed escluse dall'ambito concorrenziale. Per approfondimenti si rinvia a F. CAPALBO, *Giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità per danno erariale*, cit.

⁽¹⁶⁹⁾ Il vincolo al patto di stabilità interno deriva dalla necessità di rispettare gli impegni conseguenti al Patto di stabilità e crescita, stipulato ad Amsterdam nel 1997 dai paesi membri dell'Unione Europea, inerente al controllo delle politiche di bilancio pubbliche. I suddetti vincoli di spesa per gli enti locali sono stati istituiti con la legge finanziaria 1999 (legge 448/1998). In particolare, il suo articolo 28 stabilisce che "Le regioni, le province autonome, le province, i comuni e le comunità montane concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica assunti dall'Italia con l'adesione al Patto di stabilità e crescita, impegnandosi a diminuire progressivamente il finanziamento in disavanzo delle proprie spese e ridurre il rapporto tra il proprio ammontare di debito e il prodotto interno lordo". Di fatto, il patto di stabilità è lo strumento con cui si mira a contenere l'aumento incontrollato della spesa pubblica, adeguandola alle effettive possibilità di spesa, nel perseguimento del fine primario di ridurre l'indebitamento pubblico.

⁽¹⁷⁰⁾ Proprio in un'ottica antielusiva è intervenuto il decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111, il cui articolo 20, commi 10 e 11, integra l'articolo 1 della legge 13 dicembre 2010, n. 220, con i due ulteriori commi 111 *bis* e *ter*. Tali norme sanciscono la nullità dei contratti di servizio e degli altri atti posti in essere dalle regioni e dagli enti locali ove siano elusivi delle regole del patto di stabilità interno. Inoltre, fissano con parametri specifici il tetto massimo della sanzione pecuniaria che la Corte dei conti può irrogare nel caso in cui il rispetto del patto di stabilità sia stato artificialmente conseguito mediante forme elusive.

⁽¹⁷¹⁾ C.d.C., sez. aut., 28 dicembre 2011, n. 14.

privato viene individuato nella concorrenza: l'espletamento della gara nel rispetto dei canoni di imparzialità e trasparenza pone tutti gli operatori – indifferentemente pubblici o privati – sul medesimo piano quali imprenditori. Viceversa, in relazione agli altri modelli societari partecipati dalle amministrazioni, in cui non si possa riscontrare il rispetto del principio di concorrenza a causa della mancata indicazione di procedure ad evidenza pubblica, si può affermare che il peculiare vincolo di “forte correlazione” o addirittura di “sostanziale assimilazione” esistente tra gli enti locali e la società giustifichi un concorso di queste ultime al rispetto degli obblighi di finanza, a nulla rilevando la loro natura formalmente privatistica ⁽¹⁷²⁾. Peraltro, lo stesso Testo unico sugli enti locali stabilisce che il regolamento di contabilità di tali amministrazioni debba assicurare di norma la conoscenza consolidata dei risultati complessivi relativi anche alle gestioni di quegli organismi che svolgono varie tipologie di funzioni e servizi ⁽¹⁷³⁾, e prevede tra gli allegati obbligatori del bilancio di previsione dell'ente locale le risultanze dei rendiconti o dei conti consolidati di tutte le unioni di comuni, aziende speciali, consorzi, istituzioni e – soprattutto – società di capitali, deputati all'esercizio di servizi pubblici ⁽¹⁷⁴⁾. Il medesimo TUEL ammette che il regolamento di contabilità di ciascuna amministrazione territoriale possa prevedere la compilazione di un conto consolidato patrimoniale per tutte le attività e passività interne ed esterne, ricomprendendo in un'unica gestione sia i bilanci dell'ente che quelli di soggetti terzi ad esso ricollegati ⁽¹⁷⁵⁾.

In tempi più recenti il legislatore è intervenuto sull'argomento a più riprese. Preme, innanzitutto, ricordare la disciplina dettata dal comma 2 *bis* dell'articolo 18,

⁽¹⁷²⁾ *Ex multis*: C.d.C., sez. aut., 18 settembre 2008, n. 13 (delibera di approvazione dell'elaborato sullo stato dei controlli contabili nei confronti degli organismi partecipati dagli enti locali); C.d.C., sez. contr. Puglia, 27 maggio 2008, n. 15; C.d.C., sez. contr. Lombardia, 17 gennaio 2007, n. 2.

⁽¹⁷³⁾ Articolo 152, comma 2, TUEL.

⁽¹⁷⁴⁾ Articolo 172, comma 1, lett. *b*), TUEL.

⁽¹⁷⁵⁾ Articolo 230, comma 6, TUEL.

decreto legge 112/2008, convertito in legge 133/2008 ⁽¹⁷⁶⁾. La norma, nella sua formulazione iniziale, rinviava a un emanando decreto ministeriale ⁽¹⁷⁷⁾ la definizione delle modalità procedurali e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società pubbliche a partecipazione totalitaria (non necessariamente *in house*) e di quelle controllate dagli enti locali, qualora fossero affidatarie dirette di servizi pubblici, nonché delle società che svolgessero funzioni amministrative per esigenze di interesse generale non industriali né commerciali, e delle società strumentali che rivolgessero la propria opera agli enti locali. La disposizione richiamata limitava, a ben vedere, la soggezione al patto di stabilità a quegli organismi operanti al di fuori del mercato e sottratti alla concorrenza, contemplando espressamente le relative ipotesi: affidamento diretto di pubblici servizi (società *in house*); espletamento di funzioni amministrative per esigenze di interesse generale a carattere non economico (organismi di diritto pubblico); svolgimento di compiti a vantaggio dei medesimi soggetti partecipanti (società strumentali). Nella persistente mancanza del decreto attuativo il comma 2 *bis* dell'articolo 18, così come formulato nel 2009, non poteva ritenersi immediatamente applicabile, anche se la giurisprudenza non era del tutto concorde sul ruolo del prescritto intervento del governo, considerato necessario secondo alcune interpretazioni, ma meramente complementare alla luce di altre analisi ⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁶⁾ Tale norma è stata inserita dall'articolo 19 del decreto legge 78/2009, così come modificato dall'articolo 1 della legge di conversione 102/2009, e quindi innovata dalla legge 147/2013 (c.d. legge di stabilità 2014).

⁽¹⁷⁷⁾ Precisamente, trattasi di 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 di cui all'art. 8, d.lgs. 281/1997, da emanare entro il 30 settembre 2009.

⁽¹⁷⁸⁾ A favore della necessaria emanazione del decreto ministeriale *ex art. 18*, d.l. 112/2008, convertito in l. 133/2008, per la soggezione al patto di stabilità: C.d.C., sez. contr. Lombardia, 19 gennaio 2012, n. 7, che "richiama l'esegesi della giurisprudenza contabile secondo cui l'art. 18, comma 2 *bis*, della l. 133/2008 condiziona l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società ivi citate alla definizione delle modalità e della relativa modulistica. Conseguentemente, non può farsi derivare dalle predette norme l'obbligo attuale, in capo agli enti controllanti, di valutare il rispetto del patto di stabilità attraverso un bilancio consolidato funzionale ad un'analisi della situazione finanziaria della società unitamente a quella dell'ente locale". Per approfondimenti, si v. F. CAPONI, *Società in house: l'assoggettamento al patto di stabilità costituisce principio generale, ma diverrà efficace con l'approvazione del decreto attuativo*, in *Human capital*, n. 2/2012, 29 ss. Nello stesso senso si v. anche C.d.C., sez. contr. Piemonte, 2 marzo 2010, n. 14. Tuttavia, *contra*:

Anche l'ormai abrogato articolo 23 *bis* del medesimo decreto legge 112/2008 si era occupato del tema, assoggettando al patto di stabilità le società *in house* affidatarie di servizi pubblici locali a rilevanza economica, previa adozione di un regolamento governativo ⁽¹⁷⁹⁾. L'ambito di applicazione delle due norme richiamate non era coincidente: infatti, mentre l'articolo 23 *bis* si riferiva soltanto alle gestioni *in house* per servizi pubblici locali a rilevanza economica, l'articolo 18 si rivolgeva – e si rivolge tuttora, così come modificato dalla legge di stabilità 2014 – anche alle altre società partecipate affidatarie dirette della gestione di pubblici servizi e dello svolgimento di pubbliche funzioni, creando problemi di coordinamento. L'*impasse* è stato risolto dalla sentenza della Corte costituzionale 17 novembre 2010, n. 325, la quale ha accolto la censura sollevata da alcune regioni ⁽¹⁸⁰⁾ con riferimento all'articolo 23 *bis*, comma 10, lett. *a*), prima parte, ritenendo che l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno delle società di gestione dei servizi pubblici locali tramite affidamento diretto – attenendo alla materia di coordinamento della finanza pubblica di competenza legislativa concorrente ⁽¹⁸¹⁾ – escludeva, ai sensi dell'articolo 117, comma 6, Cost., la potestà regolamentare statale. Ne è derivata la dichiarazione di parziale illegittimità della norma ⁽¹⁸²⁾, al quale è seguita, nel giugno dell'anno successivo, l'abrogazione dell'intero articolo 23 *bis* ad opera del *referendum*. Com'è noto, gli interventi normativi non si sono arrestati, poiché è sopravvenuto il decreto legge 138/2011, convertito in legge 148/2011, con l'emanazione dell'articolo 4. Si fa riferimento, in questo caso, al

C.d.C., sez. contr. Emilia-Romagna, 26 gennaio 2010, n. 17; C.d.C., sez. contr. Campania, 8 febbraio 2011, n. 98.

⁽¹⁷⁹⁾ Articolo 23 *bis*, comma 10, lett. *a*), prima parte, decreto legge 112/2008, convertito in legge 133/2008.

⁽¹⁸⁰⁾ Emilia-Romagna, Liguria, Piemonte, Puglia, Toscana, Umbria e Marche.

⁽¹⁸¹⁾ A tal proposito, la Corte costituzionale richiama le sentenze n. 284 e n. 237 del 2009 e la n. 267 del 2006.

⁽¹⁸²⁾ Di contro, non è stata dichiarata incostituzionale la disciplina prevista dalla seconda parte della lettera *a*), comma 10, art. 23 *bis*, d.l. 112/2008, relativa all'assoggettamento di affidatari diretti alle procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale, in quanto attinente sia alla materia di tutela della concorrenza, sia a quella dell'ordinamento civile, entrambe di competenza esclusiva dello Stato.

comma 14 della disposizione citata, nella parte in cui precisava – ricalcando la formulazione del precedente art. 23 *bis* – che le società *in house* affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali dovessero essere assoggettate al patto di stabilità secondo le modalità da definirsi con decreto ministeriale ⁽¹⁸³⁾. Anche questa norma è oggi venuta meno a seguito della pronuncia di incostituzionalità n. 199 del 2012, ed è parimenti venuto meno l'articolo 3 *bis* del medesimo decreto legge 138/2011, che prevedeva, in maniera non difforme dalle previsioni già esaminate, che le *in house* fossero sottoposte al patto di stabilità, secondo le modalità che sarebbero state precisate dal governo ⁽¹⁸⁴⁾. Sembrava comunque applicabile alle società pubbliche affidatarie di servizi locali – anche a voler prescindere dal richiamo dell'art. 3 *bis* – l'articolo 18, comma 2 *bis*, del decreto legge 112/2008, in quanto avente portata generale ⁽¹⁸⁵⁾. Il descritto impianto normativo, alquanto disordinato ma pur coerente nel rinviare a un emanando regolamento, è stato interamente soppiantato dalla recentissima legge 27 dicembre 2013, n. 147 (c.d. legge di stabilità 2014), che ha riformulato il comma 2 *bis* dell'articolo 18, decreto legge 112/2008, e ha abrogato il comma 5 dell'articolo 3 *bis*, decreto legge 138/2011, in sostanza sottraendo le società pubbliche dall'applicazione degli obblighi in tema di patto di stabilità. Ha, tuttavia, previsto

⁽¹⁸³⁾ E precisamente, decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'art. 18, comma 2 *bis*, d.l. 112/2008.

⁽¹⁸⁴⁾ In proposito si osserva che “la legittimità della previsione di vincoli in capo ai soggetti affidatari *in house* non pare possa essere messa in dubbio dall'intervento della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, seguendo logiche diverse che conducono alla sostanziale assimilazione delle società *in house* alla pubblica amministrazione” (C. VOLPE, *La nuova normativa sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto “Lazzaro”. Ma è vera resurrezione?*, cit.). Tuttavia, non mancano autori di avviso contrario, che sostengono l'invalidità derivata dell'articolo 3 *bis*, in quanto ha reiterato una parte dell'articolo 4, d.l. 138/2011, dichiarato illegittimo (A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in www.federalismi.it, 2012).

⁽¹⁸⁵⁾ Secondo la Corte dei conti (C.d.C., sez. contr. Lombardia, 19 gennaio 2012, n. 7, cit.), le società *in house* affidatarie della gestione di un servizio pubblico sono comunque assoggettate al patto di stabilità interno in forza dell'autonoma e distinta previsione dell'art. 18, comma 2 *bis*, d.l. 112/2008, che ha portata generale ed è [*rectius*: era] richiamata dallo stesso art. 4, comma 14, d.l. 138/2011.

che le medesime società pubbliche, anche a partecipazione non totale bensì di maggioranza, “concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di efficienza ed economicità”. In definitiva, pur se non vincolate in modo espresso e diretto al rispetto degli obblighi di stabilità, si riconosce il loro concorso alla realizzazione degli obiettivi di bilancio ⁽¹⁸⁶⁾.

1.6. I vincoli di spesa per il personale

Valutiamo ora la sottoposizione delle società pubbliche alle prescrizioni in materia di reclutamento del personale e di conferimento degli incarichi di consulenza. La norma cui riferirsi è ancora l’articolo 18 del decreto legge 112/2008, già ricordato in relazione al patto di stabilità interno. Tale disposizione, espressamente rubricata “Reclutamento del personale delle società pubbliche”, sottopone le partecipate dagli enti locali al rispetto di regole pubblicistiche. La prima norma (articolo 18, comma 1) regola le società interamente pubbliche di gestione dei servizi locali, assimilandole alle pubbliche amministrazioni, in quanto devono adottare, con propri provvedimenti, i criteri e le modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi, nel rispetto dei medesimi principi che vincolano queste ultime ⁽¹⁸⁷⁾. Prosegue, al comma 2,

⁽¹⁸⁶⁾ Ai sensi dell’articolo 1, comma 553, della legge 147/2013, che richiama il comma 550, tale obbligo vincola le aziende speciali, le istituzioni e le società partecipate in maggioranza, diretta e indiretta, dalle pubbliche amministrazioni locali.

⁽¹⁸⁷⁾ Si tratta dei principi dettati dall’art. 35, comma 3, d.lgs. 165/2001: “Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: *a)* adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l’imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all’ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; *b)* adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; *c)* rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; *d)* decentramento delle procedure di reclutamento; *e)* composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell’organo di

disponendo che le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo provvedano allo stesso modo, nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità ⁽¹⁸⁸⁾. A ben vedere, la differenza tra il primo e il secondo comma dell'articolo 18 risiede nel fatto che mentre le società interamente pubbliche di gestione dei servizi locali vengono del tutto assimilate alle p.a. quanto all'obbligo di rispettare la normativa in tema di impiego, tutti gli altri organismi costituiti in forma privata e a partecipazione pubblica (anche non totale, purché di controllo), individuati in via residuale, sono assoggettati ai principi generali di trasparenza, pubblicità e imparzialità, ma non alla specifica legislazione sul personale. Quanto al comma 2 *bis*, introdotto con la novella del 2009 ⁽¹⁸⁹⁾ e quindi modificato nel dicembre del 2013 ⁽¹⁹⁰⁾, il legislatore prevede un'importante novità in tema di vincoli alla spesa per la dotazione organica, estendendo tutte le disposizioni che stabiliscono divieti o limitazioni per le assunzioni anche alle società a partecipazione pubblica, totale o di controllo, che siano titolari di affidamenti diretti di servizi locali senza gara (*in house*), ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale (organismi di diritto pubblico), ovvero ancora che svolgano attività nei confronti della p.a. a supporto di funzioni amministrative di

direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali". Per approfondimenti si rinvia ad A. POLICE, *Le risorse umane*, in F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 547 ss.; E. A. APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego "privatizzato"*, Milano, 2012.

⁽¹⁸⁸⁾ Ai sensi dell'art. 18, comma 3, d.l. 112/2008, convertito in l. 133/2008, sono sottratte all'applicazione di tale disciplina le società quotate su mercati regolamentati e, secondo un'interpretazione estensiva, anche le società da esse controllate. Per approfondimenti in materia si rinvia a: A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle regioni e dagli enti locali*, in *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali*, Istituz. Federal., 2/2011, 69 ss.; C. TESSAROLO, *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2008; A. BARBIERO, *Le problematiche inerenti l'assoggettamento delle società partecipate al patto di stabilità in rapporto al reclutamento di risorse umane*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2011.

⁽¹⁸⁹⁾ Decreto legge 78/2009, convertito in legge 102/2009.

⁽¹⁹⁰⁾ Legge 147/2013.

natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato (società strumentali). A ben vedere si tratta di soggetti sottratti alle regole del mercato, che operano in ambiti non concorrenziali: anche in questa ipotesi il discrimine tra sottoposizione a regole pubblicistiche ovvero privatistiche risiede nella competitività dell'opera svolta. Le medesime società devono 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. L'introduzione di tale norma evidenzia nuovamente l'assimilazione delle società in cui l'elemento pubblicistico sia dominante alle amministrazioni in senso stretto, estendendone la disciplina, e individuando l'elemento discriminatorio nella concorrenza: ove la s.p.a. pubblica abbia ottenuto un affidamento diretto, ovvero svolga attività a carattere non economico o rivolte unicamente a vantaggio dell'ente partecipante, questa opera fuori mercato e, pertanto, soggiace ai medesimi vincoli prescritti per gli enti locali. Viceversa, i predetti divieti o limiti non trovano più applicazione diretta nei confronti delle società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, poiché il nuovo articolo 18, comma 2 *bis*, decreto legge 112/2008, rimette in capo agli enti soci di stabilire con propri provvedimenti, nell'esercizio dei poteri di controllo, le modalità e l'applicazione dei citati vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive ⁽¹⁹¹⁾. Tale impostazione si spiega anche in una logica di amministrazione "di risultato", che non distingue più tra le diverse ipotesi di erogazione dei servizi, poiché promuove in ogni caso l'interesse del cittadino in un'ottica di giustizia sostanziale. In altre parole, le società controllate dall'ente pubblico – ove intendano operare nel mercato – devono sottoporsi a selezioni imparziali, trasparenti, pubbliche, ancorate a sistemi oggettivi

⁽¹⁹¹⁾ La norma così recita: "[...] le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica sono escluse dall'applicazione diretta dei vincoli previsti dal presente articolo. Per queste società, l'ente locale controllante, nell'esercizio delle prerogative e dei poteri di controllo, stabilisce modalità e applicazione dei citati vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive, che verranno adottate con propri provvedimenti." (art. 18, comma 2 *bis*, d.l. 112/2008, come modificato dalla legge 147/2013).

e predeterminati, a garanzia non solo di chi vi partecipa ma anche dei terzi destinatari dell'attività societaria; viceversa, esse non possono che rimanere confinate al di fuori dei settori competitivi ⁽¹⁹²⁾.

Le norme descritte vanno coordinate con ulteriori prescrizioni, parimenti indirizzate verso un fine antielusivo perseguito mediante l'estensione del regime amministrativo dei soggetti pubblici tradizionali alle loro società partecipate. Si fa riferimento a una serie di disposizioni che prendono in considerazione la specifica ipotesi dell'*in house*. Innanzitutto, lo stesso decreto legge 112/2008 all'articolo 23 *bis* – prima della sua abrogazione a seguito di consultazione popolare – prevedeva una norma speciale per gli affidamenti diretti di servizi pubblici locali, rimandando a un regolamento ministeriale la definizione delle modalità per l'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica nell'assunzione di personale ⁽¹⁹³⁾. La medesima disciplina era stata riprodotta nell'articolo 4 del nuovo decreto legge 138/2011, convertito in legge 148/2011, intervenuto a colmare il vuoto normativo lasciato dal *referendum*. Sotto la vigenza di entrambe le disposizioni era fatto espresso divieto, fino all'adozione dei prescritti provvedimenti governativi, di procedere al reclutamento dell'organico ovvero di conferire incarichi. Oggi, dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale che ha colpito l'articolo 4 nell'intero

⁽¹⁹²⁾ Parere del Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, del 24 maggio 2010, n. 2415, sullo schema di d.P.R. recante regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* del decreto legge 112/2008, convertito in legge 133/2008.

⁽¹⁹³⁾ Si fa riferimento all'art. 23 *bis*, comma 10, lett. a), seconda parte, d.l. 112/2008, convertito in l. 133/2008. Le società vincolate da tale norma non sono soltanto quelle *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali, bensì anche le società a partecipazione mista pubblico-privata. I limiti prescritti concernono sia l'assunzione di personale, sia le modalità di acquisto di beni e servizi mediante procedure ad evidenza pubblica. Come già precisato, tale norma è stata oggetto di giudizio di legittimità costituzionale. Tuttavia, la sentenza 325/2010 ha dichiarato l'illegittimità della sola prima parte, relativa all'assoggettamento al patto di stabilità interno, ma ha sostenuto non fondata la questione relativa al rispetto di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale, che pertanto è rimasta in vigore. Parallelamente, il regolamento di attuazione dell'articolo 23 *bis*, emanato con d.P.R. 168/2010, prevedeva all'art. 7 una norma del tutto simile a quella dell'art. 18, comma 1, d.l. 112/2008: ci si riferisce all'obbligo di rispettare i principi di cui all'art. 35, comma 3, d.lgs. 165/2001, da parte delle società a partecipazione pubblica di gestione dei servizi pubblici locali, adottando con propri provvedimenti i criteri e le modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi. Tale assetto ha avuto vita breve, poiché, poco dopo, con il *referendum* del giugno 2011, l'intero articolo 23 *bis* e il suo regolamento di attuazione sono stati abrogati.

suo contenuto ⁽¹⁹⁴⁾, il panorama non è mutato. Si applica, infatti, l'articolo 3 *bis*, contenuto nel medesimo decreto legge 138/2012 ⁽¹⁹⁵⁾, che al comma 6 prescrive l'adozione, da parte delle società affidatarie *in house* con propri provvedimenti, di criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35, d.lgs. 165/2001, nonché dei vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall'ente locale controllante ai sensi dell'articolo 18, comma 2 *bis*, decreto legge 112/2008 ⁽¹⁹⁶⁾. Da tali osservazioni si può concludere che il vincolo di spesa per il personale incombe senz'altro sulle società *in house*, anche se non a mente dell'articolo 18, comma 1, del decreto legge 112/2008, in vigore per tutte le società pubbliche di gestione dei servizi locali, bensì in conformità all'articolo 3 *bis* del successivo decreto legge 138/2011, che prevede una specifica disciplina per gli affidamenti diretti. Quanto al comma 2 del medesimo articolo 18 – il cui campo di applicazione è determinato in via residuale – dovrebbe ritenersi vincolante per le sole società a capitale pubblico totale o di controllo che non gestiscano servizi pubblici locali, ossia le società strumentali e quelle miste, in quanto non rientranti nell'ambito del comma 1. A conferma di tale sistema normativo si deve, infine, considerare l'articolo 76, comma 7, del decreto legge 112/2008, in tema di spese per il personale degli enti locali e delle camere di commercio ⁽¹⁹⁷⁾. La norma richiamata prevede che tra le spese delle amministrazioni si debbano computare anche quelle sostenute da società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo qualora siano titolari di affidamenti diretti, ovvero svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di

⁽¹⁹⁴⁾ C. Cost., 20 luglio 2012, n. 199, più volte citata.

⁽¹⁹⁵⁾ Norma introdotta dal decreto legge 1/2012, convertito in legge 27/2012, e successivamente modificata dalla legge 147/2013.

⁽¹⁹⁶⁾ Questa formulazione deriva dalle modifiche apportate dalla legge di stabilità 2014 e, precisamente, dal suo articolo 1, comma 559.

⁽¹⁹⁷⁾ Tale comma è stato oggetto di continui aggiustamenti. Già modificato in sede di conversione dalla legge 133/2008, è stato successivamente sostituito dal decreto legge 78/2010. Sulla norma sono quindi intervenuti la legge 220/2010, il decreto legge 98/2011, la legge 183/2011, il decreto legge 201/2011, il decreto legge 16/2012 e infine la legge 147/2013.

interesse generale a carattere non industriale né commerciale, ovvero ancora svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica; in sostanza: qualora operino fuori mercato ⁽¹⁹⁸⁾.

Alla luce di quanto osservato, anche nell'ambito dei limiti alla spesa per il personale si osserva come le società pubbliche finiscano per essere assimilate alle amministrazioni, in modo tanto più rilevante quanto maggiore sia il rapporto strutturale, organizzativo ed economico che le lega. Il timore che il modulo societario venga utilizzato quale strumento elusivo della disciplina che vincola gli enti territoriali spinge il legislatore ad adottare scelte sempre più restrittive, tali da relegare questi modelli al margine del mercato, facendoli ancora sopravvivere (per il momento) nei soli ambiti non competitivi. Viceversa, nei settori di libero mercato, la società pubblica è costretta ad operare in condizioni di parità con le altre imprese, in ossequio al principio comunitario di tutela della concorrenza, venendo a perdere qualsiasi vantaggio (o svantaggio) che in origine poteva trarre dalla sua natura pubblica. È, infatti, lecito chiedersi se sussistano ulteriori profili che possano evidenziare aspetti di convenienza nel ricorso al modulo della società pubblica, di interesse sia per l'ente territoriale, sia per gli operatori economici privati, sia infine per la comunità che fruisce dei servizi.

2. I margini di operatività delle società pubbliche non concorrenziali

2.1. Un modello in via di estinzione?

Giunti a questo punto della trattazione è opportuno soffermarsi su quanto

⁽¹⁹⁸⁾ La previsione ricalca quasi testualmente quella dell'art. 18 del medesimo decreto legge 112/2008, convertito in legge 133/2008.

finora esposto, al fine di comprendere le effettive potenzialità delle società pubbliche e la correlata possibilità per gli enti territoriali di scegliere il modulo operativo più adatto alle proprie esigenze, nei limiti consentiti dalla normativa nazionale e comunitaria, nonché dal diritto vivente cristallizzato dalla giurisprudenza. A ben vedere, la pubblica amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale è condizionata non solo dall'obbligo di motivazione in ragione delle giustificazioni di interesse pubblico sussistenti per intervenire in un determinato settore (sia esso all'interno o all'esterno del mercato), bensì anche da ulteriori valutazioni di ordine economico per il rispetto ai vincoli di bilancio, quale principio cardine di matrice europea oggi costituzionalizzato ⁽¹⁹⁹⁾, e infine dall'effettivo margine di scelta residuo alla luce degli stringenti limiti imposti dal legislatore. L'incertezza oggettiva nell'optare per l'uno o per l'altro modello gestorio è destinata ad accentuarsi nell'ambito dei molteplici rapporti che intercorrono tra gli enti locali e le società partecipate, arroccate in una zona di frontiera al confine tra il diritto amministrativo e quello societario, nonché a cavallo tra la sfera di competenza tecnico-gestionale dei dirigenti e quella politico-amministrativa degli organi di governo ⁽²⁰⁰⁾. Tuttavia, sembra possibile effettuare alcune considerazioni di opportunità generale, senza voler prescindere dagli ulteriori accertamenti che devono riguardare ciascun caso concreto. Premesso che ad oggi l'unica strada sicura sembra essere quella della procedura ad evidenza pubblica, quali margini residuano per la scelta di un affidamento diretto a favore di un organismo interamente partecipato dall'ente locale? La possibilità di ricorso all'*in house*, come

⁽¹⁹⁹⁾ La recente legge costituzionale 1/2012 ha modificato gli articoli 81, 97, 117 e 119 della Carta fondamentale, innalzando a rango costituzionale il principio di pareggio del bilancio. Più precisamente, lo Stato è tenuto ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese, tenendo conto delle fasi avverse e di quelle favorevoli del ciclo economico. In quest'ottica il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico ovvero al verificarsi di eventi eccezionali previa autorizzazione delle camere a maggioranza assoluta (art. 81 Cost.). Oltre allo Stato, le stesse pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, devono assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico (art. 97 Cost.).

⁽²⁰⁰⁾ M. NICO, *Le società partecipate dagli enti locali dopo il decreto liberalizzazioni*, cit., 375.

più volte osservato, è ristretta fra confini angusti, tanto da costringere l'amministrazione a muoversi su un terreno scivoloso: non stupisce che le p.a. preferiscano abbandonarlo, optando piuttosto per l'affidabile via della gara pubblica, mettendosi al riparo da insidiosi profili di responsabilità amministrativa e contabile. Valutiamo l'attuale esperibilità della soluzione *in house*, alla luce della più recente normativa in materia. Il già citato articolo 34 del decreto legge 179/2012, come modificato dalla sua legge di conversione 221/2012, ha previsto l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di predisporre una relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti per la forma di affidamento del servizio di volta in volta prescelta, definendo altresì i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale con le relative compensazioni economiche, se previste. Il legislatore ammette, dunque, la sussistenza di più tipologie di affidamento (con gara, in via diretta a favore di un organismo interamente pubblico, ovvero a società mista tramite la c.d. gara a doppio oggetto), purché la scelta sia sostenuta da una congrua motivazione che assicuri il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e un'adeguata informazione per la collettività di riferimento. In questo modo l'obbligo di motivare e di pubblicizzare la modalità di affidamento viene istituzionalizzato, e tale obbligo sussiste a prescindere dal fatto che la pubblica amministrazione abbia adottato l'una, l'altra, o la terza forma di gestione del servizio ⁽²⁰¹⁾. Dall'assunto non può comunque trarsi la conclusione dell'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di equiordinazione tra i vari modelli di affidamento: la procedura ad evidenza pubblica costituisce pur sempre il metodo ordinario di selezione del soggetto a cui affidare lo svolgimento del servizio. Viceversa, l'*in house* – anche dopo l'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 199/2012 che ha fatto rivivere la disciplina comunitaria – rimane

⁽²⁰¹⁾ C. VOLPE, *La nuova normativa sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?, cit.*

senz'altro un modulo alternativo alla gara, ma non può porsi sul suo stesso piano, in quanto mantiene quella connotazione derogatoria ed eccezionale che già aveva acquistato progressivamente a seguito delle varie pronunce della Corte di giustizia e, in tempi successivi, con le ingerenze costanti del legislatore nazionale ⁽²⁰²⁾. L'unica vera alternativa alla gara, spazzato il campo dalla praticabilità – e soprattutto dall'affidabilità – dell'attribuzione in via diretta del servizio, sembra essere ad oggi quella della società mista, modello versatile per la sua natura ibrida e facilmente adattabile alle esigenze dell'amministrazione, da un lato, e del privato imprenditore, dall'altro, nel rispetto dei principi comunitari di evidenza pubblica e concorrenza.

2.2. Il ruolo di garante del corretto espletamento del servizio

Si è finora osservata l'evoluzione e la disciplina delle società interamente pubbliche, il cui ruolo è stato nel tempo progressivamente sminuito dal legislatore, restringendolo in ambiti sempre più angusti al fine di ossequiare il principio comunitario della concorrenza e contemporaneamente limitare una spesa pubblica crescente e non più sostenibile. Le motivazioni sottese a tale inarrestabile processo risiedono nel perseguimento dell'ottica di libero mercato, in un sistema di attività amministrativa tesa a conseguire gli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto dei canoni di buon andamento, imparzialità e trasparenza. Un tessuto produttivo come quello nazionale, per anni incentrato sul ruolo preponderante dell'ente pubblico, è stato ritenuto incompatibile con i principi appena ricordati, non solo per ragioni tecniche o di adeguatezza del servizio – che potrebbero e, anzi, dovrebbero comunque essere garantite – quanto piuttosto per

⁽²⁰²⁾ Il riferimento è volto, in particolare, all'art. 23 *bis* del decreto legge 112/2008, convertito in legge 133/2008, e all'art. 4 del decreto legge 138/2011, convertito in legge 148/2011, che hanno ulteriormente ristretto i limiti dell'*in house* fissati dalla giurisprudenza europea.

motivi partecipativi e lavorativi, come già accennato, ossia per la necessità di assicurare quanto più possibile nuove opportunità di lavoro per i privati, in tal modo favorendo lo sviluppo e il benessere del territorio. Inoltre, l'esternalizzazione dell'attività imprenditoriale permette agli enti pubblici di incentrare la propria azione sulle funzioni in senso stretto amministrative. Tuttavia, anche a fronte di una costante tendenza a demandare ai privati, su un piano competitivo, il concreto svolgimento dei servizi o la realizzazione delle opere, nondimeno è fondamentale che la p.a. mantenga un ruolo all'interno del mercato, questa volta non di imprenditore bensì di supervisore, o meglio, di garante nella corretta esecuzione dei compiti a favore della collettività.

Valutiamo innanzitutto gli ambiti non concorrenziali, rinviando al prossimo capitolo ulteriori considerazioni sui settori di mercato. Nelle fattispecie in cui non si realizza quell'automatico assestamento determinato dal rapporto tra domanda e offerta l'elemento pubblicistico è garanzia del corretto espletamento del servizio ed è in grado di apprestare una forma di tutela per gli utenti che ne fruiscono, al riparo da possibili abusi di posizione dominante ovvero da logiche imprenditoriali distorte. Si deve considerare, infatti, che le aree escluse dalla competitività costituiscono quelle in cui sussiste un più alto rischio di manipolazione da parte degli operatori, poiché sono esonerati dal confronto con le altre imprese, potendo vantare una posizione di *domini* pressoché assoluti. Le conseguenze paurose sono innumerevoli: scarsa qualità del servizio, tariffe esose, condizioni vessatorie per i fruitori, ad esempio con limitazioni di responsabilità a favore del gestore. In quest'ottica il ruolo dell'ente pubblico, per il tramite della sua società, assurge a quello di controllore e garante. Infatti, chi meglio può valutare la qualità del servizio svolto dalla società affidataria se non il suo unico socio? L'amministrazione si fa imprenditore e controllore al tempo stesso, in quanto è controllore di se stessa. Tuttavia, preme interrogarsi sulla compatibilità di tale aspetto con il principio speculativo delle società di capitali: l'organismo, che

formalmente è una s.p.a., anche se pubblica, può svolgere il ruolo di arbitro nel mercato, senza che tale compito finisca per contrastare con quanto prescritto dall'articolo 2247 del codice civile in tema di oggetto sociale ⁽²⁰³⁾? La questione, in realtà, sembra facilmente superabile. Non bisogna dimenticare, infatti, che la società pubblica – pur nella sua posizione di garante – mantiene la precipua funzione di svolgere il servizio a favore della collettività, ed è solo questa l'attività che assurge al rango di oggetto statutario. Viceversa, il ruolo di garanzia costituisce l'effetto diretto delle prestazioni poste in essere dall'ente, venendo a porsi quale naturale conseguenza dell'adempimento all'obbligo di perseguire l'interesse pubblico mediante la corretta esecuzione dell'opera o del servizio a vantaggio degli utenti. Non sussiste, pertanto, incompatibilità tra il compito di “controllore” e il perseguimento dell'oggetto sociale, poiché il primo è conseguenza intrinseca e indeclinabile dell'attuazione a regola d'arte del secondo.

Le osservazioni svolte mettono in luce un importante aspetto delle società strumentali e *in house*, che forse è stato accantonato dal legislatore attuale, teso verso l'obiettivo di limitare quanto più possibile il già ristretto spazio riservato alle società pubbliche. Verosimilmente i problemi che stanno progressivamente portando al bando tale modulo organizzativo non risiedono tanto nel modello in sé, bensì nelle peculiarità concrete con cui è stato realizzato. In altre parole, non è lo strumento quello sbagliato, ma il modo in cui lo si suona. La ritenuta illimitatezza dei fondi pubblici – unita a politiche sbagliate, a favoritismi, financo a diffuse pratiche di corruzione – ha portato all'attuale situazione di indebitamento degli enti territoriali e alla conseguenziale necessità di ridurre la spesa, dismettendo le partecipazioni societarie ⁽²⁰⁴⁾. Tuttavia, a ben vedere, non è la società pubblica a

⁽²⁰³⁾ Ai sensi dell'articolo 2247 c.c., con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili.

⁽²⁰⁴⁾ Tali aspetti sono stati efficacemente messi in luce dal Rapporto finale della Commissione ministeriale per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, pubblicato a Roma il 22 ottobre 2012. La rilevanza del fenomeno corruttivo nel settore delle imprese è accennata già nella presentazione

produrre debito, bensì il modo in cui viene gestita. Lo strumento societario, di per sé, è finalizzato a produrre utili ⁽²⁰⁵⁾, o quantomeno – nel caso di partecipazione amministrativa – al pareggio del bilancio e al massimo soddisfacimento della collettività nell’effettuazione del servizio. Ne consegue che in astratto la scelta delle strumentali o delle *in house* non può essere biasimata. La pratica ha, però, insegnato che nel concreto tali moduli hanno fallito, aumentando l’indebitamento e facendo crescere i costi della macchina organizzativa, a discapito del prezzo e della qualità dei servizi. Da qui la necessità di porre un freno al proliferare delle società degli enti pubblici, sulla spinta dei principi comunitari di concorrenza e libero mercato, di rispetto del patto di stabilità interno, di riduzione del debito.

Il legislatore, alla luce di quanto osservato, ha intrapreso una precisa scelta politica di graduale ma inesorabile limitazione delle società interamente pubbliche e, in particolare, della possibilità di attribuire loro affidamenti in via diretta. Tuttavia, non si può negare che – se fossero state improntate a criteri di economicità e buona amministrazione – le società strumentali e quelle *in house* avrebbero potuto costituire moduli adeguati per la prestazione dei servizi, soprattutto in quegli ambiti sottratti alla concorrenza per le caratteristiche o l’estensione del luogo e la natura dell’attività da svolgere. Pur prendendo atto del fallimento di tale modalità di gestione, le cui possibilità sono sempre più circoscritte, gli affidamenti diretti costituiscono ancora oggi una fetta cospicua nell’ambito dei servizi pubblici locali. Non si deve dimenticare che, se le attività sono ben svolte, la presenza della partecipazione interamente pubblica non costituisce di per sé un limite, ma è anzi indice di garanzia. In alternativa alle

dell’ex presidente del Consiglio dei ministri, Mario Monti, il quale afferma che “il diffondersi delle pratiche corruttive mina la fiducia dei mercati e delle imprese, scoraggia gli investimenti dall’estero, determina quindi, tra i suoi molteplici effetti, una perdita di competitività del Paese”. In tema di corruzione si v., recentissimo, A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, 2013.

⁽²⁰⁵⁾ Si richiama in proposito l’articolo 2247 c.c. già citato e, in particolare, la parte in cui prevede che l’attività economica esercitata dalla società sia indirizzata “allo scopo di dividerne gli utili”.

gestioni pubbliche in via diretta, ma senza doversi addentrare nella giungla del libero mercato delle imprese private tese al profitto e difficilmente controllabili, la strada intermedia, come spesso accade, sembra quella più percorribile. Con tali valutazioni apriamo il sipario delle società miste pubblico-private.

CAPITOLO TERZO

LE SOCIETÀ PUBBLICHE NEL MERCATO

SOMMARIO: 1. La società mista. – 1.1. Introduzione. – 1.2. La gara a doppio oggetto. – 1.3. Il principio di alternatività. – 1.4. L'appetibilità della società mista: il ruolo garante del socio pubblico e l'opportunità di dialogo con il *partner* imprenditore. – 1.5. L'attuale possibilità per gli enti locali di costituire società miste alla luce dei recenti interventi normativi in materia. – 2. Le società interamente pubbliche che operano in regime concorrenziale. – 2.1. Il ruolo delle società degli enti pubblici nel mercato. – 2.2. Il settore dell'energia elettrica. – 2.3. Il gas. – 2.4. I trasporti e il processo di liberalizzazione. Il trasporto ferroviario. – 2.5. Il trasporto aereo.

1. La società mista

1.1. Introduzione

Fino a questo punto della trattazione ci siamo soprattutto concentrati su profili riguardanti settori non concorrenziali, in quanto relativi a servizi scarsamente appetibili alle imprese. Sofferriamo ora la nostra attenzione su un altro tipo di società, quelle miste pubblico-private, che si sviluppano negli ambiti in cui la potenziale remuneratività del lavoro da svolgere garantisce la presenza di una componente imprenditoriale e la vigenza delle regole di libero mercato. In relazione a tale modulo di affidamento abbiamo già individuato alcuni profili: opera in regime competitivo, si rivolge alla generalità degli utenti, è partecipato da un socio scelto con gara avente ad oggetto sia la quota sociale che la gestione del servizio⁽²⁰⁶⁾. L'analisi delle società miste, così come quella delle società pubbliche in

⁽²⁰⁶⁾ Tra i molti autori che hanno trattato l'argomento: F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., 534-535; R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano 2008; N. AICARDI, *Società miste ed evidenza pubblica "a monte"*, in E. CASSETTA, A. ROMANO, F. G. COCA,

generale, si inserisce e si interseca con la disciplina dei pubblici servizi, sulla quale il legislatore nazionale è intervenuto a più riprese e che oggi è direttamente regolata dal diritto europeo. In base a quanto previsto, e come già ricordato, si prospettano tre modalità di affidamento dei servizi: la partecipazione alle procedure di gara alle medesime condizioni delle imprese private; l'affidamento diretto a favore di società mista ove vi sia già stata evidenza nella scelta del socio e nella connessa attribuzione di specifici compiti operativi; eccezionalmente, l'affidamento diretto a società interamente pubblica purché soddisfi gli stringenti requisiti richiesti per la gestione *in house*. A ben vedere, il modulo della società mista costituisce un'alternativa generale alla regola della gara pubblica, ponendosi sul suo stesso piano, e confinando la soluzione dell'affidamento diretto a mera deroga. Consideriamo la percorribilità in concreto di queste ipotesi: da un lato, la partecipazione dell'impresa pubblica a procedure competitive a fianco di altri imprenditori non garantisce in alcun modo l'aggiudicazione a suo favore e, inoltre, non sempre l'ente pubblico si dimostra adeguato nel confronto concorrenziale con le più snelle imprese private; dall'altro, l'ambito dell'*in house* è stato progressivamente ristretto ad opera delle spinte comunitarie e delle normative nazionali di recepimento tese a eliminare qualsiasi ostacolo al libero mercato, e risulta ad oggi un'ipotesi residuale e marginale, oltre che rischiosissima sotto i profili di responsabilità amministrativa ⁽²⁰⁷⁾. La gestione mediante società mista rappresenta una valida alternativa e una soluzione di compromesso, poiché garantisce alla p.a. la partecipazione in prima persona nell'effettuazione del

Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, II, Padova, 2007, 219 ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915 ss.; F. TRIMARCHI BANFI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, 1999; G. CAIA, *Società a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass.*, 1995, 1082 ss. Si v. anche V. PARISIO, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, n. 12/2012; F. LUCIANI, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, *cit.*; C. VOLPE, *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, *cit.*

⁽²⁰⁷⁾ Si v. in proposito quanto osservato nel capitolo II, in particolare ai paragrafi 1.2. e 2.2.

servizio, pur senza gravarla degli oneri connessi allo svolgimento dei lavori, che restano in capo al solo socio d'opera da lei scelto e controllato ⁽²⁰⁸⁾. Il ruolo attivo dell'ente pubblico in qualità di socio – e non di mera stazione appaltante o concessionario – permette un controllo dall'interno, costituendolo operatore del mercato e non solo supervisore esterno di regolarità. Tali osservazioni permettono di poter considerare la partecipazione pubblica – ove sia organizzata nel rispetto dei principi di buona amministrazione – come un *quid pluris*, tale da garantire, per un verso, la concorrenza nei settori competitivi e, per altro verso, la realizzazione dell'interesse pubblico con il soddisfacimento degli utenti.

Il modello del partenariato pubblico-privato è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento degli enti locali con la legge 142/1990. Tuttavia, anche prima di questo intervento normativo, alle pubbliche amministrazioni territoriali era comunque consentito partecipare a società di capitali al fianco di imprenditori privati sulla base del riconoscimento di una generica capacità negoziale di diritto comune ⁽²⁰⁹⁾. Infatti, costituisce principio consolidato quello secondo cui il modello societario rappresenta un'organizzazione di per sé neutra, ben potendosi adattare al perseguimento dello scopo pubblicistico senza porsi in contrasto con il fine lucrativo di cui all'articolo 2247 del codice civile. A partire dalla sua nascita la società mista ha vissuto nel tempo, a fasi alterne, ampliamenti e restringimenti del proprio impiego. In un primo momento, con la legge 15 maggio 1997, n. 127, di modifica all'ordinamento delle autonomie locali ⁽²¹⁰⁾, la gamma dei modelli di partenariato è stata estesa, prevedendo – oltre alla già conosciuta figura della società per azioni – anche quella a responsabilità limitata, e non solo con

⁽²⁰⁸⁾ Un segnale di favore nei confronti della società mista è stato manifestato anche dal legislatore, il quale – nelle modifiche apportate all'articolo 4 della legge 148/2011 prima della sua dichiarazione di incostituzionalità – aveva incluso gli enti pubblico-privati tra i casi di non applicazione del divieto di ottenere servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi (comma 33), mentre in precedenza era menzionato in modo espresso il solo socio d'opera e non anche la società.

⁽²⁰⁹⁾ C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, cit.

⁽²¹⁰⁾ Più precisamente, si tratta dell'articolo 17, comma 58, della legge 127/1997, che ha modificato l'art. 22, comma 3, lett. e), della legge 142/1990 (ordinamento delle autonomie locali).

riferimento ad organismi costituiti dall'ente locale per la gestione del servizio, bensì anche a soggetti già esistenti ai quali l'amministrazione possa partecipare mediante acquisto di quote del capitale. In seguito, con l'entrata in vigore del d.lgs. 267/2000, la disciplina in esame è stata trasfusa negli articoli 113 e seguenti TUEL, riproducendo l'elenco delle forme di gestione già esistenti, aggiungendo peraltro, alla lettera *f*), il modello della società per azioni costituita senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria con obbligo di gara per la scelta del socio privato⁽²¹¹⁾. Questa peculiare forma di *partnership* societaria, costituendo una soluzione organizzativa ancora poco conosciuta e tecnicamente complessa, continuava a rivestire uno spazio marginale nel mercato dei servizi, saldamente in mano al monopolio pubblico locale e dominato da società interamente partecipate dai comuni di riferimento operanti in regime di *in house* ⁽²¹²⁾. Se anche l'amministrazione sceglieva di avere un socio, generalmente si faceva affiancare da altri azionisti pubblici, piuttosto di intraprendere la via del partenariato pubblico-privato. Su tale scenario si è inserito l'articolo 35 della legge finanziaria per il 2002⁽²¹³⁾, che ha ridisegnato la disciplina dei servizi pubblici locali, innovando in maniera profonda il sistema previgente. La novella ha operato la distinzione tra i servizi dotati ovvero privi di rilevanza industriale, sancendo il principio di tutela della concorrenza quale corollario della sola prima tipologia⁽²¹⁴⁾. Sul piano pratico la nuova disciplina ha abrogato le forme di gestione previste originariamente dalla legge 142/1990 e poi trasfuse nel d.lgs. 267/2000, disponendo l'erogazione dei

⁽²¹¹⁾ Si veda anche l'articolo 116 TUEL, che prevede espressamente l'obbligo di gara per la scelta del *partner* imprenditore.

⁽²¹²⁾ M. NICO, *Le società partecipate dagli enti locali dopo il decreto liberalizzazioni*, cit., 29. Si deve precisare che, ancora oggi, le società miste costituiscono una modalità di affidamento non particolarmente diffusa, anche se in crescita costante alla luce delle loro peculiarità, di pari passo con lo sfavore che il legislatore ha progressivamente dimostrato nei confronti degli affidamenti *in house*.

⁽²¹³⁾ Legge 28 dicembre 2001, n. 448.

⁽²¹⁴⁾ C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, cit.

servizi pubblici locali in via esclusiva tramite appalti a società di capitali ⁽²¹⁵⁾. Il rapporto tra l'ente locale e il gestore ha assunto in tal modo natura esclusivamente contrattuale e privatistica: le attività attribuite agli enti locali nel settore dei servizi rivolti alla collettività hanno perso la loro peculiarità di funzioni amministrative, per assumere la natura di attività di diritto comune ⁽²¹⁶⁾. Diversamente accadeva negli ambiti sottratti al mercato, poiché – come specificato dalla medesima finanziaria 2002 ⁽²¹⁷⁾ – per le s.p.a. a capitale pubblico-privato (anche a partecipazione pubblica minoritaria), era sempre consentito l'esercizio dei servizi di cui all'articolo 113 *bis*, di rilevanza non industriale, anche a prescindere dal rispetto di procedure ad evidenza pubblica ⁽²¹⁸⁾. Il successivo decreto legge 269/2003, convertito in legge 326/2003, ha proseguito sulla scorta della medesima *ratio*, con l'obiettivo espresso di adeguare la disciplina nazionale alla normativa europea sui servizi di interesse generale. Più precisamente, e come già ricordato, ha modificato la rubrica degli articoli 113 e 113 *bis* TUEL con l'introduzione del concetto di rilevanza "economica" del servizio, in sostituzione del termine "industriale". Allo stesso tempo, ha ampliato la possibilità di ricorrere al modello misto, consentendo nuovamente tale forma di erogazione anche nei settori di rilevanza imprenditoriale quale alternativa alle altre modalità gestorie, purché previo esperimento di gara per

⁽²¹⁵⁾ Infatti, nella gestione dei servizi pubblici era venuto meno anche l'istituto della concessione a terzi, in quanto eliminato dall'articolo 35 della legge finanziaria per il 2002, attraverso la formale abrogazione, disposta al comma 13 della norma citata, degli articoli 265 (concessioni all'industria privata), 266 (capitolati), e 267 (modalità delle concessioni) del regio decreto 1175/1931 (Testo unico per la finanza locale), il quale costituiva il fondamento normativo a base dell'istituto. I critici hanno prontamente rilevato tale abolizione, rilevando che era stata "eliminata la concessione amministrativa come sistema generale di assegnazione dei servizi pubblici locali, nonché come modello delle relazioni tra ente locale e soggetti gestori" (L. OLIVERI, *Eliminato l'affidamento mediante la concessione*, in Italia Oggi del 25 gennaio 2002, 21; si v. anche M. ALESIO, *I servizi pubblici locali: peso della tradizione e nuovo assetto delineato dalla Finanziaria 2002*, in www.lexitalia.it, n. 2/2002).

⁽²¹⁶⁾ A. CAROSELLI, *La concessione di servizio pubblico nel quadro di riforma dei servizi pubblici locali*, in www.lexitalia.it, n. 3/2003.

⁽²¹⁷⁾ Legge 448/2001.

⁽²¹⁸⁾ Si ricorda che l'articolo 113 *bis* TUEL è stato dichiarato incostituzionale con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272, determinando l'espansione della discrezionalità degli enti territoriali negli ambiti sottratti alla concorrenza, con la possibilità di gestire i servizi pubblici locali non economici senza vincoli specifici imposti dalla legislazione nazionale.

la scelta del socio privato ⁽²¹⁹⁾. Le società miste possono, dunque, gestire un servizio pubblico locale, ma nei settori competitivi l'accesso all'affidamento è vincolato al rispetto della concorrenza nei confronti delle altre imprese private. L'ossequio a questo fondamentale principio di stampo europeo impone che il compito sia espletato da soggetti selezionati con procedure ad evidenza pubblica in un regime di libero mercato. Il modello misto, attraverso il momento della gara per la scelta del socio, sembra rispettare a buon diritto il predetto canone e si pone, pertanto, quale figura ammessa in via generale per lo svolgimento del servizio. L'unico margine residuo per l'affidamento diretto nei settori concorrenziali è quello dell'*in house*, ove però la partecipazione del privato non trova più spazio alla luce dei parametri delineati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ⁽²²⁰⁾. Dalle osservazioni svolte sembra dedursi che, laddove vi sia concorrenza l'ente locale non può più definirsi titolare della gestione, poiché questa deve essere demandata agli operatori privati o al più pubblico-privati, nel rispetto del principio di libera concorrenza e previo espletamento della gara pubblica. In tali ambiti l'amministrazione, con la caratteristica terzietà che le è propria, viene allora ad assolvere un nuovo ruolo incentrato sull'attività di regolamentazione, indirizzo e vigilanza in ambito locale, nel rispetto delle prescrizioni stabilite dall'autorità nazionale di settore ⁽²²¹⁾. L'ente pubblico da imprenditore si fa garante della corretta effettuazione del servizio, ponendosi non più al centro del mercato, come suo operatore, bensì ai margini, in qualità di supervisore di quelle imprese private (o miste) che concretamente svolgono le prestazioni a vantaggio della comunità.

⁽²¹⁹⁾ Ulteriori modifiche all'art. 113 TUEL sono state apportate anche dalla legge 350/2003 (finanziaria 2004).

⁽²²⁰⁾ Infatti, già con la sentenza *Stadt-Halle* dell'11 gennaio 2005, la Corte europea ha sancito che la partecipazione, anche in minima parte, di capitale privato determina l'impossibilità di affidare in via diretta la gestione di servizi, poiché tale elemento esclude *ex se* il requisito del controllo analogo. In proposito si rinvia al capitolo II, paragrafo 1.2., sulla gestione *in house*.

⁽²²¹⁾ Il riferimento è volto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Si v. a tal proposito C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, cit.; M. M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra codice civile e servizio ai cittadini*, cit.

Effettuiamo ora alcune valutazioni. Se, per un verso, l'ambito della società mista sembra oggi più esteso che in passato, potendo ammettersi per qualsiasi tipologia di gestione, sia essa relativa a un servizio pubblico economico ovvero non economico, d'altro canto tale modello è stato imbrigliato nelle maglie dell'evidenza pubblica, con tutte le conseguenze che ne derivano quanto a competitività, formalismo, rispetto delle procedure, soddisfazione dei requisiti, operatività nel mercato. Questa evoluzione impone una nuova analisi, al fine di poter cogliere le opportunità della società mista, specie quelle derivanti dalla sua natura ibrida al confine tra il pubblico e il privato. Attualmente il modulo del partenariato trova spazio sia nell'esercizio dei servizi pubblici, sia nella realizzazione di infrastrutture e dotazioni, anche come alternativa all'ormai sempre più diffuso *project financing*. Le potenzialità della collaborazione pubblico-privata sono amplissime, in quanto permettono di coniugare la tutela dell'interesse pubblico, cui si ricollega la garanzia del corretto espletamento dei servizi e la soddisfazione degli utenti, con le esigenze imprenditoriali. In particolare, l'amministrazione – partecipando dall'interno alla gestione societaria – può esercitare un controllo pregnante su tutte le scelte del socio privato; quest'ultimo, d'altra parte, si assicura lo svolgimento del servizio e la sua remunerazione in maniera non dissimile da quanto accade in una qualsiasi concessione o appalto, con la peculiarità di operare sotto la protezione dell'ente pubblico. La *ratio* della società a capitale misto risponde all'esigenza di consentire alle amministrazioni di avvalersi dei privati non quali meri investitori, bensì come imprenditori cui affidare la codeterminazione delle modalità di gestione, sì da consentire al socio pubblico di beneficiare dell'esperienza professionale, della competenza tecnica e della capacità manageriale acquisita nello specifico settore, nonché dell'apporto di tecnologie e *know-how* avanzati ⁽²²²⁾.

⁽²²²⁾ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2001, I, 533. Si v. anche la giurisprudenza comunitaria e, in particolare, CGCE, sez. III, 15 ottobre 2009, sentenza *Acoset s.p.a.*, causa C-196/08.

1.2. La gara a doppio oggetto

La tutela della concorrenza, quale principio consolidato dell'ordinamento comunitario, impone a livello nazionale la necessità di un momento competitivo ogniqualvolta si tratti di affidare ad imprenditori privati la gestione di servizi remunerati mediante impiego di risorse pubbliche. A tale regola non fa eccezione la società mista, in cui la scelta del *partner* avviene a seguito dell'espletamento di procedure ad evidenza pubblica. L'obbligo di ricorrere alla gara è stato affermato nel sistema giuridico italiano nel 2003 ⁽²²³⁾, limitando la possibilità di affidamento diretto ai soli soggetti interamente pubblici (*in house*) e imponendo procedure competitive in tutte le altre ipotesi, ed espressamente anche nel caso dei partenariati pubblico-privati. Tuttavia, il legislatore non ha in principio definito quale fosse l'estensione della fase concorrenziale, ossia se l'evidenza pubblica si esplicasse nella sola scelta del socio con successivo affidamento diretto del servizio, ovvero in entrambi i momenti, con l'ulteriore interrogativo in quest'ultimo caso se le gare dovessero essere due (l'una per la scelta del socio, l'altra per l'affidamento del servizio) oppure – ed è questa la soluzione ormai consolidata – una sola con duplice oggetto.

Il modello della c.d. gara a doppio oggetto è stato accolto dalla Corte di giustizia per la prima volta nel 2009 ⁽²²⁴⁾, aderendo alla posizione precedentemente

⁽²²³⁾ Articolo 14 del decreto legge 269/2003, convertito in legge 326/2003, di modifica all'art. 113 TUEL, secondo cui l'erogazione dei servizi può essere affidata a società con capitale misto pubblico-privato, nelle quali il socio imprenditore venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme sia interne che comunitarie in materia di concorrenza.

⁽²²⁴⁾ CGCE, sez. III, 15 ottobre 2009, sentenza *Acoset s.p.a.*, causa C-196/08, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 10, 2211. In tale occasione è stato affermato il principio secondo cui “gli articoli 43, 49 e 86 TCE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale 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, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni”. Infatti, come ha osservato l'avvocato generale nelle sue

espressa da una comunicazione interpretativa della Commissione europea ⁽²²⁵⁾. A partire da tale momento viene considerata pienamente legittima l'assenza di gara nella fase di aggiudicazione del servizio qualora la preventiva procedura di scelta del socio privato sia avvenuta nel rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e previa individuazione di specifici criteri tecnici di selezione. Simile soluzione è giustificata dal fatto che i candidati al momento dell'unica gara devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anche la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta. A livello nazionale tale decisione era già stata anticipata dal legislatore con il decreto legge 135/2009 ⁽²²⁶⁾, ricevendo altresì l'avallo del Consiglio di Stato ⁽²²⁷⁾. In particolare, la giurisprudenza ha affermato che per garantire il rispetto delle regole di mercato occorre un'equiparazione tra la selezione per l'affidamento del servizio pubblico e quella per la scelta del socio, il quale deve configurarsi come "socio industriale od operativo", che concorra materialmente allo svolgimento del

conclusioni, "introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, 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".

⁽²²⁵⁾ Comunicazione interpretativa della Commissione europea "sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)" del 5 febbraio 2008 (2008/C 91/02). In tale occasione la Commissione ha affermato che "per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: 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". Inoltre, la Commissione ha fatto presente che "una doppia procedura (la prima per la selezione del *partner* privato del PPPI, e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile", con ciò confermando la tesi che si debba concentrare in un'unica gara la scelta del *partner* operativo e l'affidamento del servizio alla società mista all'uopo costituita.

⁽²²⁶⁾ L'articolo 15 del decreto legge 135/2009, convertito in legge 166/2009, di modifica all'articolo 23 *bis* della legge 133/2008 (oggi abrogato), prevedeva la possibilità di gestione dei servizi pubblici locali in via ordinaria mediante società a partecipazione mista pubblico-privata, a condizione che la selezione del socio avvenisse a seguito di procedure competitive ad evidenza pubblica, aventi ad oggetto al tempo stesso la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio, con attribuzione al privato di una partecipazione non inferiore al 40%.

⁽²²⁷⁾ C.d.S., sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555; C.d.S., sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824; C.d.S., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; C.d.S., sez. II, 18 aprile 2007, n. 456.

compito assegnato o di determinate sue fasi, con la contestuale previsione di un rinnovo della procedura alla scadenza del periodo di gestione, al fine di evitare che l'imprenditore prescelto divenga "socio stabile" della società mista e benefici arbitrariamente di affidamenti per i quali non abbia concorso in sede di regolare gara ⁽²²⁸⁾. Invero, il principio di una sola procedura competitiva relativa sia alla posizione di socio che a quella di operatore del servizio è frutto di un'attenta riflessione giurisprudenziale e politica. In un primo momento, quando la Corte di giustizia comunitaria non aveva ancora definito in maniera netta i parametri cui è oggi subordinata la gestione *in house*, si riteneva legittimo l'affidamento del servizio a favore di una società mista in via diretta e senza provvedimento concessorio ⁽²²⁹⁾. In ipotesi di tal genere l'ente pubblico non poteva neppure definirsi propriamente terzo, poiché svolgeva esso stesso – tramite la società partecipata – il compito demandato a favore della collettività, servendosi dell'aiuto operativo di un socio privato. Il dettato normativo non si poneva in contrasto con questa interpretazione: l'articolo 22 della legge 142/1990, prima, e l'articolo 113 TUEL, poi, non facevano riferimento alla necessità di procedure concorsuali per la scelta del gestore. Tuttavia, di pari passo con la delimitazione degli ambiti riservati alla gestione *in house*, effettuata a livello europeo, si è altresì ridotto lo spazio riservato alla possibilità di affidamento diretto a favore dei soggetti che non rispettassero i requisiti prescritti, quali per l'appunto le società miste. La giurisprudenza nazionale, in assenza di una precisa posizione normativa, in un primo momento richiedeva che il privato venisse scelto con il metodo concorrenziale, considerando legittimo il successivo affidamento diretto del servizio alla società neocostituita. In alternativa, nell'ipotesi opposta in cui il socio

⁽²²⁸⁾ C.d.S., sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, *cit.* Per approfondimenti, si v. M. NICO, *Le società partecipate dagli enti locali dopo il decreto liberalizzazioni*, *cit.*, 30-31.

⁽²²⁹⁾ In passato si è discusso sulla possibilità di qualificare l'affidamento come una forma di gestione alternativa alla concessione. Si v. in proposito C.d.S., sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 1231, con nota di G. CAIA, *La società a prevalente capitale locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*.

non fosse stato individuato tramite procedura concorsuale, l'iniziale mancanza di competitività poteva essere compensata con l'espletamento della gara nella fase successiva di affidamento del servizio. In altre parole: una sola gara, o per la scelta del socio o per la gestione del servizio. Tale prassi giurisprudenziale ha determinato l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea nei confronti dello Stato italiano per violazione dei principi del Trattato, e specificamente per violazione della concorrenza. Al fine di conformarsi alle regole dell'Unione europea, la Presidenza del Consiglio dei ministri ha emanato una circolare interpretativa degli articoli 113 e seguenti del TUEL⁽²³⁰⁾, precisando la necessità di due procedure, l'una per la scelta del socio e l'altra per l'affidamento del servizio. Pertanto, la gestione da parte delle società miste doveva essere configurata, secondo quanto esplicito dalla circolare, come una fattispecie assimilabile all'appalto di pubblico servizio⁽²³¹⁾ e a tale titolo era assoggettata alle normative in materia, che prescrivono – sia a livello comunitario che nazionale – l'obbligo di gara per il rispetto della concorrenza tra le imprese⁽²³²⁾. Una siffatta interpretazione, pur rispettosa dei principi dettati a livello europeo, non appariva compatibile con le esigenze del mercato. Infatti, l'impegno organizzativo e di risorse richiesto in sede di gara per la scelta del socio, sia da parte della pubblica amministrazione sia da parte dei concorrenti, è tale che il buon esito dell'operazione non può essere subordinato all'*alea* del successivo affidamento del servizio, ipotizzabile soltanto in via condizionata previo esperimento di un'altra procedura concorsuale⁽²³³⁾. La costituzione della società mista è inscindibilmente

⁽²³⁰⁾ Circolare del 19 ottobre 2001, n. 12727, pubblicata in G.U. 13 novembre 2001, n. 264.

⁽²³¹⁾ Per appalto di pubblico servizio, così come definito dalla medesima circolare, si intende un contratto a titolo oneroso concluso in forma scritta tra un'amministrazione aggiudicatrice e un soggetto terzo prestatore di servizi.

⁽²³²⁾ Secondo l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia europea, la normativa in tema di appalti pubblici può essere esclusa soltanto ove manchi un vero e proprio rapporto contrattuale fra l'ente aggiudicatore e la società affidataria del servizio, come avviene nell'ipotesi di delegazione interorganica o di servizio affidato in via eccezionale *in house*. Si v. C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, cit.

⁽²³³⁾ Un esempio può essere utile: un comune decide di costituire una società mista per la gestione di un parcheggio pubblico. Dopo aver predisposto tutti gli atti di gara – in particolare il

connessa allo svolgimento del servizio: l'appetibilità della gara non risiede nell'acquisto della mera qualità di *partner* a fianco dell'ente pubblico, bensì nel successivo espletamento di opere o servizi, per i quali l'imprenditore è tecnicamente preparato e adeguatamente remunerato. È insito nella *ratio* stessa dell'operazione l'affidamento di compiti esecutivi, in quanto la loro realizzazione costituisce lo scopo precipuo per il quale il soggetto misto pubblico-privato viene istituito, affiancando un operatore dotato di qualità tecniche all'amministrazione che ne è priva. La gara a doppio oggetto garantisce, dunque, il rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità ed efficienza che devono sempre permeare l'attività amministrativa, coniugando la regola comunitaria di tutela della concorrenza con le esigenze di buon andamento dell'ente pubblico e con quelle imprenditoriali degli operatori privati. Pertanto, non può sollevarsi alcuna eccezione di legittimità laddove un'unica procedura ad evidenza pubblica abbia avuto ad oggetto sia la costituzione della società mista, e dunque la scelta di un socio, sia lo svolgimento del servizio, con specifica indicazione – nel bando e nello statuto – dei compiti operativi che l'imprenditore sarà chiamato ad espletare e delle correlate qualità necessarie per tale espletamento. L'interpretazione proposta, già accolta dalla giurisprudenza, è stata definitivamente cristallizzata dal legislatore italiano con il decreto legge 135/2009, convertito in legge 166/2009, di modifica all'articolo 23 *bis* del decreto legge 112/2008, con l'inserimento normativo dell'obbligo per la stazione appaltante di prevedere nel bando, accanto alla qualità di socio, anche l'attribuzione di compiti operativi per il *partner* privato. L'articolo 4 del decreto legge 138/2011, in seguito dichiarato incostituzionale, non aveva apportato modifiche su tale punto. Oggi, dopo l'abrogazione di entrambe le norme citate,

bando e lo statuto – avvia la procedura concorsuale per la scelta del socio, individua quindi l'offerta migliore secondo i parametri predeterminati e costituisce la società. Il nuovo soggetto non ha ancora un servizio da svolgere, è dunque inoperante, ha già accumulato debiti solo per nascere e deve appena mettersi in gara nel mercato al fine di aggiudicarsi il compito per il quale è sorto. Il rischio in un'operazione di tal genere è molto alto, poiché ove la società non risulti vincitrice viene meno il suo scopo statutario, con conseguente scioglimento e dispendio di risorse delle quali l'ente pubblico dovrà rendere il conto.

deve comunque ritenersi vigente il principio della c.d. gara a doppio oggetto, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, nonché unica soluzione compatibile con le necessità imposte dal mercato e conforme ai principi comunitari e nazionali. Pertanto, tutta l'*alea* della partecipazione del privato si misura su un profilo: tanta concorrenza nella formazione della società (obbligo di gara per la scelta del *partner* con specifica indicazione dei compiti da svolgere), ma nessuna nel successivo adempimento del servizio assegnato. Infatti, il momento dell'evidenza pubblica si realizza con la gara a doppio oggetto, riguardante sia l'acquisto della quota che la gestione, e in essa si conclude. Per il conseguente svolgimento del ruolo operativo non sono previsti – né risultano a ben vedere necessari – ulteriori aspetti competitivi.

1.3. Il principio di alternatività

È utile svolgere alcune riflessioni sull'effettiva natura del partenariato pubblico-privato e sul suo ruolo all'interno del sistema. Si tratta, infatti, di un'ipotesi ibrida a metà strada tra le società interamente pubbliche, alle quali è possibile affidare la gestione dei servizi in via diretta ⁽²³⁴⁾, e le imprese private, che viceversa si assicurano la gestione partecipando alle procedure indette dalle stazioni appaltanti. Soffermiamoci sul profilo della gara: il privato, selezionato per le sue caratteristiche tecniche quale socio d'opera, si aggiudica la partecipazione corrispondente alla percentuale indicata nel bando ⁽²³⁵⁾. Con quest'unica procedura si garantisce, altresì, lo svolgimento del servizio o la realizzazione dell'opera, solo

⁽²³⁴⁾ L'affidamento diretto è ovviamente subordinato ai requisiti prescritti per la gestione *in house*, come precisati dalla Corte di giustizia.

⁽²³⁵⁾ Prima dell'intervento della sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, la partecipazione minima del socio privato era fissata nella misura del 40%. Oggi, a seguito dell'abrogazione *in toto* dell'articolo 4, d.l. 138/2011, convertito in l. 148/2011, tale limite si ritiene non più sussistente.

formalmente affidata all'intera società pubblico-privata ma materialmente spettante all'aggiudicatario, che si qualifica come socio operativo dotato di tutti requisiti necessari per il compimento di quanto assegnato. Le attività da eseguire, che devono essere precisate nel bando, costituiscono lo scopo precipuo dell'ente e il parametro sulla base del quale il privato viene scelto. In particolare, le caratteristiche richieste agli aspiranti soci non riguardano la loro affidabilità in termini generali, bensì prevedono condizioni specifiche e tecniche rapportabili a quelle usualmente inserite nelle *leges speciales* di gara per gli appalti di pubblici lavori, servizi, forniture. Queste osservazioni ci permettono di affermare che scegliere il socio d'opera non sia affatto dissimile dallo scegliere l'appaltatore: vi è una procedura ad evidenza pubblica, un servizio o un'opera da svolgere, caratteristiche professionali richieste, un'offerta da presentare. A tali presupposti ne vanno aggiunti due ulteriori, precisati dallo stesso Consiglio di Stato ⁽²³⁶⁾: la necessità che il socio sia effettivamente operativo, non potendo trattarsi di un mero finanziatore, e, inoltre, che rimanga in società finché perdurano le esigenze connesse al suo ingresso, ossia il completamento dell'opera o del servizio, con l'obbligo di prevedere fin da subito le modalità e i tempi di uscita dall'ente, oltre ai criteri di liquidazione della quota. Simili disposizioni sono generalmente inserite nel bando di gara; sembra opportuno che siano altresì fissate nello statuto sociale per assicurare maggiore stabilità.

L'analisi svolta ci riporta al principio di questa trattazione: abbiamo parlato di "modelli" organizzativi, ossia modalità concrete di gestione del servizio, l'una diversa dall'altra ma per molti aspetti fungibili e alternative tra loro. Infatti, la società pubblica – o parzialmente pubblica – persegue i medesimi fini delle altre tipologie di affidamento, quali la concessione o l'appalto. Il richiamato scopo comune è lo svolgimento di una positiva gestione, tale da garantire il soddisfacimento degli utenti e la prosecuzione dell'attività mediante remunerazione

⁽²³⁶⁾ C.d.S., sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, *cit.*

tesa al conseguimento dell'utile d'impresa (se il gestore è privato) ovvero al pareggio di bilancio (ove il servizio sia in mano pubblica). Inoltre, le società partecipate dalle amministrazioni, seppur in maniera diversa rispetto agli operatori privati soggetti al vincolo della gara, garantiscono comunque il rispetto del principio di concorrenza. Infatti – ove la società sia mista – la competitività è assicurata dalla procedura a doppio oggetto relativa alla posizione del socio e allo svolgimento del servizio, mentre – ove l'organismo sia interamente pubblico – la sua sostanziale assimilabilità alla stazione appaltante, unita alle ulteriori limitazioni precisate dalla giurisprudenza comunitaria ⁽²³⁷⁾, impediscono la violazione delle leggi del libero mercato anche nel caso in cui l'affidamento sia diretto. In altre parole, pur in assenza di gara, la competitività è rispettata, poiché la gestione è garantita dallo stesso ente tramite una società che ne costituisce *longa manus*, escludendo che alcuni soggetti vengano illegittimamente preferiti ad altri. Anche per quanto concerne il corretto svolgimento del compito assegnato, parametro fondamentale nel settore dei servizi pubblici locali che si rivolgono in via immediata alla collettività, l'utilizzo dell'uno o dell'altro modello non può influire a priori sulla soddisfazione degli utenti. Se nell'ipotesi di appalto l'imprenditore privato è vincolato con la pubblica amministrazione in base ad un rapporto contrattuale, per cui ogni violazione costituisce inadempimento alle obbligazioni assunte e conseguente esperibilità delle relative azioni (tra cui la rescissione in danno *ex art. 136 del codice dei contratti*), anche il modulo del partenariato garantisce adeguatamente l'esecuzione del servizio in quanto scopo stesso della società, il cui mancato raggiungimento comporta conseguenze rilevanti financo sul possibile scioglimento dell'organismo ⁽²³⁸⁾. I medesimi principi valgono nella gestione *in house*, in cui il fine di chi esegue la prestazione coincide *in toto* con quello dell'ente, poiché si tratta di un soggetto formalmente distinto ma

⁽²³⁷⁾ Si fa riferimento al controllo analogo e alla destinazione prevalente, come elaborati dalla Corte di giustizia.

⁽²³⁸⁾ Sul punto si v. più ampiamente il paragrafo successivo.

sostanzialmente coincidente con l'amministrazione. Non v'è dubbio dunque, anche in considerazione della scelta legislativa di prevedere il modello misto tra le varie forme di affidamento dei servizi pubblici locali ⁽²³⁹⁾, che la società *de qua* costituisca "uno schema intermedio tra quello della gara vera e propria per l'affidamento del servizio pubblico e quello della c.d. delegazione interorganica ad una società *in house*" ⁽²⁴⁰⁾. In modo non dissimile, si è anche parlato di "tripartizione tra affidamento con gara pubblica, affidamento *in house* ed affidamento a società mista" ⁽²⁴¹⁾. Tali dati consentono di rafforzare la prospettata tesi dell'alternatività dei moduli organizzativi.

Dopo aver analizzato gli aspetti comuni alle varie modalità di gestione dei servizi pubblici locali, valutiamo le peculiarità di ciascuna al fine di poterne apprezzare i vantaggi ovvero palesare i difetti. Le società pubblico-private, seppur caratterizzate dalla medesima forma delle s.p.a., hanno pochissimo in comune con esse: difficilmente rilevano le norme di diritto commerciale sulle società di capitali. È opportuno valutare la concreta natura del modello in esame, a prescindere dalla sua forma giuridica ⁽²⁴²⁾. Come si è visto, nei soggetti a partecipazione mista la posizione del socio imprenditore, cui si accede con gara, sembra assimilabile a quella dell'aggiudicatario o concessionario di un servizio, anch'essa acquisita mediante procedura ad evidenza pubblica per la verifica dei requisiti personali e

⁽²³⁹⁾ Tale scelta è stata perseguita fin dall'inizio con l'inserimento della società mista tra le forme di gestione di cui all'articolo 113 TUEL. È quindi proseguita con l'articolo 23 *bis* del decreto legge 112/2008, convertito in legge 133/2008, abrogato a seguito di *referendum* nel 2011, e con il successivo articolo 4 del decreto legge 138/2011, convertito in legge 138/2011, oggi dichiarato incostituzionale.

⁽²⁴⁰⁾ A. AZZARITI, *Il socio privato nella società mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005.

⁽²⁴¹⁾ S. VENEZIANO, *I servizi pubblici locali nella giurisprudenza del giudice amministrativo*, testo della relazione tenuta in occasione del convegno di studi "I servizi pubblici locali", organizzato dall'I.S.E.L. (Istituto Documentazione Ricerche e Formazione per gli Enti Locali) a Palermo il 9 e 10 novembre 2007, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽²⁴²⁾ Nel senso della natura privatistica delle società per azioni costituite da comuni e province: Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991, con nota (critica) di C. VOLPE, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione di nuovo sulla strada della teoria dell'organo indiretto: abbandono temporaneo o addio definitivo?*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, 207 ss. La soluzione della Cassazione non convince e sembra preferibile sostenere la connotazione pubblicistica delle società miste: in tal senso, C.d.S., ad. gen., 16 maggio 1996, n. 90.

professionali rapportati all'attività da compiere. Si deve precisare che la disciplina applicabile all'imprenditore differisce a seconda che questi sia qualificabile come aggiudicatario ovvero concessionario: lo prevede esplicitamente l'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici in tema di concessioni di servizi, ove esclude le altre disposizioni del corpo normativo. Tuttavia, la scelta deve comunque avvenire "nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale [...] e con predeterminazione dei criteri selettivi" ⁽²⁴³⁾. Con un ragionamento logico non dissimile da quello effettuato dal legislatore, e sulla base delle analogie già prospettate, si può ritenere che i medesimi criteri valgano altresì per la società mista. Tali conclusioni sono confermate dal fatto che gli stessi bandi predisposti dalle stazioni appaltanti per la scelta del *partner* privato spesso rinviano alle regole generali dettate dal codice. Oltre ai principi, possono essere richiamati anche altri profili prettamente inerenti agli appalti, quali le cause di esclusione. La stessa terminologia è generalmente promiscua, utilizzando definizioni come "oggetto dell'appalto" per intendere lo scopo perseguito dalla costituenda società mista, oppure "ente appaltante", "luogo dell'appalto" e simili. Tuttavia, ciò non deve indurre nell'errore di accomunare le due fattispecie in una sorta di "appaltizzazione" del socio d'opera, poiché bisogna in ogni caso tenere conto delle diversità che le contraddistinguono: appiattare sul modello dell'appalto la società mista comprime le opportunità del *partner* ove imponga di procedere con lo stesso metro. Infatti, nell'ipotesi di partenariato il privato costituisce un tutt'uno con l'ente pubblico quale soggetto unitario in senso sostanziale e processuale nei rapporti con gli utenti; viceversa, nell'altro istituto l'impresa è controparte negoziale rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, dando vita a una relazione trilaterale coinvolgente la stazione appaltante, l'appaltatore e i terzi destinatari del

⁽²⁴³⁾ Articolo 30, comma 3, decreto legislativo 163/2006.

servizio. A ben vedere, nello schema dell'appalto il privato è altro dall'amministrazione, pur essendone legato da un vincolo contrattuale. All'interno di questo rapporto costituisce misura di corretto adempimento della prestazione anche il soddisfacimento del terzo in qualità di beneficiario ai sensi degli articoli da 1411 a 1413 del codice civile ⁽²⁴⁴⁾. Ciò non accade, invece, ove il servizio sia reso da una società mista, in cui le relazioni tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'impresa sono assimilabili a schemi sociali per lo più regolati dallo statuto. In tal caso, la componente pubblica e quella privata sono parti del medesimo organismo appositamente costituito per la fruttuosa gestione del servizio: il corretto adempimento non incide su un vincolo contrattuale tra p.a. e *partner*, bensì rileva nei rapporti interni tra soci, eventualmente alla luce di idonee clausole statutarie che prevedano la fuoriuscita del privato ove non adempia correttamente alla prestazione assunta e fatta oggetto stesso del contratto sociale. Parimenti, la diversa modalità di affidamento del servizio, mediante costituzione di società mista ovvero con contratto di appalto, incide profondamente sul *modus operandi* del gestore, il quale – ove detenga una quota della società – agisce *con* l'amministrazione e *per* l'amministrazione, essendone parte integrante e interna ad essa, mentre – ove sia impresa esterna – agisce secondo criteri determinati dalle proprie scelte imprenditoriali e dal contratto, salva la responsabilità da inadempimento.

Alla luce di tali osservazioni si ritiene possibile applicare alle forme di partenariato pubblico-privato, per la maggior parte dei profili, la disciplina in tema di appalti o concessioni; per altri aspetti, invero, possono venire in rilievo le norme sulle società interamente pubbliche che gestiscono i servizi mediante affidamento diretto. Si pensi, ad esempio, all'obbligo di applicazione del Codice dei contratti per l'acquisto di beni e servizi, riferito congiuntamente alle società *in house* e a quelle miste ⁽²⁴⁵⁾. Anche sul riconoscimento della giurisdizione della Corte dei

⁽²⁴⁴⁾ F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., 538-539.

⁽²⁴⁵⁾ Tale disposizione era espressamente prevista dall'articolo 4, comma 15, della legge 148/2011, oggi abrogata a seguito dell'intervento della Corte costituzionale. Vale comunque il

conti non vi sono dubbi ogniqualvolta si registri un danno nei confronti della pubblica amministrazione ⁽²⁴⁶⁾. Diversa è la soluzione in relazione al patto di stabilità, poiché allo stato attuale si dubita che le società miste vi siano assoggettate, così come non sembrano vincolate alle regole per la spesa del personale dipendente ⁽²⁴⁷⁾. In altre parole, la natura ibrida della società mista rende il modello assimilabile per taluni versi all'impresa privata appaltatrice (e questa è l'ipotesi nettamente preponderante) o concessionaria, e, per altri versi, agli enti pubblici gestori di servizi. Pertanto, se da un lato sembrano applicabili in via analogica le norme sugli appalti e sulle concessioni, in particolare quelle che impongono il ricorso alla gara, dall'altro, la partecipazione delle p.a. vincola al rispetto delle prescrizioni dettate in materia di società pubbliche e aventi quale *ratio* la tutela dell'interesse comune ⁽²⁴⁸⁾.

L'argomento è caro anche in ambito comunitario: tra i vari interventi in materia, se ne è occupata la Commissione CE nel "Libro verde" del 30 aprile 2004 sulle forme di partenariato pubblico-privato ⁽²⁴⁹⁾. In tale occasione si è tracciata la distinzione fra una collaborazione "puramente contrattuale" e un'altra

medesimo principio, poiché l'art. 32, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti tuttora prevede che si applichino le norme in esso contenute nelle ipotesi di lavori, servizi e forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non siano organismi di diritto pubblico, ricomprendendo espressamente in tale categoria una vasta gamma di soggetti, e in particolare le società di cui agli articoli 113, 113 *bis* (abrogato), 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

⁽²⁴⁶⁾ Fra la giurisprudenza già richiamata al capitolo II, paragrafo 1.4, cui si rinvia, si v. in particolare Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, secondo cui "il dato essenziale che radica la giurisdizione della corte contabile è rappresentato dall'evento dannoso a carico di una pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento pubblico o privato nel quale si colloca la condotta produttiva del danno".

⁽²⁴⁷⁾ Già con riferimento alle società *in house* sussistono dubbi in merito alla soggezione al vincolo del patto di stabilità e della spesa per il personale. Su tale argomento si rinvia al capitolo II, paragrafi 1.5 e 1.6.

⁽²⁴⁸⁾ La società mista quale strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche si pone in un rapporto di alternatività rispetto all'affidamento *in house*. Seppur assimilabili sotto questo punto di vista, i due modelli mantengono le loro peculiarità: diversa è la *ratio* della società *in house* rispetto a quella mista, poiché la prima agisce come organo dell'amministrazione, mentre la seconda presuppone la creazione di un ente nuovo in cui interessi pubblici e privati trovino convergenza (in tal senso, C.d.S., sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603).

⁽²⁴⁹⁾ Commissione CE, "Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni", COM/2004/327, Bruxelles, 30 aprile 2004.

“istituzionalizzata”. Il primo tipo di cooperazione comprende l’affidamento di compiti operativi da parte dell’amministrazione al *partner* scelto mediante forme giuridiche quali l’appalto o la concessione. Il secondo, invece, realizza una più incisiva compenetrazione tra i due settori attraverso l’“istituzionalizzazione”, intesa quale inserimento nel sistema di un nuovo soggetto giuridico a partecipazione pubblica e privata (la società mista), il quale assume in proprio il compito di garantire la realizzazione dell’opera o l’erogazione del servizio. A prescindere da tale classificazione formale, la Commissione europea tende ad equiparare la disciplina applicabile ai due tipi di partenariato e a considerare vigente anche per le società miste il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, fornendo così ulteriore sostegno alla tesi sulla pluralità dei modelli organizzativi.

Il principio dell’alternatività permette di affermare che, ove non siano previste norme specifiche per una delle modalità di affidamento dei servizi pubblici, si possano (e anzi, sotto alcuni profili, debbano) applicare per analogia le norme del modello assimilabile. Ciò vale per una molteplicità di meccanismi: oltre alle società miste, la regola concerne gli appalti, le concessioni, l’affidamento diretto. In altre parole, e in un’ottica prettamente funzionale, non conta la qualifica soggettiva (“chi è”: società pubblica, privata o mista), bensì l’attività concretamente svolta (“cosa fa”: gestisce il servizio) ⁽²⁵⁰⁾.

⁽²⁵⁰⁾ La giurisprudenza è ormai concorde nel riconoscere che il criterio da utilizzare per individuare la natura pubblica o privata di un organismo non sia dato dalla forma rivestita (ente o società), bensì dalla natura pubblica dello scopo perseguito e delle risorse utilizzate nello svolgimento dell’attività, con la conseguenza che – anche in presenza della forma societaria – se l’ente utilizza risorse pubbliche è da considerare senz’altro pubblico, con effetti sulla finalizzazione dell’attività e sul regime delle responsabilità (C.d.C., sez. contr. Lombardia, 18 ottobre 2007, n. 46, che richiama Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667; C.d.C., sez. contr. Lombardia, 20 dicembre 2006, n. 26; C.d.C., sez. contr. Lombardia, 13 ottobre 2006, n. 17; C.d.S., sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308; C.d.S., sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182; C.d.C., sez. I app., 3 novembre 2005, n. 356).

1.4. L'appetibilità della società mista: il ruolo garante del socio pubblico e l'opportunità di dialogo con il partner imprenditore

Come si è cercato di spiegare nelle pagine che precedono, per larga parte – ma non per tutto – le società miste con socio d'opera privato possono essere considerate fungibili alla concessione, all'appalto di opera pubblica o alle altre forme di affidamento di lavori e servizi, inclusa la sempre più insoddisfacente soluzione dell'*in house*. Di più: rispetto alle figure tradizionali sembrano consentire ancora un margine di manovra che le rende appetibili. Cerchiamo di chiarire l'assunto. In un panorama in cui l'operatività delle società pubbliche è sempre più limitata ⁽²⁵¹⁾, il partenariato costituisce un'alternativa vantaggiosa e facilmente percorribile sia per l'amministrazione che per i privati ⁽²⁵²⁾. D'altro canto, sull'opposto versante delle procedure ad evidenza pubblica è affermazione diffusa, tanto da risultare tralozia, che la disciplina comunitaria e nazionale abbia raggiunto un formalismo tale da tradire la concorrenza e il sostegno all'economia cui pure sembrava proteso *ab origine*: qualificazioni, tagli delle ali, medie ponderate, dichiarazioni, requisiti soggettivi, tutto sembra concorrere all'inciampo dell'imprenditore piuttosto che al soddisfacimento dell'interesse pubblico. La scelta del socio d'opera privato, invece, ammette margini di soggettività fisiologici e leciti, e la struttura societaria presenta profili di elasticità che ne consentono

⁽²⁵¹⁾ In tal senso si è mossa la manovra Monti con le modifiche già ricordate in tema di liberalizzazioni. In via generale, il legislatore nazionale ha intrapreso, fin dal 2008, una strada restrittiva e un atteggiamento di sfiducia nei confronti delle società pubbliche. Nonostante il *referendum* del 2011 e la dichiarazione di incostituzionalità del 2012 abbiano tentato di riportare la possibilità di intervento pubblico nel settore dei servizi locali quantomeno ai livelli stabiliti dal diritto europeo, la spinta alla privatizzazione – in Italia forse ancor più che in Europa – è inarrestabile.

⁽²⁵²⁾ Si richiama in proposito il contributo di G. MONTEDORO, L. TRETOLA, *Le liberalizzazioni dei servizi pubblici locali dopo la nuova "riforma" del decreto "Cresci Italia" 2012*, *cit.*, ove afferma che "coerentemente agli indirizzi comunitari, il legislatore si è proposto di dare maggiore attenzione all'implementazione delle fattispecie di partenariato pubblico-privato, che, opportunamente regolate, possono rappresentare un ragionevole punto d'incontro tra le ragioni di una presenza diretta del pubblico nella gestione dei servizi a garanzia della comunità rappresentata e le esigenze di competenze tecniche e managerialità tipiche del mondo privato".

l'adattamento e la declinazione alle più diverse fattispecie. Si pensi, in particolare, all'istituto dei patti parasociali, che permettono di regolare con precisione i rapporti tra la parte pubblica e quella privata, mediante previsione di specifici obblighi comportamentali relativi alla gestione del servizio e con possibilità di stabilire una penale in caso di inadempimento, facendo salvo il risarcimento del danno ulteriore⁽²⁵³⁾. Si consideri, inoltre, l'apposizione di una clausola di gradimento, che subordini il trasferimento delle azioni al possesso di determinati requisiti ovvero al *placet* di un organo sociale⁽²⁵⁴⁾. Nella società mista tale strumento si traduce in un'adeguata forma di tutela per la pubblica amministrazione, poiché le garantisce il veto sull'eventuale trasferimento di quote che voglia effettuare il *partner* privato. Un simile diritto potrebbe essere esercitato nel caso in cui il promissario acquirente

⁽²⁵³⁾ Per patti parasociali si intendono quegli accordi che non trovano spazio nello statuto, ma si affiancano ad esso. Più precisamente, si tratta di convenzioni tra soci mediante le quali viene disciplinata la loro futura condotta, sia internamente nell'ambito degli organi sociali o tra i medesimi contraenti, sia esternamente nei rapporti con i terzi, al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società. In seguito alla riforma del diritto societario del 2003 tali accordi sono stati introdotti in via espressa nel codice civile, nel libro V, titolo V, capo V, sezione III *bis* (articoli 2341 *bis* e 2341 *ter* c.c.), riferibile alle società per azioni e, limitatamente agli obblighi pubblicitari, alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Tra l'altro, già con gli interventi normativi del 1998 era stata prevista una disciplina per le società con azioni quotate (articoli da 122 a 124 TUF). Per quanto invece riguarda le s.r.l. e le società di persone, si deve fare ancora riferimento al principio generale dell'autonomia negoziale ai sensi dell'articolo 1322 c.c., che ammette i patti parasociali ove non contrastanti con norme imperative ovvero con le regole fondamentali dell'ordinamento. Non vi sono dubbi in merito all'efficacia degli accordi, limitata alle parti ed esclusa nei confronti della società e dei terzi. Il loro oggetto può consistere nell'esercizio del diritto di voto, nell'introduzione di limiti al trasferimento delle azioni, nell'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulla società. La loro durata non può essere superiore a cinque anni, con facoltà di rinnovo alla scadenza, ovvero può essere pattuita a tempo indeterminato, in tal caso con diritto al recesso dopo un preavviso di centottanta giorni. Per approfondimenti si v. P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile. Artt. 2325-2362*, Milano, 2010, I, 249 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2007, 242 ss.; R. TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, 2000; L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987; G. SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985.

⁽²⁵⁴⁾ Le clausole che subordinano il trasferimento delle azioni al *placet* di un organo sociale (cc.dd. clausole di mero gradimento) celano il timore – non del tutto infondato – di trasformarsi in uno strumento di abuso a danno dei soci estranei al gruppo di comando, vincolandoli a rimanere “prigionieri” della società. Alla luce di tali osservazioni, le previsioni di questo tipo sono state sanzionate con l'inefficacia dall'articolo 22 della legge 281/1985. Successivamente, la riforma del 2003 ha temperato la disciplina introducendo l'art. 2355 *bis* c.c. e sancendo l'ammissibilità delle clausole, purché contemplino in caso di rifiuto del gradimento un obbligo d'acquisto a carico della società o degli altri soci oppure il diritto di recesso dell'alienante. Simili limitazioni, dettate per le s.p.a., non valgono per le s.r.l. in cui il gradimento non incontra limiti. Si v. G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale, cit.*, 205; F. FERRARA, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, 443 ss.; D. U. SANTOSUOSSO, *Il principio di libera trasferibilità delle azioni. Eccesso di potere nelle modifiche della circolazione*, Milano, 1993.

– e futuro socio – sia un soggetto non gradito, in quanto non abbia i requisiti a suo tempo precisati dall’ente oppure non svolga il servizio al medesimo prezzo originariamente determinato. La riserva di gradimento va inserita nello statuto sociale e prima ancora dev’essere contenuta nel bando unilateralmente predisposto dalla stazione appaltante. Tale cautela può essere altresì rinforzata con una clausola di autoacquisto da parte della p.a. al prezzo di stima determinato da una perizia ⁽²⁵⁵⁾ e, in questo caso, la legittimità della previsione è giustificata se in seguito all’autoacquisto delle quote l’amministrazione ricostituisce una società interamente pubblica, con conseguente indizione di una nuova gara ai fini della riassegnazione e della costituzione di un organismo misto con altro socio privato, onde ricreare la situazione preesistente e comunque rispettare le norme in tema di evidenza pubblica. Precisati questi profili, sembra comunque preferibile escludere *ab origine* la possibilità per il privato di disporre liberamente della quota detenuta in una società mista. Tale soluzione si fonda ancora una volta sul principio di alternatività tra i modelli organizzativi. Già intuitivamente si potrebbe sostenere che il divieto di cessione della partecipazione sia insito nel sistema: ove la quota sia stata acquisita con gara, il suo successivo trasferimento a terzi secondo gli istituti di diritto privato determinerebbe l’elusione delle norme in tema di evidenza pubblica. Il principio, del tutto ragionevole, non è espresso, ma è immanente nell’ordinamento nazionale e in quello comunitario, e si può inoltre ricavare sia dalle norme di dettaglio, sia dal costante orientamento giurisprudenziale, sempre attento alla tutela della concorrenza cui l’evidenza pubblica è funzionale ⁽²⁵⁶⁾. A tale regola si oppone

⁽²⁵⁵⁾ La previsione dell’obbligo di acquisto a carico della società in caso di rifiuto del gradimento costituisce presupposto per l’efficacia della clausola, in alternativa al diritto di recesso dell’alienante *ex art. 2355 bis c.c.*

⁽²⁵⁶⁾ Alla nozione di evidenza pubblica in rapporto alla funzione di tutela della concorrenza già si riferiva M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 463 ss., il quale ne rinveniva le ragioni storiche nella necessità di “combattere la piaga delle collusioni tra gli uffici delle amministrazioni e i fornitori, gli appaltatori, i somministratori delle pubbliche amministrazioni.” Nell’ottica della disciplina interna i procedimenti ad evidenza pubblica rispondevano inizialmente alla necessità di controllare il corretto utilizzo delle risorse pubbliche, mentre dal punto di vista dell’Unione Europea l’aspetto più rilevante era quello di garantire l’apertura del settore dei contratti pubblici al mercato e alla concorrenza. Tale secondo aspetto si è

quella antitetica di libera circolazione delle azioni e delle quote, altresì di rango comunitario e costituzionale. Per risolvere il conflitto tra i due principi viene in soccorso ancora una volta la regola del modulo organizzativo: alla società mista, in quanto modello alternativo alle altre tipologie di affidamento dei servizi, va applicata la disciplina generale vigente per tali materie, che esclude in via categorica la possibilità di procedere senza gara ogniqualvolta vi sia una percentuale, anche risibile, di partecipazione del privato. In ogni caso, sembra connaturato nell'ordinamento nazionale e in quello europeo un generalizzato divieto di trasferimento delle partecipazioni, ove comporti la cessione dell'affidamento: in linea di massima qualsiasi mutamento soggettivo determina la decadenza dalla gestione del servizio ⁽²⁵⁷⁾.

Un ulteriore profilo di peculiarità della società mista si riscontra nell'ipotesi di inadempimento del *partner* privato alle obbligazioni assunte. In simili circostanze sembra inapplicabile al socio d'opera la disposizione di cui all'articolo 136 del codice dei contratti pubblici, che prevede la risoluzione o c.d. rescissione in danno ⁽²⁵⁸⁾. Tale istituto, espressamente previsto per la sola materia degli appalti,

imposto anche nel nostro ordinamento alla luce della progressiva e sempre più pregnante integrazione comunitaria. Si v. anche S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 350 ss.

⁽²⁵⁷⁾ Una situazione analoga avviene nell'ipotesi della SOA, che non è mai cedibile e resta connessa al soggetto giuridico che l'ha conseguita. Possono essere trasferiti ad altra azienda soltanto i presupposti necessari all'ottenimento di una nuova attestazione, con il conseguente ridimensionamento o cancellazione della SOA dell'azienda cedente. Il cessionario, ovvero il soggetto destinatario dei requisiti, dovrà ottenere *ex novo* una propria certificazione. Il trasferimento delle qualità necessarie all'ottenimento della SOA può avvenire tramite cessione, affitto, conferimento, fusione e incorporazione di azienda o di un suo ramo. Tale disciplina è dettata dal regolamento 207/2010, di attuazione ed esecuzione del codice dei contratti, che ha abrogato il precedente d.P.R. 34/2000. Per approfondimenti si v. A. BOTTO, M. L. CHIMENTI, L. IANNOTTA, N. TORCHIO, *Il sistema di qualificazione per i lavori pubblici e le categorie di opere*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 4569 ss.; F. LILLI, *Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori*, in R. GIOVAGNOLI (a cura di), *Il nuovo regolamento sui contratti pubblici*, Milano, 2011, 157 ss.; M. ROTONDI, *L'appalto di opere pubbliche: i soggetti dall'A.N.C. ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, in R. VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004, 192 ss.; A. BARGONE, *Le innovazioni normative in tema di qualificazione*, in A. BARGONE, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, Milano, 2001, 288 ss.; A. ASTAZI, *Le società organismi di attestazione (SOA)*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 718 ss.

⁽²⁵⁸⁾ Su questo tema la dottrina è amplissima: A. M. GIANPAOLINO, *La risoluzione del contratto*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti*

sanziona con la risoluzione del contratto ogni ipotesi di grave inadempimento, irregolarità o ritardo dell'appaltatore, quale rimedio concorrente rispetto a quelli tradizionali previsti dal codice civile. In altri termini, permette alla stazione appaltante di avvalersi, nei casi suddetti, sia degli ordinari strumenti offerti dall'articolo 1662, comma 2, del codice civile, sia della disciplina speciale sopra citata. Tuttavia, non sembra possibile estendere la tutela della rescissione in danno anche alla società pubblica, e in particolare alla pubblica amministrazione nei confronti del socio imprenditore, poiché per espressa disposizione di legge si applica unicamente agli appalti pubblici di lavori ⁽²⁵⁹⁾. Ci si interroga allora su quali siano i rimedi in questo caso e si ipotizzano alcune soluzioni. In primo luogo, potrebbe invocarsi il contrasto tra soci e il conseguente scioglimento della società ex art. 2484, comma 1, n. 2, c.c. per impossibilità sopravvenuta dell'oggetto sociale, ovvero ai sensi del successivo n. 3 per impossibilità di funzionamento dell'assemblea ⁽²⁶⁰⁾. In secondo luogo, qualora nello statuto sia inserita una clausola compromissoria, l'inadempimento potrebbe essere anche inteso come

pubblici, cit., 3669 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007; M. GRECO, A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2007; G. DE MARZO, F. CARINGELLA, *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2007; V. DOMENICHELLI, *La risoluzione in via giudiziaria o arbitrale delle controversie in materia di opere pubbliche*, in R. VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche, cit.*, 1021 ss.; A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999; F. G. SCOCA, A. POLICE, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 7 ss.; P. MICHARA, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale. Profili ricostruttivi dell'istituto*, Padova, 1997; G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994; M. FRONTONI, *Brevi note in tema di rescissione d'ufficio del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1994, 415 ss.; F. ANCORA, *La rescissione del contratto di appalto di opere pubbliche. Autotutela e potere negoziale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1993; F. G. SCOCA, *Risoluzione del rapporto*, in A. MARZANO, *Appalto di opere pubbliche*, Roma, 1987, 449 ss.; G. TURCO LIVERI, *Rescissione, recesso e risoluzione del contratto di opere pubbliche*, in *Amm. it.*, 1987, 924 ss.; A. BUSCEMA, S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, VII, 1987, 3 ss.

⁽²⁵⁹⁾ L'articolo 126 del d.lgs. 163/2006, per l'appunto, prevede che le disposizioni del capo I, titolo III, parte II, si applichino ai soli appalti pubblici di lavori, con la precisazione che le norme in tema di programmazione vincolano i lavori pubblici di singolo importo superiore a € 100.000.

⁽²⁶⁰⁾ Il dissidio fra i soci, sia nelle società di capitali che in quelle di persone, non è considerato dall'ordinamento come diretta giustificazione dello scioglimento di una società. Tuttavia, è evidente che può portare a conseguenze negative sull'intera gestione, paralizzandone l'attività. In tal caso si ritiene che – a seconda delle ipotesi concrete – possa configurarsi per le società di capitali la fattispecie di cui all'art. 2484, comma 1, nn. 2 o 3, c.c., ovvero per le società di persone quella di cui all'art. 2272, comma 1, n. 2, c.c.

causa di deferimento all'arbitro per un giudizio sulla possibilità o meno di proseguire il servizio o sulla persistente fattibilità dell'opera, affinché sia un soggetto terzo e imparziale a vagliare la questione, vincolando le parti con il lodo. Infine, si potrebbe esperire azione giudiziaria tesa ad accertare in via preliminare l'inadempimento e, quindi, la perdita della qualità di socio per giusta causa con la sua conseguente esclusione, ma solo ove si ammetta l'applicazione in via analogica dell'articolo 2473 *bis* c.c. sulle società a responsabilità limitata e sempre che sia stata inserita un'adeguata previsione in tal senso nello statuto ⁽²⁶¹⁾. Anche in questo caso, il meccanismo descritto è uguale e alternativo ad altre fattispecie: la risoluzione per inadempimento, la rescissione in danno, la revoca della concessione.

Un ulteriore profilo di peculiarità degli organismi di partenariato è direttamente connesso al vincolo sociale, che lega l'ente pubblico all'imprenditore. Infatti, lo speciale rapporto che intercorre fra i due soggetti permette di ottenere consistenti margini di risparmio sotto il duplice profilo della prestazione della cauzione, a vantaggio del *partner* privato, e del ricorso al credito, a favore di entrambi. Un esempio può chiarire l'assunto. Si pensi al progetto di una grande opera pubblica, quale una centrale idroelettrica, un viadotto, un impianto di teleriscaldamento, per la cui realizzazione sono necessari ingenti somme di cui né la pubblica amministrazione né il privato dispongono. L'indebitamento, con gli interessi che maturano sul capitale, costituisce un costo che normalmente – nell'ipotesi di appalto o concessione – sia l'ente che l'imprenditore si devono addossare, l'uno per pagare di volta in volta i SAL ad avanzamento dei lavori,

⁽²⁶¹⁾ Sulla questione circa l'estensibilità alle s.p.a. dell'esclusione del socio per giusta causa, disciplinata per le s.r.l. dall'articolo 2473 *bis* c.c., il dibattito è aperto. A favore della sua applicabilità analogica si è sostenuto che tale regola valga, con intento sanzionatorio, anche nelle società per azioni in ipotesi convenzionali specifiche di esclusione per giusta causa analiticamente declinate nello statuto, onde evitare margini di discrezionalità tali da piegare lo strumento ad abusi o arbitrii nei confronti di un socio. In queste ipotesi l'esclusione, che assume una connotazione non onerosa, giustifica l'incameramento da parte della società del controvalore delle partecipazioni del socio escluso, a titolo di penale e fatto salvo il risarcimento del maggior danno. Si v., in particolare, M. S. DESARIO, *L'esclusione del socio di s.p.a. per giusta causa*, in *Le soc.*, 3/2009, 269 ss.

l'altro per disporre della manodopera, dei mezzi e dei materiali. Con il modulo della società mista, dopo che sia stata espletata la gara e scelto il *partner* operativo, il finanziamento dei lavori può essere garantito dal privato grazie ad una apposita clausola statutaria che a parità di condizioni preferisca il prestito soci rispetto a quello offerto da terzi. In tal caso è pur vero che l'imprenditore, apportando il capitale di rischio, sosterrà un costo, ma tale onere è alternativo alla cauzione che avrebbe comunque versato nel caso di aggiudicazione a seguito di una procedura d'appalto. A ben vedere, il socio d'opera si trova in una posizione non dissimile da quella dell'appaltatore, poiché mette a disposizione una somma di denaro (a titolo di prestito, invece che di garanzia), che sarà liberata a seguito di positivo collaudo. Solo dopo tale momento, infatti, il privato avrà la possibilità (o l'obbligo) di cedere le proprie azioni, come da apposita previsione inserita nello statuto. Valutiamo ora alcuni aspetti: il finanziamento da parte dall'imprenditore lo espone a un rischio collegato alla solvibilità della società mista, e dunque alla buona riuscita dell'opera ⁽²⁶²⁾. A fronte della responsabilità che l'imprenditore si assume, occorre prevedere alcuni aspetti premiali: oltre alla remunerazione tramite i SAL, il privato recupera il capitale nominale con un modesto incremento di impiego; ma soprattutto partecipa agli utili in ragione dell'aumento di patrimonio sociale, con il solo limite di depurare tale maggiorazione da eventuali contributi pubblici a fondo perduto. Un tanto sottolinea la convenienza dell'operazione, ove la procedura alternativa mediante appalto imporrebbe la prestazione di una cauzione (ulteriore costo per l'imprenditore e nessuna possibilità di remunerazione). Volendo operare diversamente, il modulo del partenariato consente un'altra conveniente alternativa: può essere la stessa pubblica amministrazione a chiedere personalmente il prestito alle banche o a possibili finanziatori, ottenendolo a condizioni più vantaggiose in quanto soggetto pubblico, e concedendolo a sua volta alla società mista, sempre a

⁽²⁶²⁾ A ben vedere, i due profili sono indissolubilmente collegati, poiché la società mista ha quale unico oggetto la realizzazione dell'opera e la sua successiva gestione, pertanto la sua solvibilità dipende unicamente da tali operazioni.

titolo di prestito soci. In tal caso, la somma concessa potrebbe essere rimborsata dall'imprenditore privato mediante successiva cessione delle sue quote. Questi e altri mezzi sono tutti strumenti che legittimamente aiutano a superare il bieco formalismo e a contemperare l'aspirazione al giusto profitto del privato con l'efficienza nel perseguimento dell'interesse pubblico.

1.5. L'attuale possibilità per gli enti locali di costituire società miste alla luce dei recenti interventi normativi in materia

Abbiamo valutato le varie potenzialità del partenariato, quale modello ibrido idoneo ad avvantaggiare sia le amministrazioni che le imprese. Tuttavia, l'attività frenetica del legislatore ha progressivamente ristretto i margini di manovra delle società pubbliche, trascinando con sé non solo le ipotesi di organismi interamente partecipati dagli enti locali, bensì anche quelli misti pubblico-privati. Riprendiamo brevemente i riferimenti normativi che fungono da freno alla discrezionalità degli enti nella costituzione di moduli societari. Primo fra tutti, ricordiamo l'articolo 3 della legge finanziaria per l'anno 2008 ⁽²⁶³⁾, che sancisce il divieto per le amministrazioni di costituire o partecipare società che non abbiano ad oggetto la produzione di beni o servizi strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (cc.dd. attività strumentali). Da tale disposizione deriva l'obbligo per gli enti di valutare la conformità delle partecipazioni possedute agli scopi da raggiungere, quale espressione di un precetto di carattere permanente insito nel principio di legalità dell'azione amministrativa ed espressamente posto a tutela della concorrenza e del mercato ⁽²⁶⁴⁾. Ad eccezione delle società che producono servizi di interesse generale o in alcune altre ipotesi tassative previste

⁽²⁶³⁾ Articolo 3, commi 27, 28 e 29, legge 24 dicembre 2007, n. 244.

⁽²⁶⁴⁾ A. SANTUARI, *I comuni possono (ancora) costituire società miste?*, in www.personaedanno.it, 2012.

dalla legge nelle quali l'obbligo predetto non opera ⁽²⁶⁵⁾, l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento di quelle già possedute da parte delle amministrazioni devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti, con successiva trasmissione della delibera alla Corte dei conti. Viceversa, le partecipazioni vietate devono essere cedute entro un termine prefissato. Ferma restando questa disciplina, il legislatore è nuovamente intervenuto sul punto qualche anno dopo, introducendo un'ulteriore prescrizione contenente il divieto assoluto e generalizzato, per tutti i comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, di costituire società, correlato all'obbligo di mettere in liquidazione o cedere le partecipazioni degli organismi già costituiti ⁽²⁶⁶⁾. Le uniche eccezioni riguardano quei comuni, i quali – pur avendo una popolazione inferiore al limite di legge – possiedano società già esistenti che possano definirsi “virtuose”, ossia abbiano il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi, ovvero non abbiano subito riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio, né abbiano riportato altre perdite in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al loro ripiano. Al di fuori delle ipotesi richiamate è comunque sempre possibile la costituzione di società con partecipazione paritaria ovvero proporzionale al numero degli abitanti da parte di più comuni, qualora la loro popolazione complessiva superi il limite di 30.000, con la precisazione che per gli enti locali con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 è ammessa la partecipazione in una sola società, con obbligo di mettere in liquidazione le altre già costituite. Tali disposizioni sono passate al vaglio della Corte costituzionale, per asserita violazione di svariati principi costituzionali (articoli 3, 5, 97, 114, 117, 118 119, 120 Cost., nonché del principio di leale

⁽²⁶⁵⁾ Le ulteriori ipotesi di deroga si verificano in caso di 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'art. 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici, nonché per l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 165/2001, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.

⁽²⁶⁶⁾ Articolo 14, comma 32, del decreto legge 78/2010, convertito con modificazioni in legge 122/2010.

collaborazione)⁽²⁶⁷⁾, ma il giudice delle leggi, con sentenza 15 marzo 2012, n. 148, ha dichiarato non fondate le questioni proposte dalle Regioni ricorrenti. Ha ritenuto, infatti, che la norma impugnata sia legittima, in quanto presenta i caratteri di una “sanzione” nei confronti di enti “non virtuosi”, le cui società partecipate abbiano riportato bilanci in negativo o altre perdite, obbligando l’amministrazione a ripianarle. Diversamente, il divieto di costituire nuove società opera nei confronti di tutti gli enti (senza distinzione tra “virtuosi” e non) qualora essi abbiano una popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, poiché in tal caso la *ratio* della norma risponde all’esigenza di evitare eccessivi indebitamenti da parte di soggetti le cui piccole dimensioni fanno presumere l’impossibilità di conseguire un ritorno economico. In sostanza, la Corte considera apprezzabile l’intento del legislatore di assicurare un contenimento della spesa e di salvaguardare la concorrenza, predeterminando rigidamente i margini di autonomia degli enti locali medio-piccoli con la scelta di un vero e proprio ridimensionamento *ope legis* della loro discrezionalità, e individuando nella dimensione demografica il vincolo di legge per parametrare la sostenibilità delle partecipazioni societarie⁽²⁶⁸⁾. Tali obiettivi sono perseguiti utilizzando una norma incidente sul diritto societario che – in quanto materia dell’ordinamento civile di competenza esclusiva statale – non solleva profili di illegittimità costituzionale neppure con riferimento al riparto di competenze legislative Stato-Regioni.

Abbiamo, dunque, visto che i comuni sono oggi soggetti a un duplice limite: da un lato, la legge 244/2007 prescrive il divieto di costituire o mantenere le partecipazioni societarie non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità

⁽²⁶⁷⁾ Più precisamente, la Valle D’Aosta ha proposto questione di legittimità costituzionale per violazione degli articoli 5, 117, commi 2, lettera *g*), 3, 4 e 6, 119, comma 2, 120 della Costituzione e del principio di leale collaborazione; la Liguria ha indicato quali parametri gli articoli 3, 97, 114, comma 2, 117, commi 3, 4 e 6, 118 e 119 Cost. e del principio di leale collaborazione; l’Emilia-Romagna gli articoli 117, commi 3 e 4, e 119 Cost.; infine, la Puglia ha lamentato la violazione degli articoli 3, 97, 117, commi 2, lettera *p*), 3 e 4, 118, commi 1 e 2, e 119 Cost. La pronuncia ha interessato, oltre all’articolo 14, comma 32, del decreto legge 78/2010, anche altre norme del medesimo decreto.

⁽²⁶⁸⁾ C.d.C., sez. contr. Lombardia, 7 novembre 2012, n. 506.

istituzionali; dall'altro, l'articolo 14, comma 32, del decreto legge 78/2010, convertito in legge 122/2010, impone un freno al possesso di società partecipate in funzione della densità demografica. Non vi sono dubbi in merito alla vincolatività di entrambe le discipline: dalla loro lettura coordinata si ricavano le regole di comportamento per gli enti territoriali ⁽²⁶⁹⁾. Sembra doversi desumere che il divieto generalizzato di costituire società nei predetti termini limiti non solo le ipotesi di organismi interamente pubblici, ma anche quelle di partenariato pubblico-privato, poiché la legge è chiara nel parlare di "società", dovendo ricomprendersi in tale ampia categoria anche quelle miste. Lo ha precisato la Corte dei conti, sezione di controllo per la regione Lombardia, nel suo parere del 27 novembre 2012, n. 506 ⁽²⁷⁰⁾. In questa occasione il giudice contabile ha evidenziato che il divieto di costituire o partecipare società vale anche nell'ipotesi di *partnership*, dal momento che le norme in materia di partecipazioni societarie degli enti pubblici operano su un piano differente rispetto a quelle che disciplinano gli affidamenti di appalti e servizi. Di conseguenza, operare in società insieme ad operatori privati (selezionati previa gara a doppio oggetto) sarà ammissibile solo ove sia strettamente necessario per il perseguimento delle finalità istituzionali proprie dell'ente, in ossequio a quanto prescritto dall'articolo 3 della legge finanziaria 244/2007. Ciò accade, ad esempio, nelle società che producono servizi di interesse generale ⁽²⁷¹⁾, nel qual caso la valutazione di conformità al perseguimento delle finalità istituzionali è già operata a monte dal legislatore ⁽²⁷²⁾. Viceversa, sotto il profilo dei rapporti con

⁽²⁶⁹⁾ A. SANTUARI, *I comuni possono (ancora) costituire società miste?*, cit.

⁽²⁷⁰⁾ Oltre alla pronuncia già indicata, si ricordano le seguenti delibere della medesima sezione: C.d.C., sez. contr. Lombardia, 23 aprile 2012, n. 147; C.d.C., sez. contr. Lombardia, 19 gennaio 2012, n. 7; C.d.C., sez. contr. Lombardia, 8 novembre 2011, n. 570; C.d.C., sez. contr. Lombardia, 14 giugno 2011, n. 358; C.d.C., sez. contr. Lombardia, 30 marzo 2011, n. 156; C.d.C., sez. contr. Lombardia, 14 marzo 2011, n. 124; C.d.C., sez. contr. Lombardia, 18 ottobre 2010, n. 959; C.d.C., sez. contr. Lombardia, 26 luglio 2010, n. 830.

⁽²⁷¹⁾ La definizione "servizi di interesse generale", di derivazione europea, comprende i servizi pubblici locali.

⁽²⁷²⁾ La valutazione di conformità sussiste qualora si tratti di servizi pubblici erogati nell'ambito delle competenze attribuite ai comuni. A tal fine, si può fare riferimento agli articoli 3 e 13 TUEL, nonché all'articolo 14, comma 27, d.l. 78/2010, convertito in l. 122/2010, come modificato dall'articolo 19, comma 1, d.l. 95/2012, convertito in l. 135/2012, che ha elencato le

l'articolo 14, comma 32, del decreto legge 78/2010, convertito in legge 122/2010, la possibilità pur prevista dal codice dei contratti di dar vita ad operazioni di partenariato pubblico-privato mediante la costituzione di società miste non permette di ritenere superabile il divieto sancito a carico dei comuni con meno di 30.000 abitanti. Da un lato, infatti, le norme operano su piani differenti; dall'altro, la costituzione di società miste costituisce solo una delle ipotesi di partenariato pubblico-privato (quello c.d. istituzionalizzato), ma non l'unica e, pertanto, gli enti territoriali rimangono liberi di scegliere le diverse forme di collaborazione ⁽²⁷³⁾. Infatti, accanto alle società miste, le medesime finalità di coinvolgimento dei privati nell'erogazione di servizi pubblici e di potenziale riduzione dei conseguenti costi, possono essere perseguite mediante differenti operazioni di partenariato che il legislatore prevede e disciplina (quelle c.d. contrattuali), fra cui le tradizionali concessioni di lavori o di servizi (con la variante del *project financing*), il *leasing* immobiliare pubblico e, da ultimo, il recentissimo contratto di disponibilità ⁽²⁷⁴⁾.

funzioni fondamentali dei comuni il cui esercizio sia obbligatorio.

⁽²⁷³⁾ C.d.C., sez. contr. Lombardia, 27 novembre 2012, n. 506.

⁽²⁷⁴⁾ Si fanno alcuni cenni su quest'ultima fattispecie introdotta dall'articolo 44 del decreto legge 1/2012 (c.d. decreto liberalizzazioni), convertito in legge 27/2012, quale nuova forma di partenariato pubblico-privato tesa a stimolare gli imprenditori nella realizzazione di opere d'interesse pubblico. Il contratto di disponibilità è disciplinato dagli articoli 3, comma 15 *bis*, e 160 *ter* del codice dei contratti, e prevede l'affidamento al privato, a suo rischio e spese, della costruzione e della messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio a fronte di un corrispettivo. Per "messa a disposizione" si intende "l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti" (art. 3, comma 15 *bis*, d.lgs. 163/2006). Per contro, la p.a. è tenuta a versare il corrispettivo della costruzione/gestione, costituito da tre possibili componenti, la prima delle quali ineludibile, le altre due eventuali. Si tratta, innanzitutto, del canone di disponibilità; in secondo luogo, della possibilità rimessa alla scelta dell'amministrazione aggiudicatrice che la proprietà dell'opera le venga trasferita in fase di realizzazione a fronte di un contributo che non possa superare il 50% del costo di costruzione; infine, del possibile trasferimento della predetta proprietà al termine del contratto, come una sorta di rata finale per il riscatto del bene. Sembra di poter valutare con molto interesse l'introduzione di questa nuova figura di *partnership* pubblico-privata, ma senza tralasciare l'opportunità di alcune correzioni se si vuole realmente dotare il settore di uno strumento effettivamente alla portata degli operatori privati. Sull'argomento si richiamano: A. QUARTA, *Il contratto di disponibilità e le altre forme di finanziamento delle opere pubbliche (commento al d.l. 1/2012 convertito in legge 27/2012)*, Macerata, 2012; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012; R. PERTICARARI; A. PERTICARARI, *Il contratto di disponibilità: una novità potenzialmente rilevante per le infrastrutture pubbliche*, in www.filodiritto.com, 2012.

Infine, un ulteriore margine di manovra che il decreto legge 78/2010 ritaglia per gli enti territoriali ruota intorno alla possibilità che i comuni di dimensioni più modeste si uniscano al fine di raggiungere la soglia dimensionale di abitanti superiore ai 30.000, necessaria per costituire o partecipare società non solo interamente pubbliche, bensì anche miste nell'ambito di procedure di partenariato istituzionale. In tal modo gli enti locali possono agevolmente dar vita ad organismi dotati di una capacità operativa più consistente, valorizzando le economie di scala ed evitando il fenomeno della costituzione di società che non dispongono di risorse per operare in modo soddisfacente e autonomo, assicurando il corretto espletamento e la buona qualità del servizio.

2. Le società interamente pubbliche che operano in regime concorrenziale

2.1. Il ruolo delle società degli enti pubblici nel mercato

Le profonde evoluzioni gestionali, organizzative e legislative che hanno interessato negli anni le società pubbliche sono indissolubilmente legate al ruolo svolto dalle amministrazioni e dai loro enti nella gestione dei servizi e negli altri settori dell'economia. L'obiettivo di concorrenza imposto a livello europeo ha determinato una consapevolezza sempre maggiore dell'influenza positiva delle imprese private nel mercato a beneficio dei consumatori per la creazione di un sistema di servizi efficace ed efficiente ⁽²⁷⁵⁾. Ciononostante, il peso economico e finanziario del comparto pubblico nell'economia nazionale – per lungo tempo preponderante in quasi tutti gli ambiti (si pensi all'industria, ai trasporti, alle fonti di energia, al sistema bancario e finanziario, alle assicurazioni) ⁽²⁷⁶⁾ – con difficoltà

⁽²⁷⁵⁾ S. POGGESI, *La gestione dei servizi pubblici: profili e criticità*, cit., 7-8.

⁽²⁷⁶⁾ Si fa riferimento ai grandi enti pubblici economici del Novecento: l'INA (istituto nazionale assicurazioni) del 1912, l'IMI (istituto mobiliare italiano) del 1931, l'IRI (istituto per la

è riuscito a lasciare spazio all'industria privata emergente. Fattori di tali generalizzati processi di privatizzazione e liberalizzazione sono stati il legislatore comunitario e, sulla sua spinta, quello nazionale, costringendo le pubbliche amministrazioni ad abbandonare lentamente ma inesorabilmente il mercato. Anche nel settore dei servizi locali il panorama è mutato in maniera profonda: a un monopolio esclusivamente pubblico (tramite enti strumentali, in seguito trasformati in società) è seguita l'apertura ai principi di matrice europea, garantendo la libera concorrenza, ovvero – nei casi di impossibilità a causa delle caratteristiche proprie del servizio o del suo contesto sociale e territoriale di riferimento – il rispetto di procedure ad evidenza pubblica che comunque tutelino la competitività tra operatori, nonché l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa. In altre parole, deve ritenersi ormai del tutto superata la coincidenza fra natura pubblica del servizio e natura pubblica del gestore, poiché, come si è visto, l'ipotesi di gestione esclusiva da parte della p.a. è residuale e confinata alla fattispecie dell'*in house*. Tuttavia l'ente pubblico, quale esponente e garante degli interessi della collettività, pur abbandonando il ruolo di imprenditore, mantiene quello di "supervisore", essendo l'unico titolare della capacità giuridica di attribuire ad un determinato servizio la qualifica di pubblico, di scegliere il gestore più idoneo a svolgerlo, di controllarne l'operato, di mantenere infine la proprietà pubblica delle reti o degli impianti – ove vi siano – a maggiore garanzia dell'adeguato soddisfacimento dell'interesse comune.

L'articolo 35 della legge 448/2001 (finanziaria 2002), incidendo sull'articolo 113 TUEL, ha distinto nell'ambito dei servizi pubblici locali tre segmenti fondamentali: da un lato, vi è la questione della proprietà delle reti e degli impianti destinati all'esercizio dei servizi pubblici; dall'altro quella della loro gestione; infine, le modalità di erogazione del servizio. Quanto al primo punto, in linea di

ricostruzione industriale) costituito nel 1933, l'ENI (ente nazionale idrocarburi) del 1953, l'EFIM (ente partecipazioni e finanziamento per le industrie manifatturiere) e l'ENEL (ente nazionale per l'energia elettrica) entrambi nati nel 1962, le Ferrovie dello Stato del 1985.

principio il legislatore richiede la proprietà pubblica delle strutture quale profilo di garanzia degli utenti e del corretto funzionamento del mercato, specialmente nell'ipotesi in cui le reti o gli impianti non siano – per natura o per economicità – duplicabili. A tal fine il novellato articolo 113 TUEL vieta agli enti locali di cedere le predette proprietà, salva la sola possibilità di conferire le dotazioni a società di capitali di cui detengano una quota di maggioranza incedibile. Siffatte società sono vincolate a porre le reti, gli impianti e le altre strutture a disposizione dei gestori incaricati del servizio oppure – qualora la sua gestione sia separata da quella della rete – le dotazioni sono messe a disposizione dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali. Si può, dunque, verificare – e nel concreto avviene spesso – l'ipotesi in cui il gestore della rete sia un soggetto diverso rispetto a quello del servizio ⁽²⁷⁷⁾; dovrà comunque rispettare i principi dell'ordinamento nazionale e di quello europeo, e quindi la concorrenza e la regola della gara. Altro dalla *gestione* è, invece, la *proprietà* delle reti: in tal caso il legislatore impone il vincolo della proprietà pubblica, diretta o indiretta per mezzo di società, purché la quota sia maggioritaria e incedibile. Queste società, più che assoggettarsi agli istituti di diritto privato, sembrano meglio accomunabili a fattispecie di diritto pubblico; e infatti, ad esse gli enti locali possono anche assegnare la gestione delle reti in via diretta ⁽²⁷⁸⁾, nonché il compito di espletare le procedure per la scelta di un'impresa privata. Qual è allora il proposito perseguito, se – in un ambito in cui la disciplina normativa, pur

⁽²⁷⁷⁾ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi del trasporto ferroviario, in cui la rete – di proprietà dello Stato o delle regioni – è gestita, per le tratte di proprietà dello Stato, da Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., interamente partecipata da Ferrovie dello Stato (già azienda autonoma, successivamente trasformata in ente pubblico economico e quindi privatizzata in s.p.a. nel 1992) e, per le tratte di proprietà regionale, da altre società (Ferrovie nord Milano, Gruppo torinese trasporti, Ferrovia Udine-Cividale, Ferrovie Emilia-Romagna, Azienda tramvie ed autobus del comune di Roma, e altre). Viceversa, altri sono i gestori del servizio: oggi, oltre a Trenitalia, a livello nazionale opera la società Nuovo trasporto viaggiatori, meglio conosciuta come Italo. Per approfondimenti si rinvia al successivo paragrafo 2.4.

⁽²⁷⁸⁾ L'affidamento diretto è comunque vincolato ai requisiti precisati a livello comunitario dalla Corte di giustizia; pertanto è da escludere tale possibilità nel caso in cui la società non sia interamente partecipata dall'ente pubblico.

alquanto disomogenea, si muove indiscutibilmente nel senso di devolvere ogni attività, anche pubblicistica, ad operatori privati – il legislatore si mostra invece determinato a mantenere la proprietà pubblica delle strutture su cui svolgere il servizio? Volendo escludere che si tratti di una desuetudine normativa, sembra potersi attribuire al vincolo della proprietà pubblica un ruolo di garanzia, che va a rafforzare e ad affiancarsi a quello dell'ente quale soggetto terzo nel mercato, a tutela dell'imparzialità e della genuina competizione tra gli imprenditori. La titolarità in capo all'amministrazione delle reti e degli impianti, che di fatto vengono a creare una situazione di monopolio, permette a tutti gli operatori privati del settore di accedervi, se lo vogliono, in condizioni di parità e nel rispetto del principio di concorrenza previo espletamento di apposite gare per la scelta del gestore. Viceversa, ove le strutture fossero in mano privata, sarebbe molto più difficile garantire un controllo adeguato, venendo del tutto a mancare – sia nella proprietà della rete sia nella sua gestione – l'elemento pubblicistico. La p.a. è il soggetto più idoneo ad assicurare (almeno in astratto) che le strutture di fatto non duplicabili (quali le reti di distribuzione dell'energia, del gas, dell'acqua, la rete ferroviaria, gli aeroporti, e così via) siano messe a disposizione del mercato, selezionando il relativo gestore in base alle qualità necessarie e nel rispetto dei canoni di derivazione comunitaria. Si tratta, in altre parole, di una proprietà di garanzia, atta a rafforzare la posizione di “controllore” dell'ente pubblico nell'ambito di beni che rivestono importanza strategica per la cura degli interessi della collettività. Anche tali rilievi ci conducono verso l'affermazione di un ruolo garante della pubblica amministrazione, nella cornice di una disciplina normativa che tende ad allontanarla da compiti attivi nel mercato per portarla (ma senza relegarla) ai suoi margini con funzioni di arbitro *inter partes* per la tutela dei principi supremi dell'ordinamento nazionale ed europeo.

2.2. Il settore dell'energia elettrica

Riprendendo i modelli di società pubblica inizialmente delineati, si passano ora ad osservare quegli organismi che operano nei mercati concorrenziali, venendo a svolgere un'attività prettamente economica. Le ragioni dell'interesse pubblico in tali settori risiedono nella loro importanza strategica e nel loro collegamento con forme di monopoli naturali. Si prenderanno in esame l'ambito dell'energia elettrica, quello del gas e, infine, i trasporti (ferroviari e aerei). Procediamo nell'ordine.

Il mercato dell'elettricità costituisce uno dei cc.dd. settori speciali regolati dalla direttiva 2004/17/CE, recepita in Italia dal codice dei contratti, unitamente all'energia termica, all'acqua, ai trasporti, ai servizi postali, alle attività estrattive di combustibili, ai porti e agli aeroporti ⁽²⁷⁹⁾. Trattasi di un settore fondamentale, dotato di rilevanza economica e pur storicamente dominato dall'elemento pubblicistico. L'energia elettrica ha subito per lungo tempo i condizionamenti derivanti dalla sua caratteristica di monopolio naturale, che oggi – alla luce del quadro normativo che si andrà a delineare – sembra appena degradare a una posizione di influenza dominante ⁽²⁸⁰⁾. Per una corretta analisi è necessario operare una distinzione preliminare tra i vari momenti di quello che si potrebbe definire – con un'assonanza ad altri ambiti – il “ciclo dell'energia elettrica” ⁽²⁸¹⁾. La prima fase concerne la produzione o generazione, quale momento di trasformazione dell'energia contenuta a livello potenziale nelle diverse fonti in energia elettrica; il secondo stadio è quello del dispacciamento, che costituisce l'anello di congiunzione

⁽²⁷⁹⁾ Si tratta, più precisamente, della parte III, Titolo I, del d.lgs. 163/2006. In particolare, l'articolo 208 regola il gas, l'energia termica e l'elettricità, recependo l'articolo 3 della direttiva 2004/17/CE; l'articolo 209 disciplina l'acqua (art. 4 della direttiva citata); l'articolo 210 si occupa dei servizi di trasporto (art. 5); l'articolo 211 prevede i servizi postali (art. 6); l'articolo 212 contempla la prospezione e l'estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi (art. 7); l'articolo 213, infine, regola i porti e gli aeroporti (medesimo art. 7 della direttiva 2004/17/CE).

⁽²⁸⁰⁾ G. MOLINARI, *La nuova disciplina del settore elettrico ed il quadro normativo di riferimento*, in *Diritto&Diritti*, 2011.

⁽²⁸¹⁾ Il riferimento è volto al ciclo dell'acqua o a quello dei rifiuti.

fra la generazione e la trasmissione, garantendo il continuo bilanciamento tra la domanda e l'offerta; il terzo passaggio prevede il trasporto, ossia il trasferimento ad alta tensione dai centri di produzione a quelli di distribuzione attraverso le linee elettriche; la quarta fase di distribuzione è l'insieme delle attività inerenti la concessione di energia agli utenti finali tramite una rete a media e bassa tensione; la vendita, infine, riguarda il rapporto con l'utente finale ⁽²⁸²⁾. Di tutte queste attività alcune sono espletate in regime di libero mercato, altre invece – per le caratteristiche proprie della rete elettrica, che di fatto costituisce un monopolio – seguono la disciplina dei servizi pubblici. Più precisamente, è libera l'attività di produzione, dispacciamento e trasferimento, che avviene dal produttore al grossista, nonché quella di successiva vendita all'utente finale; viceversa, si qualifica come servizio pubblico la distribuzione attraverso la (unica) infrastruttura.

Una breve premessa storica è imprescindibile per comprendere l'attuale regolazione del settore dell'elettricità, nel quale la mano pubblica ha da sempre giocato un ruolo determinante, in particolare a partire dalla legge 1643/1962 (c.d. legge di nazionalizzazione). Se, infatti, prima di tale momento le attività di produzione, trasporto e distribuzione dell'energia elettrica erano sostanzialmente libere, la norma richiamata ha istituito l'Ente nazionale per l'energia elettrica, meglio noto come ENEL, al quale ha trasferito in proprietà le imprese che svolgevano i predetti compiti di produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica sul territorio nazionale, riservando al solo ente neocostituito l'espletamento di tutte le richiamate operazioni ⁽²⁸³⁾. Gli unici soggetti che, per espressa disposizione di legge, sono sopravvissuti alla nazionalizzazione, potendo operare in deroga al monopolio di ENEL, sono stati i seguenti: le aziende municipalizzate, previa presentazione di una domanda atta a ottenere la concessione all'esercizio delle attività nel settore

⁽²⁸²⁾ S. POGGESI, *La gestione dei servizi pubblici: profili e criticità*, cit., 68.

⁽²⁸³⁾ Articolo 1, comma 1, legge 6 dicembre 1962, n. 1643.

elettrico, rilasciata da parte di ENEL previa autorizzazione ministeriale ⁽²⁸⁴⁾; le imprese minori che avessero distribuito una modesta quantità annuale di energia; le imprese autoproduttrici per il soddisfacimento del fabbisogno energetico dei propri cicli industriali, a condizione che avessero utilizzato almeno il 70% dell'energia prodotta e con l'obbligo di cedere a ENEL le relative eccedenze. L'evoluzione da questa marcata impronta monopolistica verso un sistema più concorrenziale si è realizzata progressivamente, attraverso norme di attenuazione del regime di esclusiva. Una prima apertura è avvenuta con la legge 393/1975, che ha consentito ai comuni e alle province di produrre elettricità mediante fonti rinnovabili, traendola dagli impianti di incenerimento dei rifiuti solidi urbani o da quelli di dissalazione delle acque di mare, e utilizzandola per l'illuminazione o per il trasporto pubblici. La medesima normativa ha permesso agli enti territoriali di abbinare la produzione di energia elettrica a quella per la generazione e distribuzione di vapore acqueo, acqua calda o altre fonti termiche di riscaldamento (c.d. co-generazione). La successiva legge 308/1982 ha proseguito il processo di liberalizzazione nel settore della produzione di elettricità da fonti rinnovabili o assimilate, ammettendola entro determinati limiti di potenza degli impianti e sempre con l'obbligo di cedere a ENEL l'energia in eccesso rispetto al consumo.

La riforma del 1991, attuata con la legge 9 gennaio 1991, n. 9, ha innovato il regime della produzione di energia derivante sia dalle fonti convenzionali, sia da quelle rinnovabili, sviluppando l'azione di apertura al mercato già avviata. La nuova disciplina ha consentito ai produttori di utilizzare liberamente l'elettricità prodotta per l'autoconsumo abolendo il limite del 70% che era stato imposto dalla legge di nazionalizzazione, ovvero di cederla alle aziende del gruppo di appartenenza anche mediante l'impiego della rete di trasmissione di ENEL, ovvero infine di cederla a ENEL stesso. Ma il passo più importante di tale evoluzione è

⁽²⁸⁴⁾ L'autorizzazione era rilasciata dall'allora Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato (MICA).

avvenuto ad opera del decreto legge 333/1992, convertito in legge 359/1992, il quale ha sancito la trasformazione di ENEL in società per azioni (privatizzazione formale) e il suo passaggio dalla posizione di riservatario *ex lege* del servizio elettrico a quella di concessionario. Successivamente, con il decreto ministeriale del 28 dicembre 1995, è stata attribuita in via definitiva all'ente la concessione per lo svolgimento del pubblico servizio di fornitura dell'energia elettrica nel territorio nazionale, con l'approvazione della relativa convenzione stipulata con il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato ⁽²⁸⁵⁾.

Completato il processo di privatizzazione a livello nazionale, il settore dell'elettricità è stato interessato negli anni Novanta dalla pressione del diritto comunitario, volto ad attuare un mercato unico dell'energia che si estendesse a tutti gli Stati dell'Unione attraverso la liberalizzazione e l'apertura dei mercati nazionali. A tal fine, nel dicembre del 1996 è stata approvata la direttiva 96/92/CE (direttiva sull'energia) ⁽²⁸⁶⁾, recepita in Italia con il c.d. decreto Bersani ⁽²⁸⁷⁾. La disciplina europea ha imposto il rispetto di alcuni principi fondamentali: il divieto di attribuire diritti di esclusiva per la produzione, l'importazione e l'esportazione dell'energia elettrica, nonché per l'uso e la costruzione di linee di trasporto; la libertà di accesso alle reti di trasmissione, assicurando l'indipendenza del gestore e la previsione di tariffe omogenee, trasparenti e non discriminatorie; la graduale apertura del mercato tramite l'introduzione della figura di clienti liberi di scegliere il proprio fornitore; l'istituzione di autorità nazionali indipendenti di regolamentazione per garantire il rispetto dei predetti principi. L'obiettivo perseguito era quello di instaurare un mercato interno in regime di libera concorrenza, al fine di aumentare

⁽²⁸⁵⁾ G. MOLINARI, *La nuova disciplina del settore elettrico ed il quadro normativo di riferimento*, cit.

⁽²⁸⁶⁾ Direttiva 96/92/CE del Parlamento e del Consiglio dell'Unione Europea sul mercato interno dell'energia elettrica.

⁽²⁸⁷⁾ Decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, "Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica", emanato in attuazione della delega contenuta nella legge 24 aprile 1998, n. 128, recante le "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee".

l'efficienza del settore, rafforzando nel contempo la sicurezza degli approvvigionamenti e la competitività dell'economia europea ⁽²⁸⁸⁾. In ossequio a quanto stabilito a livello comunitario, il decreto Bersani ha disposto la liberalizzazione delle attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita dell'energia elettrica; viceversa, ha riservato in via esclusiva allo Stato le attività di trasmissione e dispacciamento, attribuendole in concessione a una costituenda società per azioni, il gestore della rete di trasmissione nazionale. Quanto alla distribuzione dell'energia elettrica agli utenti finali, tale attività può essere svolta dalle imprese in regime di concessione rilasciata dal ministero competente. Pertanto, all'indomani del predetto decreto, la produzione di energia elettrica in Italia è regolata dalle regole del libero mercato, potendo essere svolta da un qualsiasi soggetto nazionale o estero nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico ⁽²⁸⁹⁾, mentre i compiti di trasmissione e di dispacciamento – in cui gli aspetti di monopolio naturale sono preponderanti – vengono disciplinati come pubblici servizi, con affidamento della gestione a un soggetto pubblico appositamente costituito in forma di società per azioni, il Gestore della rete di trasmissione nazionale (GRTN), e contestuale assegnazione della proprietà delle medesime reti a Terna s.p.a. (Trasmissione elettrica reti nazionali), società del gruppo ENEL, anch'essa istituita *ad hoc* ⁽²⁹⁰⁾. Se la riforma del 1999 aveva quale

⁽²⁸⁸⁾ B. POZZO, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in B. POZZO (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Milano, 2009, 17 ss.

⁽²⁸⁹⁾ A tal fine, a partire dall'inizio del 2003, nessun soggetto può produrre o importare, direttamente o indirettamente, più del 50% del totale dell'energia elettrica in Italia. Inoltre, e sempre in attuazione del decreto Bersani, ENEL ha dovuto cedere *una tantum* un'ingente quantità della propria capacità produttiva elettrica.

⁽²⁹⁰⁾ Il Gestore della rete di trasmissione nazionale (GRTN) è stato costituito da ENEL in data 27 aprile 1999 in forma di società per azioni, affinché assumesse la titolarità e le funzioni previste dal decreto Bersani. In particolare, le sono stati conferiti tutti i beni e i rapporti giuridici inerenti le attività di trasmissione elettrica, con l'obbligo di garantire ai terzi l'accesso alla rete, nonché di assolvere ai compiti di manutenzione ordinaria e straordinaria, e all'attuazione degli interventi di sviluppo. Diversamente, la proprietà delle medesime reti è rimasta in principio separata dalla loro gestione, poiché è stata conferita a TERNA s.p.a., società del gruppo ENEL, che ne è rimasta azionista unico fino al 2004. Dopo tale data Terna è stata – per una certa parte – quotata in Borsa, e – per altra parte pari a circa il 30% del totale – ceduta alla Cassa depositi e prestiti. Per approfondimenti, si v. F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008;

ratio ispiratrice l'idea di separazione tra proprietà e gestione della rete, viceversa, la successiva legge 290/2003 ne ha disposto l'unificazione, che in concreto è avvenuta nel novembre del 2005, quanto il GRTN ha ceduto a Terna il ramo di azienda comprendente la struttura organizzativa relativa al ruolo di gestore ⁽²⁹¹⁾. Terna è, pertanto, diventata – e lo è tuttora – la società responsabile della trasmissione e del dispacciamento dell'energia elettrica sulla rete ad alta e altissima tensione sul territorio nazionale. Le sue azioni sono state progressivamente dismesse da Enel, in parte mediante collocazione in borsa, e in parte mediante cessione alla Cassa depositi e prestiti, che rimane oggi l'azionista di maggioranza relativa.

Svolgiamo ora alcune valutazioni. Il mercato dell'energia, prima interamente in mano a un soggetto pubblico (ENEL) è stato progressivamente liberalizzato e privatizzato. Tuttavia, tale processo ha trovato quale ostacolo verosimilmente non sormontabile – quantomeno non in tempi brevi né a costi sostenibili – la caratteristica della rete di trasmissione dell'energia, che – unica e non duplicabile – viene a costituire un monopolio naturale. La scelta legislativa ha tentato di perseguire un'ottica di libero mercato, pur contemperandola con la soddisfazione degli utenti e il corretto svolgimento del servizio, quale obiettivo primario di pubblico interesse. Pertanto, scorporando le attività che costituiscono monopolio naturale (la gestione della rete e la distribuzione dell'elettricità attraverso di essa) da tutte le altre che possono essere invece rese in regime concorrenziale (la produzione e la vendita), ha garantito un equo bilanciamento dei principio in gioco. E così, la gestione pubblica della rete di trasmissione tramite società per azioni con quota di maggioranza pubblica assicura e mantiene idonea la struttura,

M. MARTELLINI, *Dal monopolio alla concorrenza. La liberalizzazione incompiuta di alcuni settori*, Milano, 2007, 60 ss.; S. LANZA, F. SILVA, *I servizi pubblici in Italia: il settore elettrico*, Bologna, 2006; G. NIZI, *Concorrenza e monopolio nei servizi a rete: breve analisi della riforma del settore energetico*, in L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 236 ss.; G. CAIA, N. AICARDI, *Energia*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, II, 675 ss.

⁽²⁹¹⁾ Con il trasferimento dell'attività di gestione della rete a Terna s.p.a., la società ha cambiato denominazione da GRTN (Gestore della rete di trasmissione nazionale) a GSE (Gestore dei servizi energetici).

garantendone la funzionalità, mentre la restante regolamentazione secondo le regole del libero mercato garantisce la concorrenza e l'ottimizzazione del servizio a condizioni competitive. In altre parole, si è passati dal monopolio dei servizi al monopolio delle reti, in cui il gestore di queste ultime è di proprietà pubblica integrale o di maggioranza, anche solo relativa purché di controllo: una simile soluzione si giustifica per la presenza di impianti non facilmente riproducibili (per tecnologia e allocazione) a costi socialmente sostenibili (in base al tenore di vita della comunità). Il mantenimento della titolarità pubblica delle strutture non è, dunque, una desuetudine normativa (²⁹²), ma si spiega in ragione delle caratteristiche della rete e assicura il controllo da parte del soggetto pubblico in una situazione di monopolio naturale, in cui non può essere garantita la piena concorrenza. A ben vedere, tale principio torna a dispiegarsi sia nel momento di utilizzazione degli impianti per la distribuzione dell'energia, poiché sussiste l'obbligo di farne disporre a eguali condizioni a tutti i *competitors* che vinceranno la gara per il servizio pubblico aggiudicandosi la relativa concessione, sia nelle fasi di produzione e vendita dell'elettricità, che sono disciplinate dalle regole di libero mercato.

2.3. Il gas

Un altro settore da esaminare nel panorama dei servizi pubblici è quello del gas. Non dissimilmente da quanto avviene nel mercato dell'energia, anche per il gas si riscontra un penetrante intervento da parte del potere pubblico, che tende progressivamente a ridursi sotto la spinta dei principi di liberalizzazione e competitività di matrice europea. Le ragioni attuali dell'interesse pubblico in

⁽²⁹²⁾ Si potrebbe, ad esempio, pensare agli impianti dei rifiuti che possono essere invece privatizzati.

quest'ambito risiedono nel fatto che – pur trattandosi di un servizio a rilevanza economica, che potrebbe pertanto essere interamente lasciato all'iniziativa privata – la fornitura di gas presenta una caratteristica per la quale sembra ancora opportuno mantenere un controllo da parte degli enti pubblici. Si tratta, infatti, proprio come nel mercato dell'elettricità, di un monopolio naturale, in cui la rete di distribuzione non può essere duplicata, venendo a limitare di fatto la libera concorrenza. Con riguardo a questo principio è opportuno distinguere la concorrenza *nel* mercato da quella *per il* mercato. Nel primo caso l'ambito è completamente liberalizzato, ossia aperto a tutti gli operatori che vi possono accedere senza limiti, previa autorizzazione oppure, secondo le tendenze dell'ordinamento, previa mera dichiarazione (oggi segnalazione certificata) di inizio attività (DIA e SCIA). Nella concorrenza per il mercato, invece, la competitività si verifica a monte, poiché il soggetto al quale affidare la gestione del servizio pubblico viene scelto con gara e, una volta che si sia conclusa con l'individuazione dell'affidatario, quest'ultimo svolgerà i propri compiti in situazione di monopolio con titolarità di un diritto di esclusiva ⁽²⁹³⁾. Una simile situazione, di concorrenza *per il* mercato, si è appunto verificata nel servizio di trasmissione del gas e, in particolare, nella realizzazione delle reti per il trasporto, il dispacciamento e la successiva distribuzione a livello capillare. L'unicità della struttura di trasporto rende impossibile una concorrenza nel mercato e fa sì che il relativo servizio debba essere inquadrato nell'ambito dei servizi pubblici locali. Pertanto, a seguito di una iniziale procedura ad evidenza pubblica, l'amministrazione sceglie nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e non discriminazione, l'affidatario più idoneo per la gestione, che sarà espletata in regime di monopolio. Né potrebbe essere altrimenti, trattandosi non di una scelta discrezionale della p.a., bensì di una situazione di fatto in cui sussiste un monopolio naturale. Tali osservazioni riguardano la rete di distribuzione; non

⁽²⁹³⁾ C. VOLPE, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

invece le diverse fasi di produzione, importazione, stoccaggio e infine vendita (all'ingrosso o al dettaglio) del gas, che si svolgono oggi in un mercato completamente liberalizzato, previa autorizzazione ovvero con il mero assoggettamento a controllo e vigilanza pubblica.

Sul processo di liberalizzazione che ha interessato il mercato del gas naturale si fanno alcuni cenni ⁽²⁹⁴⁾: il suo avvio risale al 1998 con l'emanazione della direttiva europea 98/30/CE, che ha stabilito le prime norme comuni per il trasporto, la distribuzione, la fornitura e lo stoccaggio, nonché la disciplina organizzativa di settore, l'accesso al mercato, le modalità di gestione dei sistemi, i criteri e le procedure applicabili in materia di rilascio di autorizzazioni. Tale direttiva è stata recepita in Italia con il d.lgs. 164/2000 (c.d. decreto Letta) ⁽²⁹⁵⁾, con il quale sono stati declinati gli indirizzi comunitari, in molti casi attraverso regole più stringenti rispetto alle previsioni contenute nella direttiva citata, promuovendo ulteriormente l'apertura del mercato ⁽²⁹⁶⁾. In particolare, il decreto Letta ha previsto la possibilità che i clienti scelgano del tutto liberamente il proprio fornitore, garantendo l'accesso alle imprese a parità di condizioni ⁽²⁹⁷⁾; inoltre, a tutela e sviluppo della concorrenza ha imposto i cosiddetti tetti *antitrust*, ovvero limiti per ciascun

⁽²⁹⁴⁾ Per approfondimenti sul tema, si rinvia a T. M. MOSCHETTA, *Il mercato comunitario del gas naturale. Investimenti esteri diretti e diritto internazionale*, Milano, 2009; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, cit., 363 ss.; F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, cit.; M. MARTELLINI, *Dal monopolio alla concorrenza. La liberalizzazione incompiuta di alcuni settori*, cit.; M. E. SALERNO, *L'attuazione della prima direttiva sul gas naturale (98/30/CE) e le modifiche introdotte dalla nuova direttiva (2003/55/CE)*, in L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, cit., 183 ss.; M. NITTI, A. SANTINI, *La liberalizzazione nei settori dell'elettricità e del gas naturale*, in L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2002, 159 ss.; F. DONATI, *Le reti per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale*, in A. PREDIERI, M. MORISI, *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 111 ss.; E. CORALI, *Il mercato del gas naturale in Italia*, Milano, 2000, 90 ss.; G. ZAVATTONI, *La direttiva gas e l'accesso dei terzi alla rete*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1998, 759 ss.

⁽²⁹⁵⁾ D.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, "Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144".

⁽²⁹⁶⁾ *Paper sulla liberalizzazione del mercato del gas*, elaborato da Assolombarda, 2012.

⁽²⁹⁷⁾ Infatti, esaurita una prima fase in cui l'accesso era subordinato al superamento di una soglia minima di consumo, a partire dal 2003 tutti i clienti finali sono stati qualificati *ex lege* idonei ad operare nel mercato, potendo stipulare contratti di acquisto di gas naturale con qualsiasi produttore, importatore, distributore o grossista, sia in Italia che all'estero.

operatore alla quantità di gas naturale immissibile nel sistema ai fini di vendita; da ultimo, in tema di *unbundling*, ha disposto la separazione societaria delle attività di trasporto e dispacciamento del gas rispetto a tutte le altre attività del settore, ad eccezione dello stoccaggio per il quale ha comunque previsto la separazione contabile. Il processo di liberalizzazione è proseguito su impulso europeo con l’emanazione di una nuova direttiva, la c.d. seconda direttiva gas (2003/55/CE). Anche in relazione a questa fonte comunitaria, molte delle disposizioni sono state di fatto recepite nell’ordinamento nazionale in modo più stringente rispetto ai requisiti minimi richiesti ⁽²⁹⁸⁾. Ci si riferisce soprattutto alle norme in tema di separazione giuridica, organizzativa e decisionale introdotte dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas con il Testo integrato di *unbundling* ⁽²⁹⁹⁾, che sostanzialmente surrogano gli effetti di una vera e propria separazione proprietaria, al fine di garantire la neutralità della gestione delle infrastrutture essenziali per lo sviluppo di un libero mercato ⁽³⁰⁰⁾. Il costante cammino verso una maggior concorrenzialità ha trovato un ulteriore impulso con la c.d. terza direttiva gas (2009/73/CE), di abrogazione della precedente, recepita in Italia con il recente decreto legislativo 93/2011 ⁽³⁰¹⁾. Tale pacchetto normativo insiste sul tema della separazione tra la proprietà e la gestione della rete, manifestando la preferenza a livello europeo per le forme più rigide e, in particolare, per la separazione proprietaria dei sistemi di trasporto del gas dai monopoli verticalmente integrati ⁽³⁰²⁾, individuata come regola generale da applicarsi in tutti i Paesi dell’Unione

⁽²⁹⁸⁾ *Paper sulla liberalizzazione del mercato del gas, cit.* Si precisa che tale direttiva è stata recepita in Italia con la legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004).

⁽²⁹⁹⁾ Testo integrato delle disposizioni dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas in materia di separazione amministrativa e contabile (*unbundling*) per le imprese operanti nei settori dell’energia elettrica e del gas e relativi obblighi di pubblicazione e comunicazione, allegato alla deliberazione 18 gennaio 2007, n. 11/07, di cui forma parte integrante e sostanziale (allegato A).

⁽³⁰⁰⁾ Autorità per l’energia elettrica e il gas, deliberazione 18 gennaio 2007, n. 11/07, “Obblighi di separazione amministrativa e contabile (*unbundling*) per le imprese operanti nei settori dell’energia elettrica e del gas”.

⁽³⁰¹⁾ G. GIUSTINIANI, *Il mercato del gas naturale*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2012.

⁽³⁰²⁾ Come definita dal testo integrato di *unbundling*, un’impresa verticalmente integrata del settore dell’energia elettrica o del gas naturale è un’impresa, o un gruppo di imprese tra le quali esistono rapporti di controllo di diritto o di fatto, che – con riferimento al settore del gas – svolge

(³⁰³). Tuttavia, nel recepire la terza direttiva, l'Italia ha scelto di adottare un modello di separazione meno netta, che consente all'impresa integrata monopolista di mantenere quote azionarie, anche di controllo, delle società che gestiscono la rete di trasporto, seppure in un contesto di distinzione societaria formale (anche fisica, avente ad oggetto le sedi o il personale) e di severa regolamentazione sull'uso dell'infrastruttura, con l'obbligo di garantire l'indipendenza decisionale e funzionale (³⁰⁴).

Anche nel settore del gas si può osservare il fenomeno, già rilevato nell'ambito dell'energia elettrica (che si verifica altresì negli altri servizi pubblici locali), di allontanamento progressivo dell'ente pubblico dal ruolo di imprenditore verso una posizione di garanzia, quale "controllore" del mercato. Tale obiettivo può essere raggiunto mediante politiche economiche e sociali differenti, che possono coesistere e rafforzarsi tra loro. Si è accennato al ruolo svolto dalle Autorità indipendenti, quali amministrazioni terze e imparziali a tutela del mercato, che nei vari settori dei servizi – e in particolare proprio nel settore dell'energia e del gas – svolgono un ruolo determinante di indirizzo e controllo. A ciò si aggiunge quella che abbiamo definito "proprietà di garanzia", che assicura all'ente pubblico il controllo delle reti, permettendo alle imprese di accedere al mercato a parità di condizioni e contribuendo in tal modo a realizzare il principio della concorrenza.

almeno una delle attività di stoccaggio, rigassificazione, trasporto, dispacciamento e distribuzione del gas naturale, e almeno una delle attività di coltivazione, acquisto, vendita all'ingrosso o ai clienti finali, oppure attività gas estere (art. 1).

(³⁰³) Articolo 9, comma 1, della direttiva 73/2009/CE.

(³⁰⁴) Tale sistema di separazione si definisce ITO (*independent transmission operator*). Si contrappone all'OU (*ownership unbundling*), previsto quale regola generale dalla normativa comunitaria, nel quale le società che detengono la proprietà delle reti ed effettuano la gestione delle attività di trasporto sono separate dal punto di vista proprietario dalle imprese verticalmente integrate che svolgono le attività di approvvigionamento, produzione o vendita; e dall'ISO (*independent system operator*), per il quale le imprese verticalmente integrate mantengono la proprietà delle reti, ma ne affidano la gestione ad un soggetto terzo (F. TESTA, C. STAGNARO, *Reti di trasporto nazionale e concorrenza nei mercati del gas: il caso Eni-Snam Rete Gas*, in *Sinergie*, n. 86/2011, 187-203).

2.4. I trasporti e il processo di liberalizzazione. Il trasporto ferroviario

Il trasporto ferroviario costituisce un settore di penetrante intervento dell'ente pubblico fin dai suoi esordi. Le ragioni di interesse sottese a tale ambito risiedono non soltanto in fattori storici, economici e culturali, ma anche – e soprattutto – nelle caratteristiche proprie di questa modalità di trasporto, che costituisce un'ulteriore ipotesi, a fianco a quelle dell'energia elettrica e del gas, in cui si registra una situazione di monopolio naturale per l'unicità e la non duplicabilità della rete ferroviaria. Sulla base di tali considerazioni il trasporto su rotaia è stato esclusivo appannaggio della mano pubblica fin dal 1905 per il tramite di Ferrovie dello Stato⁽³⁰⁵⁾. Questo organismo è stato interessato da numerose trasformazioni della propria veste giuridica: nato come amministrazione autonoma, è stato in seguito definito azienda autonoma; successivamente, la legge 210/1985 lo ha trasformato in ente pubblico economico e, infine, su impulso del decreto legge 333/1992, è stato privatizzato in società per azioni⁽³⁰⁶⁾. Un simile processo ha rispecchiato la

⁽³⁰⁵⁾ L'intervento pubblico nel settore del trasporto ferroviario derivava dalla necessità di risollevare l'intero ambito, che agli inizi del XX secolo versava in una situazione precaria. La carenza di investimenti privati, da un lato, e la scarsa remuneratività di molte linee, dall'altro, avevano infatti determinato malcontento sia nei lavoratori, spesso sfruttati oltre ogni ragionevole limite, sia negli utenti, che lamentavano una scarsa qualità del servizio. Tali spinte popolari avevano già portato alla fine del 1898 all'istituzione di una Commissione parlamentare di studio per il riordino delle strade ferrate, le cui conclusioni affermavano che per il loro valore strategico le ferrovie non potevano ulteriormente essere lasciate in mano privata. Pertanto, il regio decreto 15 giugno 1905, n. 250, istituiva l'Amministrazione autonoma delle Ferrovie dello Stato, allo scopo di affidarle la gestione dell'intera rete, riscattandola dalle società private con l'entrata in vigore della legge 22 aprile 1905, n. 103, sul riordino delle ferrovie (c.d. legge Fortis). Sul tema si v. G. C. LORASCHI, *L'impresa pubblica: il caso delle ferrovie dello Stato*, Milano, 1984; I. BRIANO, *Storia delle ferrovie in Italia*, Milano, 1977; F. TAJANI, *Storia delle ferrovie italiane: a cento anni dall'apertura della prima linea*, Milano, 1944; A. CRISPO, *Le ferrovie italiane. Storia politica ed economica*, Milano, 1940.

⁽³⁰⁶⁾ L'originaria denominazione giuridica del gestore della rete ferroviaria era Amministrazione autonoma delle Ferrovie dello Stato. Successivamente, tale definizione è stata sostituita da quella di Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato, utilizzata *de facto* dal 1950 circa, ma formalizzata nel 1958 con l'ordine di servizio n. 85. L'entrata in vigore della legge 17 maggio 1985, n. 210, ha istituito l'ente Ferrovie dello Stato a partire dal 1986. Infine, la trasformazione in società per azioni è avvenuta a seguito di delibera C.I.P.E. del 12 agosto 1992, adottata a norma dell'art. 18, decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359. In proposito si v. A. PULLINI, *Il trasporto ferroviario*, in S. ZUNARELLI (a cura di), *Il diritto del mercato del trasporto*, Padova, 2008, 77 ss.; G. BAVETTA, *La trasformazione delle Ferrovie dello Stato da ente pubblico a società per azioni: profili giuridici e problematiche normative*, in *Riv. dir. impresa*, n. 1/1999, 3 ss.; M. R. MORELLI, *L'ente Ferrovie dello Stato (natura e disciplina) tra*

generalizzata evoluzione dei servizi pubblici, da un'impronta marcatamente pubblicistica verso una spinta di liberalizzazione in conformità a quanto stabilito dal diritto comunitario. Il legislatore europeo ha influito notevolmente anche in questo settore, nel tentativo perseguito di attuare i principi di concorrenza fra le imprese ed efficace gestione dei servizi di interesse economico generale, volendo liberalizzare l'ambito del trasporto (non solo ferroviario) attraverso la realizzazione di un nuovo assetto aperto ad una pluralità di operatori in competizione fra loro per l'offerta di servizi di trasporto merci e passeggeri ⁽³⁰⁷⁾. L'apertura ai privati nel campo del trasporto su rotaia è stata avviata con la direttiva 1991/440/CEE ⁽³⁰⁸⁾, che ha avuto il merito di estendere al settore in esame il principio di libera prestazione dei servizi, promuovendo l'adeguamento delle ferrovie comunitarie attraverso l'incentivo dell'autonomia gestionale. Anche in questa ipotesi, così come negli altri casi di monopolio naturale ⁽³⁰⁹⁾, si è inteso raggiungere l'obiettivo mediante la separazione tra la gestione dell'infrastruttura e quella dell'erogazione dei servizi di trasporto. Questa distinzione ha costituito la premessa necessaria per l'apertura della rete al transito di più operatori a fronte del versamento di un canone. In aggiunta alla predetta misura, la direttiva comunitaria ha sancito la predisposizione di forme di controllo e di garanzia in merito al procedimento di assegnazione del diritto di accesso ad ogni infrastruttura dei paesi membri, per garantire un corretto svolgimento del servizio e la soddisfazione degli utenti. Alla luce di tale primo intervento normativo già si può delineare il quadro che l'Unione intende perseguire: a una proprietà pubblica (di garanzia) delle reti, gestite da un soggetto oggi formalmente privato ma ancora sostanzialmente pubblico, si affianca la gestione concorrenziale del servizio di trasporto, reso – almeno in via potenziale

pubblico e privato: alla luce della nuova legge 210/85 e delle sue prime applicazioni giurisprudenziali, in *Rass. lav. pubbl.*, n. 3/1989, 111 ss.

⁽³⁰⁷⁾ S. BUSTI, *Profili innovativi nella disciplina comunitaria del trasporto ferroviario*, in *Dir. trasp.*, 2003, 27 ss.

⁽³⁰⁸⁾ Direttiva 91/440/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie.

⁽³⁰⁹⁾ Si fa ancora una volta riferimento ai settori dell'energia elettrica e del gas.

– da una pluralità di operatori in condizioni di libero mercato. In quest’ottica le imprese ferroviarie, anche ove siano di proprietà pubblica ⁽³¹⁰⁾, devono comunque essere gestite come imprese private, al fine di garantire la loro autonomia decisionale e rispettare il principio di competitività ⁽³¹¹⁾. Al primo intervento comunitario del 1991 sono seguite ulteriori norme che hanno interessato il settore, incidendolo in maniera significativa a più riprese ⁽³¹²⁾. La situazione di fatto e di diritto che ne è derivata vede la proprietà della rete in mano allo Stato o alle regioni (proprietà di garanzia), mentre la sua gestione è affidata ad altri soggetti e, in particolare, a Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., interamente partecipata da Ferrovie dello Stato, per le tratte di proprietà statale, e da altre società le cui quote sono per lo più detenute dagli enti territoriali o da altri organismi pubblici, per le tratte di proprietà regionale ⁽³¹³⁾. Quanto alla gestione del servizio, questa attività deve essere necessariamente separata da quella relativa all’infrastruttura: oggi, oltre a Trenitalia, partecipata *in toto* dal gruppo Ferrovie dello Stato, a livello nazionale opera la società Nuovo trasporto viaggiatori, meglio conosciuta come Italo.

Valutiamo più da vicino la compagine societaria di Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. ⁽³¹⁴⁾, esempio paradigmatico di società pubblica fin dalle sue origini,

⁽³¹⁰⁾ L’esempio è volto a Trenitalia s.p.a.

⁽³¹¹⁾ U. ARRIGO, M. BECCARELLO, *Il trasporto ferroviario*, Milano, 2000, 11-12.

⁽³¹²⁾ Si fa riferimento ai cc.dd. tre pacchetti ferroviari: il primo, di cui fanno parte le direttive 12, 13 e 14 del 2001, che hanno inciso sulla precedente disciplina, e rispettivamente sulle direttive 440 del 1991, 18 e 19 del 1995, oltre alla direttiva 16 del 2001 relativa all’interoperabilità del sistema ferroviario; il secondo pacchetto ferroviario, costituito dal regolamento 881 del 2004, che istituisce l’Agenzia ferroviaria europea, e dalle direttive 49, 50 e 51 del 2004, relative alla sicurezza delle ferrovie, all’interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo convenzionale e ad un’ulteriore apertura del mercato merci; il terzo pacchetto, con le direttive 58 e 59 del 2007, e i regolamenti 1370 e 1371 del 2007.

⁽³¹³⁾ Tra queste si possono ricordare: Azienda tramvie ed autobus del comune di Roma (di proprietà del medesimo comune), Ferrovie nord Milano (società per azioni quotata in borsa, partecipata in maggioranza dalla regione Lombardia e per altra parte dalla stessa Ferrovie dello Stato), Gruppo torinese trasporti (controllato dal comune di Torino), Ferrovia Udine-Cividale (società a responsabilità limitata a capitale interamente regionale del Friuli Venezia-Giulia), Ferrovie Emilia-Romagna (società a responsabilità limitata in cui, per legge e per statuto, la quota del capitale sociale pubblico non può essere inferiore al 100% e la quota del capitale regionale deve comunque essere prevalente).

⁽³¹⁴⁾ Il cambio della denominazione da “Ferrovie dello Stato” a “Ferrovie dello Stato italiane s.p.a.” risale a maggio del 2011.

in quanto nata dalla privatizzazione (formale) di un ente pubblico economico e ancor oggi in mano al Ministero dell'economia e delle finanze. Il gruppo attualmente partecipa al 100%, tra le varie società, sia il gestore della rete ferroviaria (RFI), sia l'impresa di trasporto principale in Italia (Trenitalia). Tale assetto risale al giugno del 2000, quando – sotto la spinta delle direttive comunitarie (i cc.dd. pacchetti ferroviari) – le divisioni “passeggeri”, “trasporto regionale” e “cargo” vengono associate alla neo-costituita Trenitalia, con la missione di progettare ed erogare servizi per la mobilità di persone e merci, mentre la divisione “infrastruttura” diventa Rete ferroviaria italiana, chiamata a gestire la circolazione dei treni e le reti ferroviarie. Si realizzano così tre sistemi indipendenti: da un lato, vi è la proprietà dell'infrastruttura in mano agli enti territoriali (Stato o regioni); dall'altro, la gestione della rete da parte di una società pubblica in regime di monopolio (RFI); infine, la gestione del servizio di trasporto ad opera di società pubbliche o private in concorrenza tra loro (Trenitalia o Italo). Tale organizzazione – pur integrando gli estremi di una separazione formale tra il gestore monopolista della rete e le imprese di trasporto – non soddisfa sul piano sostanziale, in quanto il principale operatore ferroviario italiano (Trenitalia) è interamente partecipato dal medesimo azionista che possiede il gestore della rete, e cioè Ferrovie dello Stato. Inoltre, essendo quest'ultima di proprietà statale, si registra un'ulteriore violazione del principio competitivo sotto il profilo dell'assegnazione della struttura al monopolista, che avviene mediante concessione ministeriale a favore di un soggetto formalmente indipendente ma organizzativamente non riconosciuto tale. Sul punto ha preso recentemente posizione la Corte di giustizia dell'Unione europea, chiamata a pronunciarsi a seguito della denuncia della Commissione, in relazione al rispetto da parte del nostro Paese dell'obiettivo di assicurare l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura ferroviaria ⁽³¹⁵⁾. In particolare, il Ministero dei trasporti

⁽³¹⁵⁾ CGUE, sez. I, sentenza 3 ottobre 2013, C-369/11. La questione riguarda, nello specifico, il calcolo dei diritti di accesso alla rete per ogni operatore e della loro riscossione, che spetta a RFI sulla base delle tariffe fissate dal ministro. In relazione a tale circostanza la Corte di giustizia

avrebbe un'influenza anomala su RFI, non permessa dal diritto comunitario, sostituendosi nei compiti che invece spettano all'organismo di regolamentazione – l'ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF). Per tali ragioni, la Corte europea ha stabilito che il gestore dell'infrastruttura non è sufficientemente autonomo dal Ministero rispetto a quanto previsto dalle direttive comunitarie, e ha sancito che la Repubblica italiana, non garantendo l'indipendenza di RFI per la determinazione dei diritti di accesso e la ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria, è venuta meno agli obblighi comunitari su di essa incombenti ⁽³¹⁶⁾. Viceversa, l'indipendenza di RFI all'interno della *holding* Ferrovie dello Stato italiane è stata riconosciuta conforme alle direttive comunitarie, tanto che la Commissione UE, nell'ambito della medesima causa citata, ha ritirato la relativa censura ⁽³¹⁷⁾. Allo stato attuale, dunque, pur essendo garantita l'autonomia di RFI all'interno del gruppo Ferrovie dello Stato italiane, non è invece ancora sufficiente il grado di autodeterminazione della medesima RFI nei rapporti con il Ministero. Su tale questione il legislatore nazionale dovrà prendere le opportune misure per assicurare il rispetto della disciplina comunitaria.

Alla luce delle osservazioni svolte – a fronte dei pacchetti di liberalizzazione europei che svincolano il trasporto dal gestore della rete, e quindi quest'ultimo dal suo proprietario – nell'ordinamento interno si possono individuare due profili

europea ha ritenuto che “la determinazione dei diritti, fissata di concerto con il ministro, vincoli il gestore” e che tale ingerenza da parte del ministro, che pur esercita un mero controllo di legittimità, “non consente di assicurare l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura”. A ben vedere, detto controllo dovrebbe spettare non a un organo del governo, bensì all'organismo di regolamentazione, e dunque all'URSF.

⁽³¹⁶⁾ La Corte di giustizia ha, in particolare, lamentato la violazione degli articoli 4, paragrafo 1, e 30, paragrafo 3, della direttiva 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2001, che prevedono l'obbligo per gli Stati membri di istituire un quadro per l'imposizione dei diritti rispettando l'indipendenza di gestione, amministrazione e controllo interno in materia amministrativa, economica e contabile, nonché l'obbligo per l'organismo di regolamentazione – senza alcuna influenza da parte del Ministero – di garantire che i predetti diritti fissati dal gestore dell'infrastruttura siano conformi alle norme comunitarie e in ogni caso non discriminatori.

⁽³¹⁷⁾ La censura ritirata dalla Commissione verteva sulla violazione dell'articolo 6, paragrafo 3, e dell'allegato II della direttiva 1991/440/CEE, secondo cui gli Stati membri devono adottare le misure necessarie per garantire che le funzioni essenziali che determinano l'accesso equo e non discriminatorio all'infrastruttura siano attribuite a enti o società che non prestano a loro volta servizi di trasporto ferroviario (CGUE, sez. I, sentenza 3 ottobre 2013, C-369/11, *cit*).

critici: da un lato, sembra lesiva del principio di concorrenza la gestione della rete in regime di monopolio naturale concessa dal Ministero a favore di un soggetto formalmente autonomo, ma sostanzialmente da lui controllato e coordinato; dall'altro, pur non presentando vere e proprie questioni di incompatibilità con il diritto comunitario, solleva quantomeno alcuni dubbi il fatto che il servizio di trasporto sia effettuato da una società le cui azioni siano possedute dal medesimo proprietario del gestore dell'infrastruttura. La soluzione a questi aspetti può rinvenirsi attraverso un approccio di tipo concreto, sulla scorta di quanto già osservato dalla giurisprudenza europea, analizzando – ed eventualmente intervenendo – all'interno delle società predette, valutando l'effettivo grado di dipendenza dall'ente pubblico e realizzando, infine, una separazione non solo formale ma anche sostanziale, se non della proprietà azionaria, quantomeno dell'organizzazione e della direzione societaria.

2.5. Il trasporto aereo

Anche il settore del trasporto aereo, così come quello ferroviario, è stato teatro di un'evoluzione della disciplina applicabile, diretta alla realizzazione dell'obiettivo comunitario di un unico e libero spazio europeo. All'atto della creazione del mercato comune nel 1957 con il Trattato di Roma, il trasporto aereo presentava specifiche peculiarità, tali da far escludere che fosse possibile applicare il principio fondamentale della concorrenza. La modalità di trasporto in esame risultava, infatti, quasi integralmente sottratta all'operatività delle regole di domanda e offerta, essendo viceversa soggetta al controllo sovrano e alla regolamentazione di ciascuno degli Stati membri. In particolare, i traffici internazionali erano regolati mediante accordi bilaterali ripartitivi della capacità di trasporto su base paritetica, mentre quelli interni erano gestiti in regime di

monopolio dalle compagnie di navigazione aerea nazionali, le c.d. compagnie di bandiera, di proprietà statale ed operanti in modo sostanzialmente svincolato da criteri competitivi ⁽³¹⁸⁾. In entrambe le ipotesi le tariffe erano fissate dalle competenti autorità statali. Lo stesso Trattato CE, in origine, si limitava a prevedere che “il Consiglio [...] potrà decidere se, in quale misura e con quale procedura potranno essere prese opportune disposizioni per la navigazione marittima e aerea” ⁽³¹⁹⁾, tanto da spingere a dubitare persino della vigenza dei principi del Trattato in quest’ambito. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di giustizia, con un’importante opera ermeneutica, ha spinto il legislatore comunitario ad allineare progressivamente e ormai definitivamente il settore in esame agli altri servizi, e in generale alle norme e ai principi comunitari ⁽³²⁰⁾. Ne è seguita una politica di liberalizzazione del trasporto aereo, così come già avvenuto anche in altri settori ⁽³²¹⁾.

Il tema delle società degli enti pubblici si interseca con il trasporto aereo, in particolare per i profili relativi alla gestione delle strutture aeroportuali, tradizionalmente in mano a soggetti di stampo pubblicistico. Preme ricordare in

⁽³¹⁸⁾ F. MUNARI, *La liberalizzazione del trasporto aereo nell’Unione europea tra lotta alle discriminazioni e compressione delle competenze statali*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 207 ss.

⁽³¹⁹⁾ Articolo 80.2 TCE.

⁽³²⁰⁾ Si richiamano, tra le tante, CGCE, sentenza *Commissione c. Francia* del 4 aprile 1974, causa C-167/73, in cui la Corte di Giustizia ha affermato, per un verso, l’inapplicabilità diretta ai trasporti marittimi e aerei delle norme sulla politica dei trasporti contenute nel TCE in assenza di una disposizione attuativa del Trattato da parte del Consiglio e, di converso, ha riconosciuto l’applicabilità delle altre norme contenute nel Trattato, e senz’altro dei suoi principi generali, nonostante la riserva specifica di cui all’articolo 80.2 TCE; CGCE, sentenza *Parlamento c. Consiglio* del 22 maggio 1985, C-13/83, con cui la Corte ha condannato il Consiglio per la mancata attuazione delle norme del Trattato in materia di trasporto; CGCE, sentenza *Ministere public c. Lucas Asjes c.a.* del 30 aprile 1986, C-209/84 e 213/84, che ha sancito l’applicabilità al settore aereo degli articoli 81 e 82 TCE, anche in assenza di disposizioni attuative; CGCE, sentenza *Ahmed Saeed Flugreisen* dell’11 aprile 1989, causa C-66/86, con la quale si è sancita l’incondizionata applicazione dell’articolo 82.

⁽³²¹⁾ In materia di trasporto aereo intracomunitario, la liberalizzazione ha trovato realizzazione attraverso tre pacchetti normativi emanati negli anni 1987, 1990, 1992. Per approfondimenti: G. ROMANELLI, L. TULLIO, *Aspetti della normativa comunitaria dei servizi aerei*, Cagliari, 1999; G. SILINGARDI, *Il completamento delle misure di liberalizzazione del trasporto aereo*, in *Riv. circ. trasp.*, 1997, 512 ss.; S. BUSTI, *La nuova disciplina comunitaria dei servizi aerei*, in *Trasp.*, 1993, 98 ss.; P. GIRARDI, *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo in Europa: contenuti e problemi applicativi*, in *Dir. trasp.*, 1993, 39 ss.

proposito la direttiva 1996/67/CEE, che ha fissato regole comuni per l'accesso ai servizi di trasporto, applicando principi consolidati, primo fra tutti quello della separazione tra l'attività di amministrazione dell'aeroporto svolta dal gestore aeroportuale rispetto a quella di effettuazione del trasporto da parte dei singoli vettori. Tale soluzione garantisce il rispetto dei principi di parità e non discriminazione, anche in una fattispecie di monopolio naturale, in cui l'aeroporto costituisce una struttura unitaria non riproducibile a costi economicamente né socialmente sostenibili. A fronte della necessaria gestione da parte di un unico soggetto, la disciplina europea ha, infatti, previsto regole che assicurino l'accesso all'aeroporto sia ai fornitori di servizi rivolti a terzi, sia agli stessi vettori aerei che intendano autoprodurre quanto necessario per il proprio fabbisogno ⁽³²²⁾. Con riferimento alla natura del gestore aeroportuale, attualmente vi sono elementi di natura privatistica e altri di stampo pubblicistico che si intersecano tra loro, tanto da rendere difficile il suo inquadramento. Preme innanzitutto sottolineare che, nella prassi, si registra la presenza sul territorio nazionale di società di gestione formalmente privatizzate, che vedono una partecipazione pubblica in misura variabile. Per quanto riguarda gli aeroporti maggiori, basterà ricordare la Società esercizi aeroportuali di Milano (SEA), controllata dal comune di Milano che ne detiene la quota di maggioranza, ma in cui la compagine sociale privata riveste una fetta consistente ⁽³²³⁾, e la Aeroporti di Roma s.p.a. (ADR), che è viceversa

⁽³²²⁾ Sono ammesse deroghe e limitazioni all'accesso all'infrastruttura aeroportuale in presenza di condizioni obiettive, relative all'aeroporto nel suo complesso (carenza di spazi, congestione) ovvero circoscritte a determinati servizi la cui erogazione, per motivi di efficienza o di sicurezza, implica un numero ridotto di operatori (ad es. assistenza bagagli, erogazione carburante, servizi di rampa). In tali ipotesi eccezionali rimane comunque impregiudicato l'obbligo di rispetto dei tradizionali criteri di obiettività, trasparenza, necessità e proporzionalità nella giustificazione delle suddette deroghe e limitazioni, oltre al controllo della Commissione sull'assenza di discriminazioni o di illegittime distorsioni della concorrenza. Si v. in proposito F. MUNARI, *La liberalizzazione del trasporto aereo nell'Unione europea tra lotta alle discriminazioni e compressione delle competenze statali*, cit.

⁽³²³⁾ Più precisamente, gli azionisti pubblici di SEA sono il comune di Milano (54,81%), la provincia di Varese (0,64%), il comune di Busto Arsizio (0,06%) e altri con partecipazioni ridotte (0,14%). Quanto agli azionisti privati, la quota più rilevante è in mano a un fondo di investimento, il Fondo italiano per le infrastrutture – F2i SGR (44,31%), mentre la parte rimanente è detenuta da altri investitori (0,04%).

controllata da un socio privato, con partecipazione marginale degli enti pubblici⁽³²⁴⁾. Viceversa, l'aeroporto di Ronchi dei Legionari è gestito da Aeroporto Friuli Venezia-Giulia s.p.a., organismo interamente nelle mani della regione: si è in tal caso realizzata una mera privatizzazione formale, alla quale non è seguita quella sostanziale di immissione delle azioni sul mercato⁽³²⁵⁾. Qual è, dunque, la natura – e soprattutto il regime giuridico – delle società in esame che, pur costituite come società per azioni, svolgono un rilevante ruolo pubblicistico? Si deve considerare che la gestione dell'aeroporto in concessione costituisce un'attività monopolistica, nella quale l'accesso alla struttura deve essere garantito a tutte le imprese che lo richiedano a condizioni imparziali e non discriminatorie. Inoltre, la corretta gestione dell'infrastruttura fa venire in rilievo interessi generali, quali l'incentivo al turismo, lo sviluppo del territorio e altri profili di stampo economico e sociale. A questo proposito, uno degli interrogativi che sembra aver trovato recentemente soluzione concerne la possibilità di considerare le società di gestione aeroportuali quali organismi di diritto pubblico secondo la nozione definita dal diritto europeo e fatta propria dal legislatore nazionale nell'articolo 3, comma 26, del codice dei contratti⁽³²⁶⁾. La risposta nell'uno o nell'altro senso non è di poco conto, poiché permette di sottoporre o meno questi soggetti all'intera disciplina sugli appalti

⁽³²⁴⁾ Aeroporti di Roma s.p.a. è controllata, in forza di una partecipazione azionaria pari a circa il 96%, da Atlantia s.p.a., società che si occupa del settore dei trasporti, detenendo in concessione snodi fondamentali, quali Autostrade per l'Italia, Autostrade meridionali, il traforo del monte Bianco e altri servizi (ad es., Telepass). Il restante capitale sociale è suddiviso tra gli enti pubblici territoriali (Regione Lazio e Roma capitale con poco più dell'1% a testa, Provincia di Roma e Comune di Fiumicino rispettivamente con lo 0,2 e lo 0,1%) e tra alcuni soci minori (Camera di commercio di Roma con lo 0,8% e altri azionisti con lo 0,2%).

⁽³²⁵⁾ A partire da luglio del 1997, Aeroporto Friuli Venezia-Giulia s.p.a. ha sostituito il Consorzio per l'aeroporto giuliano, che si occupava della gestione dal 1956, venendo ad operare in regime di concessione governativa totale provvisoria, sulla base dell'articolo 17 della legge 67/1997. Dal 3 agosto 2007 le viene affidata da ENAC e dal Ministero dei trasporti la gestione totale quarantennale dello scalo di Ronchi dei Legionari. Come gestore aeroportuale, Aeroporto FVG s.p.a. si occupa dello sviluppo, della gestione, della progettazione, realizzazione e manutenzione degli impianti e delle infrastrutture aeroportuali. Svolge, altresì, il ruolo di società di *handling*, fornendo tutti i servizi di assistenza a terra per passeggeri, merci ed aeromobili delle varie compagnie aeree che operano sullo scalo.

⁽³²⁶⁾ Sulla nozione di organismo di diritto pubblico si richiama la bibliografia citata alla nota 32.

(qualora si tratti di organismi di diritto pubblico), piuttosto che alla sola parte del codice relativa ai trasporti (ove siano invece operatori privati) ⁽³²⁷⁾. Al fine di individuare la fattispecie “organismo di diritto pubblico” sono necessari tre parametri, che devono sussistere congiuntamente: l’ente deve essere dotato di personalità giuridica, deve essere sottoposto a un’influenza pubblica dominante ⁽³²⁸⁾, deve essere, infine, istituito per soddisfare bisogni di interesse generale non aventi carattere commerciale o industriale ⁽³²⁹⁾. In presenza dei requisiti elencati una qualsiasi società – a prescindere che sia dotata di capitale pubblico o privato (tale presupposto non è richiesto) – potrà rientrare nella disciplina prevista per gli organismi di diritto pubblico: a rilevare non è la forma societaria, né la proprietà pubblica delle azioni, quanto piuttosto l’esercizio di un’attività di rilevanza pubblicistica finalizzata alla realizzazione di bisogni di interesse generale ⁽³³⁰⁾. Ancora una volta, non “chi è”, ma “cosa fa”.

Con riferimento al gestore aeroportuale bisogna dunque qualificare l’attività svolta: si tratta di attività economica ovvero di compiti di interesse prettamente pubblicistico? Anche in questa ipotesi, il discrimine corre tra attività economica o non economica, tra operatività all’interno ovvero all’esterno del mercato. La soluzione al quesito ci è data dalla Corte di giustizia, che sembra correttamente propendere per la qualifica in senso privatistico del gestore, come soggetto che svolga un’attività industriale o commerciale ⁽³³¹⁾. In tal senso, la società di gestione

⁽³²⁷⁾ La distinzione non è di poco conto, poiché la parte speciale del codice (parte III) prevede l’applicazione delle procedure ad evidenza pubblica, e quindi del principio concorrenziale, per la sola attività relativa all’*air side handling*, non invece per tutte le altre attività di *land side handling*, che pur costituiscono una fetta considerevole nel bilancio del gestore.

⁽³²⁸⁾ Tale secondo requisito deve ritenersi integrato qualora ricorra almeno uno fra tre fattori alternativi: *a)* finanziamento pubblico maggioritario; *b)* controllo pubblico sulla gestione; *c)* nomina da parte delle istituzioni pubbliche della maggioranza dei componenti degli organismi di gestione (articolo 3, comma 26, d.lgs. 163/2006).

⁽³²⁹⁾ Articolo 3, comma 26, d.lgs. 163/2006.

⁽³³⁰⁾ C.d.S., sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7393.

⁽³³¹⁾ La giurisprudenza comunitaria sul punto sembra consolidata nel senso di ritenere che la società di gestione eserciti un’attività industriale o commerciale e, pertanto, esuli dalla nozione di “organismo di diritto pubblico” sottoposto all’intero codice dei contratti. Si v., ad es.: CGCE, sentenza *Aéroports de Paris* del 24 ottobre 2002, causa C- 82/01; CGCE, sentenza *Leipzig-Halle* del 19 dicembre 2012, causa C-288/11.

aeroportuale altro non è che un imprenditore, il quale vende i propri servizi ai vettori, ai passeggeri, o ad altri terzi, sottoposto alle sole norme sulla parte speciale del codice relativa ai trasporti, ma non alla disciplina generale in tema di obbligo di ricorso all'evidenza pubblica, poiché comunque soggiace alle regole (non scritte) del mercato ⁽³³²⁾. Da questo assunto le conseguenze discendono a catena: esclusione della responsabilità erariale degli amministratori della società di gestione; qualificazione dei diritti aeroportuali in termini di corrispettivi (assoggettati ad IVA, ma correlati alla controprestazione da parte del gestore) e non di tributi (viceversa dovuti a prescindere dall'effettiva fruizione del servizio); conseguenze processuali in termini di giurisdizione.

⁽³³²⁾ Non sono, tuttavia, mancate pronunce – seppur più isolate – di segno contrario. Con riferimento all'aeroporto D'Annunzio di Brescia Montichiari, il TAR Lombardia, sez. Brescia, 26 marzo 2004, n. 254, ha ritenuto sussistente la qualifica di organismo di diritto pubblico, affermando che l'attività svolta è di carattere generale, in quanto dell'infrastruttura beneficia una pluralità di soggetti, e che il carattere non industriale o commerciale non è escluso dal metodo imprenditoriale utilizzato nella gestione né dalla presenza di altri soggetti operanti nel mercato di riferimento. Si v. anche: TAR Lombardia, sez. Brescia, 8 marzo 2004, n. 203, relativa alla natura di ENEL; C.d.S., sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090, relativa alla natura di Autovie venete s.p.a.; C.d.S., sez. V, 10 aprile 2000, n. 2078, in *Urb. app.*, 2000, 528, con nota di F. CARINGELLA, *Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*.

CONCLUSIONI

L'orizzonte delle società pubbliche si estende su un terreno molto vasto: l'economia italiana è, infatti, caratterizzata da una presenza diffusa di società partecipate dagli enti pubblici. Come si è visto, si tratta di realtà tra loro molto diverse, anche se spesso accomunate dalla storia, dalle caratteristiche economiche, dalle modalità concrete in cui operano e dalla disciplina applicabile. A tale ultimo proposito si rileva un quadro giuridico di riferimento variegato, composto da disposizioni speciali spesso introdotte in risposta ad esigenze contingenti, che si intrecciano con la disciplina di carattere generale dettata dal codice dei contratti e dal testo unico sugli enti locali, oltre alle norme europee contenute nei trattati e nelle cc.dd. direttive appalti. In questo panorama variegato si è cercato di fare ordine, individuando quattro modelli di società pubblica, ponendo – come fondamentale linea di discriminazione – la concorrenza. Infatti, proprio a tutela di detto principio cardine dell'ordinamento comunitario, sembra doversi ammettere che – qualora un organismo operi all'interno del mercato – debba necessariamente (ed esclusivamente) essere sottoposto alle sue regole. Ogni altra interferenza da parte del legislatore, che imponga vincoli ulteriori (o minori) rispetto a quelli cui sono soggette le imprese private, altera la genuina competitività e la parità fra gli operatori. Su tali osservazioni non può incidere la forma pubblica o privata dell'ente; né, parimenti, la proprietà pubblica o privata del suo capitale. Bisogna valutare il *modus operandi* della società: come in concreto svolge la propria attività, come si rapporta con gli altri imprenditori, se i servizi espletati siano caratterizzati o meno da economicità e remuneratività. In altre parole, come si è detto, non “chi è” ma “cosa fa”.

Dovendo volgere lo sguardo dal soggetto (società pubblica, privata o mista) all'attività svolta (servizi a rilevanza economica o non economica), si sono valutate le attuali potenzialità delle imprese degli enti pubblici, il cui margine di manovra è

stato progressivamente ristretto per mano del legislatore nazionale e di quello europeo. Lo sfavore per il modulo organizzativo in esame è derivato sia dai debiti che le società hanno lasciato nei bilanci degli enti pubblici, sia dal principio di concorrenza in relazione al quale la partecipazione amministrativa è stata considerata un ostacolo. In questo clima in cui le società pubbliche sembrano messe al bando, relegate entro limiti circoscritti, gli enti locali guardano con timore alla possibilità di scegliere un simile modello di gestione e cercano piuttosto di liberarsene, estinguendole o cedendone le partecipazioni. A fronte di ciò, si è cercato di analizzare le loro attuali potenzialità. In principio si è detto, con tono maligno, “ove sussistano”: si può ora affermare, alla luce dell’analisi svolta, che tali potenzialità effettivamente possano riscontrarsi. Peraltro, esse concernono un duplice profilo. Da un lato, infatti, la società pubblica costituisce garanzia della concorrenza, poiché assicura l’espletamento del servizio a condizioni adeguate e a costi ragionevoli, a vantaggio degli utenti e nel perseguimento dell’interesse della collettività. Ciò accade sia negli ambiti di mercato, in cui la società pubblica si fa “controllore” dall’interno, potendo valutare il corretto comportamento degli altri operatori e l’adeguato funzionamento del settore, sia nei servizi non concorrenziali, ove l’attività è direttamente espletata da un soggetto sostanzialmente pubblico il cui socio è per sua stessa natura deputato a perseguire l’interesse generale. Per altro verso, la società pubblica rimane un’alternativa all’appalto, e precisamente è ammessa in via generale ove alla p.a. si unisca un *partner* privato (società mista), ovvero in via eccezionale qualora la società sia interamente pubblica (*in house*). Spetterà in tal caso all’amministrazione valutare discrezionalmente, sulla base della fattispecie concreta, quale sia l’alternativa più adatta e optare per il modulo prescelto. Possiamo, dunque, rispondere in maniera positiva all’interrogativo sull’utilità della società pubblica, sulla base dei due profili esaminati di garanzia della concorrenza o alternativa all’appalto. Resta da valutare in che direzione si muoverà il legislatore, che è già intervenuto in maniera incisiva quest’ambito,

riducendone sensibilmente i margini. Oggi lo spazio residuo – pur limitato – è ancora rilevante, poiché assicura il raggiungimento dell'obiettivo di tutela del mercato e, attraverso di esso, la soddisfazione dell'interesse pubblico.

BIBLIOGRAFIA

- ADINOLFI A., DANIELE L., NASCIMBENE B., AMADEO S. (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2007
- AICARDI N., *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 121 ss.
- AICARDI N., *Società miste ed evidenza pubblica "a monte"*, in E. CASSETTA, A. ROMANO, F. G. COCA, *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova, 2007, II, 219 ss.
- ALBERTAZZI B., *La nuova gestione dei rifiuti dopo il d.lgs. 205/2010*, Rimini, 2011
- ALESIO M., *I servizi pubblici locali: peso della tradizione e nuovo assetto delineato dalla Finanziaria 2002*, in www.lexitalia.it, n. 2/2002
- AMOROSINO S., *L'"amministrativizzazione" del diritto delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2011, 607 ss.
- ANCORA F., *La rescissione del contratto di appalto di opere pubbliche. Autotutela e potere negoziale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1993
- ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008
- ANTONIOLI M., *Analisi e riflessioni in tema di responsabilità amministrativa, società a partecipazione pubblica e riparto fra le giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2013, 835 ss.
- APICELLA E. A., *Lineamenti del pubblico impiego "privatizzato"*, Milano, 2012
- ARRIGO U., BECCARELLO M., *Il trasporto ferroviario*, Milano, 2000
- ASTAZI A., *Le società organismi di attestazione (SOA)*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 718 ss.
- AZZARITI A., *Il socio privato nella società mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005
- BALDI M., TOMEI R. (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2007
- BARBIERO A., *Le problematiche inerenti l'assoggettamento delle società partecipate al patto di stabilità in rapporto al reclutamento di risorse umane*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2011
- BARBIERO A., *Il quadro generale di riferimento per i servizi pubblici locali e le società partecipate*, testo della relazione tenuta alla Giornata di studio sui servizi pubblici locali e sulle società partecipate degli enti locali, svoltasi a Verona il 13 giugno 2013, pubblicata sul sito www.legautonomie.it.
- BARDELLE R., *Il diritto di accesso agli atti delle società partecipate dall'ente locale*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2009
- BARGONE A., *Le innovazioni normative in tema di qualificazione*, in A. BARGONE, P. STELLA RICHTER (a cura di), *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, Milano, 2001, 288 ss.

- BARONE A., *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, 2013
- BAVETTA G., *La trasformazione delle Ferrovie dello Stato da ente pubblico a società per azioni: profili giuridici e problematiche normative*, in *Riv. dir. impresa*, n. 1/1999, 3 ss.
- BENVENUTI F., *Tesi vecchie e nuove sulla natura e l'esercizio del controllo sugli enti locali*, in *Dir. ec.*, 1991, 287 ss.
- BOTTO A., CHIMENTI M. L., IANNOTTA L., TORCHIO N., *Il sistema di qualificazione per i lavori pubblici e le categorie di opere*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2011, 4569 ss.
- BRANCASI A., *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005
- BRIANO I., *Storia delle ferrovie in Italia*, Milano, 1977
- BUSCEMA A., BUSCEMA S., *I contratti della pubblica amministrazione*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1987, VII, 3 ss.
- BUSTI S., *La nuova disciplina comunitaria dei servizi aerei*, in *Trasp.*, 1993, 98 ss.
- BUSTI S., *Profili innovativi nella disciplina comunitaria del trasporto ferroviario*, in *Dir. trasp.*, 2003, 27 ss.
- CAIA G., *Società a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass.*, 1995, 1082 ss.
- CAIA G., AICARDI N., *Energia*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 675 ss.
- CAIA G., *La società a prevalente capitale locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni* (nota a C.d.S., sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418), in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 1231
- CAIA G., *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 131 ss.
- CALLEA A., CARIDI V., *Diritto societario e in house providing*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 530 ss.
- CAMMELLI M., *Delega amministrativa*, in *Enc. giur.*, X, 1988, 14 ss.
- CAMMELLI M., DUGATO M., *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. 223/2006*, in CAMMELLI M., DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008
- CAMMELLI M., DUGATO M., *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in CAMMELLI M., DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.
- CAMPOBASSO G. F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2007
- CAPALBO F., *Giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità per danno erariale di amministratori e dipendenti delle società partecipate da enti pubblici: limiti dell'orientamento di cui alla recente sentenza Sez. Un. n. 26283/13*

alla luce delle novità di cui alla legge di stabilità per il 2014 n. 147/13, in www.lexitalia.it, n. 1/2014

CAPONI F., *Società in house: l'assoggettamento al patto di stabilità costituisce principio generale, ma diverrà efficace con l'approvazione del decreto attuativo*, in *Human capital*, n. 2/2012, 29 ss.

CAPUTI JAMBREGHI V., *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13 ss.

CAPUTI JAMBREGHI V., *Azione ordinaria di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in A.A.V.V., *Responsabilità amministrativa e contabile (ad un decennio dalla riforma)*, atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione tenutosi a Varenna dal 15 al 17 settembre 2005, Milano, 2006, 301 ss.

CARANTA R., *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, in *Urb. App.*, n. 12/2007, 1479 ss.

CARANTA R., *Le centrali di committenza*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2011, 610 ss.

CARBONE G., *Corte dei conti*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 479 ss.

CARINGELLA F., *Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa* (nota a C.d.S., sez. V, 10 aprile 2000, n. 2078), in *Urb. app.*, 2000, 528 ss.

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2001

CARINGELLA F., GIUNCATO A., ROMANO F. (a cura di), *L'ordinamento degli enti locali*, Milano, 2007

CAROSELLI A., *La concessione di servizio pubblico nel quadro di riforma dei servizi pubblici locali*, in www.lexitalia.it, n. 3/2003

CAROSELLI A., *Gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2004 sul sistema normativo in materia di gestione di servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2005

CASSESE S., *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi (due recenti sentenze)*, in C. CORDUAS, R. ROMEI, G. SAPELLI (a cura di), *La testimonianza del giurista d'impresa. Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2001, 238 ss.

CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006

CAVALLO PERIN R., CASALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, n. 1/2006, 51 ss.

CAVALLO PERIN R., RACCA G. M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.

CENDON P. (a cura di), *Commentario al codice civile. Artt. 2325-2362*, Milano, 2010, I, 249 ss.

CERULLI IRELLI V., *"Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 84 ss.

- CIANFLONE A., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999
- CIMBOLINI L., MARICONI A. M., *Il bilancio negli enti locali*, Rimini, 2008
- CINTIOLI F., *Le reti come pubblici servizi e la gestione dei servizi*, in *Dir. amm.*, 2007, 293 ss.
- CLARIZIA A., *Società miste: profili generali*, in G. ALPA, A. CARULLO, A. CLARIZIA, *Le S.p.A. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998
- CLARIZIA A., *La corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it, n. 10/2005
- CORALI E., *Il mercato del gas naturale in Italia*, Milano, 2000
- COTTONE T., relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 della Corte dei conti, sez. giurisdiz. reg. per la Campania, consultabile in www.corteconti.it
- COZZIO M., *In house: tutti i soci devono poter esercitare un controllo apprezzabile e proporzionato sulla società*, in *Riv. giur. amm. Trentino Alto Adige*, n. 4/2012
- CRISPO A., *Le ferrovie italiane. Storia politica ed economica*, Milano, 1940
- DAMATO A., *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Dir. U.E.*, n. 2/1999, 299 ss.
- DE MARZO G., CARINGELLA F., *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2007
- DE MICHELE A., *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle regioni e dagli enti locali*, in *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali, Istituz. Federal.*, 2/2011, 69 ss.
- DE NICTOLIS R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007
- DE NICTOLIS R., CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano 2008
- DE NOVA G. (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995
- DE ROBERTIS F. L., *Privatizzazione ed efficienza economica: aspetti teorici ed evidenza empirica*, in *R.I.R.E.A.*, nn. 1 e 2/1992, 48 ss.
- DELLA CANANEA G., *Servizi pubblici*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007
- DELLA CANANEA G., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2011
- DESARIO M. S., *L'esclusione del socio di s.p.a. per giusta causa*, in *Le soc.*, 3/2009, 269 ss.
- DI GIOVANNI A., *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012
- DI PORTO F., *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008
- DOMENICHELLI V., *La risoluzione in via giudiziaria o arbitrale delle controversie in materia di opere pubbliche*, in R. VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004, 1021 ss.

- DONATI F., *Le reti per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale*, in A. PREDIERI, M. MORISI, *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, 111 ss.
- FARENGA L., *I contratti parasociali*, Milano, 1987
- FARNETI G., *Il principio del buon andamento nei controlli della Corte dei conti: il caso delle società partecipate*, relazione svolta in occasione della celebrazione del 150° anniversario dell'istituzione della Corte dei conti (1862-2012), tenutasi a Bologna il 15 novembre 2012, testo pubblicato sul sito www.legautonomie.it
- FERRARA F., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009
- FIGORILLI F., *I servizi pubblici*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 506 ss.
- FOLLIERI E., *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 131 ss.
- FRACANZANI M. M., *Le società degli enti pubblici: tra codice civile e servizio ai cittadini*, testo della prolusione per l'inaugurazione dell'anno accademico 2004-2005 (Bari – Casamassima, 7 marzo 2005), in www.giustizia-amministrativa.it
- FRONTONI M., *Brevi note in tema di rescissione d'ufficio del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1994, 415 ss.
- FUOCO B. E. G., *La nuova società in house "marginale" negli affidamenti di beni e servizi a seguito della spending review*, in www.lexitalia.it, n. 8/2012
- GAFFURI F., *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 255 ss.
- GAROFOLI R., *Organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, Milano, 2005, 155 ss.
- GARRI F., *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Milano, 1998
- GARRI F. (a cura di), *La Corte dei conti: controllo e giurisdizione, contabilità pubblica*, Milano, 2012
- GANI L., POLICE A., *Le funzioni di regolazione del mercato*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 473 ss.
- GIANNINI M. S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977, 257 ss.
- GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981
- GIANPAOLINO A. M., *La risoluzione del contratto*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2011, 3669 ss.
- GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, relazione al convegno sul codice dei contratti pubblici tenutasi in data 19 ottobre 2007 a Palazzo Spada per il decennale della rivista *Urbanistica e Appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it

- GIRARDI P., *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo in Europa: contenuti e problemi applicativi*, in *Dir. trasp.*, 1993, 39 ss.
- GIUSTINIANI G., *Il mercato del gas naturale*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2012
- GOBBO F., UTILI G., *Deregolamentazione e politica della concorrenza*, in *L'industria*, n. 2/1992, 227 ss.
- GRANDIS F. G., *Enti strumentali regionali e loro accountability. Il caso Marche*, Milano, 2008
- GRECO G., *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 733 ss.
- GRECO G., *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 184 ss.
- GRECO M., MASSARI A., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2007
- GUATRI L., *Le privatizzazioni: un tema di grande attualità in molti Paesi*, in *R.I.R.E.A.*, 11/12, 1992, 498 ss.
- GUCCIONE V., *Corte dei conti*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1998, 9 ss.
- GUZZO G., *La disciplina dei SPL dopo il varo del regolamento di attuazione*, in www.lexitalia.it, n. 10/2010
- GUZZO G., *La disciplina dei SPL di rilevanza economica tra spending review e mito delle liberalizzazioni*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2012
- ITALIA V., *Appalti, contratti, convenzioni*, Milano, 2008
- JORI P., *Luci ed ombre sul decreto legge 6 luglio 2012 n. 95 in materia di spending review*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2012
- LANZA S., SILVA F., *I servizi pubblici in Italia: il settore elettrico*, Bologna, 2006
- LIBERATI A., *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006
- LILLI F., *Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori*, in R. GIOVAGNOLI (a cura di), *Il nuovo regolamento sui contratti pubblici*, Milano, 2011, 157 ss.
- LORASCHI G. C., *L'impresa pubblica: il caso delle ferrovie dello Stato*, Milano, 1984
- LUCARELLI A., *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, n. 6/2010, 4646 ss.
- LUCARELLI A., *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in www.federalismi.it, 2012
- LUCCA M., *Orientamenti sulla gestione dei servizi pubblici locali tra liberalizzazioni incomplete e gestione societaria*, in www.lexitalia.it, n. 2/2012
- LUCIANI F., *«Pubblico» e «privato» nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in www.giustamm.it, n. 10/2012

- MAMELI B., *L'organismo di diritto pubblico: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003
- MANASSERO L., *Profili problematici dell'art 13 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 in tema di affidamenti in house*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2006
- MANASSERO L., *Commento alla versione definitiva dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani, come convertito dalla l. 4 agosto 2006 n. 248, con particolare riferimento agli effetti sull'attività delle società pubbliche locali*, in www.lexitalia.it, n. 9/2006
- MARCHI S., *L'azienda speciale nella gestione dei servizi locali: acquisto della personalità giuridica e problemi giurisdizionali in tema di controversie riguardanti le gare d'appalto*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 729 ss.
- MARINO I. M., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986
- MARTELLINI M., *Dal monopolio alla concorrenza. La liberalizzazione incompiuta di alcuni settori*, Milano, 2007
- MASSARI A., USAI S., *Il mercato elettronico e gli acquisti di beni e servizi dopo la spending review*, Rimini, 2013
- MAZZAROLLI L. A., *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione: profili sostanziali*, Padova, 1990
- MERANI C., *Codice dei contratti pubblici e società a partecipazione pubblica*, testo della relazione tenuta in occasione del convegno di studi su "Forum servizi pubblici locali" svoltosi a Torino il 28 e 29 febbraio 2012, pubblicato sul sito www.confservizi.piemonte.it
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001
- MERUSI F., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313 ss.
- MICHIARA P., *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale. Profili ricostruttivi dell'istituto*, Padova, 1997
- MIELE G., *Delega (diritto amministrativo)*, *Enc. dir.*, XI, 1962, 905 ss.
- MOLINARI G., *La nuova disciplina del settore elettrico ed il quadro normativo di riferimento*, in *Diritto&Diritti*, 2011
- MONTEDORO G., TRETOLA L., *Le liberalizzazioni dei servizi pubblici locali dopo la nuova "riforma" del decreto "Cresci Italia" 2012*, in www.giustamm.it, n. 4/2012
- MORELLI M. R., *L'ente Ferrovie dello Stato (natura e disciplina) tra pubblico e privato: alla luce della nuova legge 210/85 e delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Rass. lav. pubbl.*, n. 3/1989, 111 ss.
- MOSCHETTA T. M., *Il mercato comunitario del gas naturale. Investimenti esteri diretti e diritto internazionale*, Milano, 2009
- MUNARI F., *La liberalizzazione del trasporto aereo nell'Unione europea tra lotta alle discriminazioni e compressione delle competenze statali*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 207 ss.

- NICO M., *Le società partecipate dagli enti locali dopo il decreto liberalizzazioni*, Rimini, 2012
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252 ss.
- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI BANFI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del convegno svoltosi a Messina-Taormina il 25 e 26 febbraio 1988, Milano, 1990, 3 ss.
- NITTI M., SANTINI A., *La liberalizzazione nei settori dell'elettricità e del gas naturale*, in L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2002, 159 ss.
- NIZI G., *Concorrenza e monopolio nei servizi a rete: breve analisi della riforma del settore energetico*, in L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 236 ss.
- OCCHIENA M., *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy (commento a C.d.S., sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82)*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 374 ss.
- OLIVERI L., *Eliminato l'affidamento mediante la concessione*, in *Italia Oggi* del 25 gennaio 2002, 21
- PAJNO A., *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 555 ss.
- PALLIGGIANO G., *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Atti del convegno di Vallo della Lucania, 26 giugno 2009, in www.giustizia-amministrativa.it
- PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Torino, 2007
- PARENTE R., *Modelli gestionali nelle imprese di servizi pubblici*, in *Azienda pubblica*, 1999, 517 ss.
- PARISIO V., *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, n. 12/2012
- PERFETTI L. R., DE CHIARA A., *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa. Variazioni su Corte di giustizia delle comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Dir. amm.*, 2004, 135 ss.
- PERTICARARI R.; PERTICARARI A., *Il contratto di disponibilità: una novità potenzialmente rilevante per le infrastrutture pubbliche*, in www.filodiritto.com, 2012
- PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005
- POGGESI S., *La gestione dei servizi pubblici: profili e criticità*, in K. GIUSEPPONI (a cura di), *Gestione e controllo delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2009, 53 ss.

- POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964
- POZZO B., *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in B. POZZO (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Milano, 2009, 17 ss.
- PROPERSI A., *Contabilità e bilanci negli enti locali. Contabilità finanziaria, bilanci, programmazione e controllo di gestione, revisione, bilancio sociale*, Milano, 2008
- PULLINI A., *Il trasporto ferroviario*, in S. ZUNARELLI (a cura di), *Il diritto del mercato del trasporto*, Padova, 2008, 77 ss.
- QUARTA A., *Il contratto di disponibilità e le altre forme di finanziamento delle opere pubbliche (commento al d.l. 1/2012 convertito in legge 27/2012)*, Macerata, 2012
- RAFFAELLI E. A., BELLIS J.-F., *Diritto comunitario della concorrenza*, Milano, 2006
- RAMPULLA F., *Delegazione amministrativa*, in *Nss. dig. it., App.*, II, 1981, 1022 ss.
- RAPICAVOLI C., *I servizi pubblici locali nel decreto liberalizzazioni*, in www.leggioggi.it, 2012
- RAPICAVOLI C., *Servizi pubblici locali. La Consulta cancella quasi del tutto la normativa nazionale*, in www.leggioggi.it, 2012
- RIGHI L., *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 347 ss.
- RODRIGUEZ S., *La giurisdizione della Corte dei conti: dagli enti pubblici economici alle s.p.a. a prevalente capitale pubblico* (nota a Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899), in *Foro it.*, 2005, I, 2675 ss., e in *Giur. it.*, 2004, 1946 ss.
- ROMANELLI G., TULLIO L., *Aspetti della normativa comunitaria dei servizi aerei*, Cagliari, 1999
- ROMANELLI F. P., relazione per l'anno giudiziario 2012 della procura regionale presso la Corte dei conti, sez. giurisdiz. reg. per il Molise, pubblicata sul sito www.corteconti.it
- ROSSI G., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 221 ss.
- ROTONDI M., *L'appalto di opere pubbliche: i soggetti dall'A.N.C. ai nuovi sistemi di qualificazione delle imprese*, in R. VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004, 192 ss.
- ROVERSI MONACO F., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1970
- RUSCONI G., *Il bilancio sociale d'impresa. Problemi e prospettive*, Milano, 1988
- SALA G. A., *La società "pubblica" locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008, 9 ss.
- SALERNO M. E., *L'attuazione della prima direttiva sul gas naturale (98/30/CE) e le modifiche introdotte dalla nuova direttiva (2003/55/CE)*, in L. AMMANNATI (a cura

- di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005, 183 ss.
- SAMMARTINO D., *Guida ai referendum: i due quesiti sull'acqua pubblica*, in www.leggioggi.it, 2011
- SANTONI G., *Patti parasociali*, Napoli, 1985
- SANTORO F., relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 della Corte dei conti, sez. giurisdiz. reg. per la Campania, pubblicata sul sito www.corteconti.it
- SANTOSUOSSO D. U., *Il principio di libera trasferibilità delle azioni. Eccesso di potere nelle modifiche della circolazione*, Milano, 1993
- SANTUARI A., *I comuni possono (ancora) costituire società miste?*, in www.personaedanno.it, 2012
- SANTUARI A., *Le aziende speciali: un modello ancora vivo?*, in www.giustamm.it, n. 3/2012
- SCHLITZER E., *Le più recenti innovazioni legislative e giurisprudenziali in materia di responsabilità amministrativa e di processo contabile*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 221 ss.
- SCIASCIA M., *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2012
- SCOCA F. G., *Risoluzione del rapporto*, in A. MARZANO, *Appalto di opere pubbliche*, Roma, 1987, 449 ss.
- SCOCA F. G., *La s.p.a. mista tra soggetto privato e organismo di diritto pubblico*, in AA.VV., *Le società miste locali per la gestione di pubblici servizi*, Napoli, 1997, 173 ss.
- SCOCA F. G. (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997
- SCOCA F. G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss.
- SCOCA F. G., POLICE A., *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 7 ss.
- SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste*, in *house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915 ss.
- SCOTTI E., *Servizi pubblici locali ed ordinamento comunitario*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, 41 ss.
- SILINGARDI G., *Il completamento delle misure di liberalizzazione del trasporto aereo*, in *Riv. circ. trasp.*, 1997, 512 ss.
- STADERINI F., *Responsabilità amministrativa e contabile*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 199 ss.
- TAJANI F., *Storia delle ferrovie italiane: a cento anni dall'apertura della prima linea*, Milano, 1944
- TESSAROLO C., *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2008

- TESTA F., STAGNARO C., *Reti di trasporto nazionale e concorrenza nei mercati del gas: il caso Eni-Snam Rete Gas*, in *Sinergie*, n. 86/2011, 187 ss.
- TORINO R., *I contratti parasociali*, Milano, 2000
- TRIMARCHI BANFI F. (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, 1999
- TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2004, 844 ss.
- TURCO LIVERI G., *Rescissione, recesso e risoluzione del contratto di opere pubbliche*, in *Amm. it.*, 1987, 924 ss.
- URSI R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss.
- VALAGUZZA S., *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011
- VENEZIANO S., *I servizi pubblici locali nella giurisprudenza del giudice amministrativo*, testo della relazione tenuta in occasione del convegno di studi "I servizi pubblici locali", organizzato dall'I.S.E.L. (Istituto Documentazione Ricerche e Formazione per gli Enti Locali) a Palermo il 9 e 10 novembre 2007, in www.giustizia-amministrativa.it
- VESPERINI G., *L'attività dell'azienda locale fuori dal territorio comunale*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, 239 ss.
- VILLATA R., *L'organismo di diritto pubblico*, in R. VILLATA, *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano, 2006, 175 ss.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006
- VILLATA R., *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008
- VINTI S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008
- VISCA M. A., *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni* (nota a Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899), in *Giust. civ.*, I, 2005, 207 ss.
- VOLPE C., *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione di nuovo sulla strada della teoria dell'organo indiretto: abbandono temporaneo o addio definitivo?* (nota a Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991), in *Riv. trim. appalti*, 1995, 207 ss.
- VOLPE C., *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?* (nota a C.G.A., sez. giur., 24 dicembre 2002, n. 692), in *Urb. App.*, 2003, 711 ss.
- VOLPE C., *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustamm.it, n. 10/2011
- VOLPE C., *La nuova normativa sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, in www.giustamm.it, n. 1/2013

VOLPE C., *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, n. 11/2013

ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto Costituzionale. Le Fonti*, Torino, 1987

ZAVATTONI G., *La direttiva gas e l'accesso dei terzi alla rete*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1998, 759 ss.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare articoli 101 (ex art. 81 TCE), 102 (ex art. 82 TCE), 107 (ex art. 87 TCE)

Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

Libro verde COM/1996/583, *Public Procurement in the European Union – Exploring the way forward*, presentato a Bruxelles il 27 novembre 1996

Libro bianco COM/1998/143 *Public Procurement in the European Union*, presentato a Bruxelles l'11 marzo 1998

Libro verde COM/2004/327 relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, presentato a Bruxelles il 30 aprile 2004

Legge 8 giugno 1990, n. 142 (ordinamento delle autonomie locali)

Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (testo unico sugli enti locali)

Legge 28 dicembre 2001, n. 448 (finanziaria 2002)

Decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture)

Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani), convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, con particolare riferimento al suo articolo 13

Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008), in particolare articolo 3, commi da 27 a 32

Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133

Decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito in legge 28 gennaio 2009, n. 2

Legge 18 giugno 2009, n. 69

Decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102

Decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122

Decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168

Legge 13 dicembre 2010, n. 220 (legge di stabilità 2011)

Decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111

Decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 (c.d. manovra di ferragosto), convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148

Legge 12 novembre 2011, n. 183 (c.d. legge di stabilità 2012)

Decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214

Decreto legge 29 dicembre 2011, n. 216 (c.d. mille proroghe), convertito in legge 24 febbraio 2012, n. 14

Decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. decreto “Cresci Italia” sulle liberalizzazioni), convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27

Decreto legge 2 marzo 2012, n. 16, convertito in legge 26 aprile 2012, n. 44

Decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 (misure urgenti per la crescita del Paese, c.d. decreto sviluppo), convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134

Decreto legge 6 luglio 2012, n. 95 (c.d. *spending review bis*), convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135

Decreto legge 10 ottobre 2012, n. 174 (c.d. decreto taglia spese per gli enti locali), convertito in legge 7 dicembre 2012, n. 213

Decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, c.d. decreto sviluppo *bis*), convertito in legge 17 dicembre, n. 221

Decreto legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito con modificazioni dalla legge 30 ottobre, n. 125

Legge 27 dicembre 2013, n. 147 (c.d. legge di stabilità 2014)

GIURISPRUDENZA

Corte di giustizia CE, sentenza *Commissione c. Francia* del 4 aprile 1974, causa C-167/73

Corte di giustizia CE, sentenza *Parlamento c. Consiglio* del 22 maggio 1985, C-13/83

Corte di giustizia CE, sentenza *Ministere public c. Lucas Asjes c.a.* del 30 aprile 1986, C-209/84 e C-213/84

Corte di giustizia CE, sentenza *Ahmed Saeed Flugreisen* dell'11 aprile 1989, causa C-66/86

Corte di giustizia CE, sentenza *Commissione c. Germania* del 20 settembre 1990, C-5/89

Corte di giustizia CE, sentenza *Arnhem* del 10 novembre 1998, causa C-360/96

Corte di giustizia CE, sentenza *RI.SAN.* del 9 settembre 1999, causa C-108/98

Corte di giustizia CE, sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, causa C-107/98

Corte di giustizia CE, sentenza *Commissione c. Francia* del 1 febbraio 2001, causa C-237/99

Corte di giustizia CE, sentenza *Aéroports de Paris* del 24 ottobre 2002, causa C-82/01

Corte di giustizia CE, sentenza *Universale-Bau AG* del 12 dicembre 2002, causa C-270/99

Corte di giustizia CE, sentenza *Adolf Truley GmbH* del 27 febbraio 2003, causa C-373/00

Corte di giustizia CE, sentenza *Commissione c. Germania* del 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01

Corte di giustizia CE, sentenza *Korhonen et al.* del 22 maggio 2003, C-18/01

Corte di giustizia CE, sentenza *Altmark Trans GmbH* del 24 luglio 2003, causa C-280/00

Corte di giustizia CE, sentenza *Stadt-Halle* dell'11 gennaio 2005, causa C-26/03

Corte di giustizia CE, sentenza *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005, causa C-458/03

Corte di giustizia CE, sentenza *ANAV* del 6 aprile 2006, causa C-410/04

Corte di giustizia CE, sentenza *ASEMFO* del 19 aprile 2007, causa C-295/2005

Corte di giustizia CE, sentenza *Plantanol GmbH* del 10 settembre 2009, C-201/08

Corte di giustizia CE, sentenza *Acoset s.p.a.* del 15 ottobre 2009, causa C-196/08

Corte di giustizia UE, sentenza *Econord s.p.a. c. Comune di Varese* del 19 luglio 2012, cause C-182/11 e C-183/11

Corte di giustizia UE, sentenza *Leipzig-Halle* del 19 dicembre 2012, causa C-288/11

Corte di giustizia UE, sentenza *Commissione c. Italia* 3 ottobre 2013, C-369/11

Corte costituzionale, 10 febbraio 1997, n. 40

Corte costituzionale, 7 febbraio 2000, n. 31

Corte costituzionale, 22 novembre 2000, n. 525

Corte costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272

Corte Costituzionale, 6 luglio 2006, n. 267

Corte Costituzionale, 24 luglio 2009, n. 237

Corte Costituzionale, 6 novembre 2009, n. 284

Corte costituzionale 17 novembre 2010, n. 325

Corte costituzionale, 26 gennaio 2011, n. 24

Corte costituzionale, 15 marzo 2012, n. 148

Corte costituzionale, 27 giugno 2012, n. 166

Corte costituzionale, 20 luglio 2012, n. 199
Corte costituzionale, 20 marzo 2013, n. 46
Corte costituzionale, 23 luglio 2013, n. 229
Corte di Cassazione, sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991
Corte di Cassazione, sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667
Corte di Cassazione, sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899
Corte di Cassazione, sez. un., 12 ottobre 2004, n. 20132
Corte di Cassazione, sez. un., 1 marzo 2006, n. 4511
Corte di Cassazione, sez. un., 20 giugno 2006, n. 14101
Corte di Cassazione, sez. un., 20 giugno 2006, n. 14103
Corte di Cassazione, sez. un., 27 settembre 2006, n. 20886
Corte di Cassazione, sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22513
Corte di Cassazione, sez. un., 25 gennaio 2007, n. 1377
Corte di Cassazione, sez. un., 15 febbraio 2007, n. 3367
Corte di Cassazione, sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806
Corte di Cassazione, sez., un., 1 giugno 2010, n. 13330
Corte di Cassazione, sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20940
Corte di Cassazione, sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20941
Corte di Cassazione, sez. un., 9 marzo 2012, n. 3692
Corte di Cassazione, sez. un., 31 luglio 2012, n. 13619
Corte di Cassazione, sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283
Consiglio di Stato, ad. gen., 16 maggio 1996, n. 90
Consiglio di Stato, sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82
Consiglio di Stato, ad. plen., 22 aprile 1999, nn. 4 e 5
Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2000, n. 2078
Consiglio di Stato, sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090
Consiglio di Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303
Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418
Consiglio di Stato, sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182
Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308
Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369
Consiglio di Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456
Consiglio di Stato, sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5569
Consiglio di Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1

Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603
Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824
Consiglio di Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555
Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766
Consiglio di Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4890
Consiglio di Stato, sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 5987
Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7393
Consiglio di Stato, sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488
TAR Lombardia, sez. Brescia, 8 marzo 2004, n. 203
TAR Lombardia, sez. Brescia, 26 marzo 2004, n. 254
TAR Lombardia, sez. Milano, 9 gennaio 2007, n. 4
TAR Lombardia, sez. Brescia, 27 dicembre 2007, n. 1373
TAR Liguria, sez. II, 18 gennaio 2012, n. 111
Corte dei conti, sez. I app., 3 novembre 2005, n. 356
Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, 12 dicembre 2005, n. 733
Corte dei conti, sez. II app., 20 marzo 2006, n. 145
Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, 12 ottobre 2006, n. 533
Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 20 dicembre 2006, n. 26
Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 17 gennaio 2007, n. 2
Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 18 ottobre 2007, n. 46
Corte dei conti, sez. contr. Puglia, 27 maggio 2008, n. 15
Corte dei conti, sez. aut., 18 settembre 2008, n. 13
Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 17 marzo 2009, n. 195
Corte dei conti, sez. contr. Emilia-Romagna, 26 gennaio 2010, n. 17
Corte dei conti, sez. contr. Piemonte, 2 marzo 2010, n. 14
Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 26 luglio 2010, n. 830
Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 18 ottobre 2010, n. 959
Corte dei conti, sez. contr. Campania, 8 febbraio 2011, n. 98
Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 14 marzo 2011, n. 124
Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 30 marzo 2011, n. 156
Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 14 giugno 2011, n. 358
Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 8 novembre 2011, n. 570
Corte dei conti, sez. aut., 28 dicembre 2011, n. 14
Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 19 gennaio 2012, n. 7

Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 23 aprile 2012, n. 147

Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 7 novembre 2012, n. 506