

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN ISTITUZIONI, MERCATI E TUTELE
INDIRIZZO DIRITTO AMMINISTRATIVO

XXIV Ciclo

IUS/10
12/D1

**LE SOCIETÀ A CAPITALE PUBBLICO LOCALE PER I SERVIZI PUBBLICI
LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA: CONDIZIONI PER LA
COSTITUZIONE E IL MANTENIMENTO, E LIMITI OPERATIVI**

TESI DI DOTTORATO

Presentata da: dott.ssa MICOL ROVERSI MONACO
Mat. 0000380456

Coordinatore Dottorato
Chiar.mo prof. FRANCO MASTRAGOSTINO

Relatore
Chiar.mo prof. MARCO DUGATO

Esame finale anno 2012

INDICE

Premessa	5
----------------	---

Capitolo I

L'organizzazione dei servizi pubblici locali dopo le riforme

1.1. I limiti all'autoproduzione.....	9
1.2. La liberalizzazione	
1.2.1. Dalla concorrenza "per il mercato" ...	19
1.2.2. ...alla concorrenza "nel mercato".....	28
1.2.3. La nozione attuale di servizio pubblico locale.....	38
1.3. Gli ambiti territoriali di organizzazione del servizio.	42
1.4. Le esigenze di contenimento della spesa pubblica locale.	48

Capitolo II

Società a capitale pubblico-privato con socio privato operativo scelto mediante gara

2.1. La società mista come forma ordinaria di gestione dei servizi pubblici locali. 65	
2.1.1. La società mista come risultato della dismissione di partecipazioni in società <i>in house</i>	78
2.2. L'esclusione delle società miste dai limiti operativi posti ai soggetti affidatari diretti.	79

2.3. I limiti operativi insiti nel modello: la gara “a doppio oggetto” e l’oggetto sociale esclusivo.	83
--	----

Capitolo III

Società in house

3.1. Le condizioni per l’affidamento del servizio a società <i>in house</i> : la società <i>in house</i> come forma di gestione derogatoria.	87
3.2. L’ <i>in house</i> di ambito.	98
3.3. L’attività prevalente come requisito per l’affidamento diretto di servizi alle società <i>in house</i>	103
3.4. I limiti operativi stabiliti dal legislatore.	
3.4.1. Esame degli analoghi limiti posti alle società strumentali dall’art. 13 del decreto Bersani.	111
3.4.2. I limiti operativi per le società affidatarie dirette di servizi pubblici locali.	123
3.4.3. L’applicazione dei divieti al gruppo societario.....	126
3.5. Le società <i>in house</i> nella giurisprudenza della Corte Costituzionale....	128

Capitolo IV

Società a capitale pubblico locale concorrenti a procedure ad evidenza pubblica per il conferimento della gestione di servizi pubblici locali, e società a capitale pubblico locale eroganti servizi liberalizzati

4.1. La possibilità per le società affidatarie dirette di servizi pubblici locali di concorrere a gare.	
4.1.1. Analisi delle previsioni normative.....	139
4.1.2. Le problematiche: la mancanza di alterità rispetto all’ente affidante e la possibile rottura del vincolo funzionale.	145

4.2. La possibilità per le società a capitale interamente pubblico di partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, in assenza di divieti previsti dalla legge. 149	
4.3. Le società miste quotate.....	151
4.4. Sulla possibilità di costituire o assumere partecipazioni in società non affidatarie dirette e la configurabilità di società a capitale pubblico locale eroganti servizi liberalizzati.....	154
4.5. <i>Par condicio</i> e conflitti di interesse nelle procedure ad evidenza pubblica cui concorrano società a partecipazione pubblica.	164
4.6. La questione della natura delle società a partecipazione pubblica e del relativo regime, e la distinzione tra società “di mercato”, svolgenti attività di impresa, e società “semi-amministrazioni”, svolgenti attività amministrativa in forma privatistica.	168
4.7. Il vincolo funzionale.	179
4.7.1. Il limite funzionale per le spese facoltative degli enti locali.	181
4.7.2. Il limite funzionale per le aziende speciali.	185
4.7.3. Il limite funzionale per le società locali.....	192
Osservazioni conclusive	205
Bibliografia	207

Premessa

A partire dal 2008 si sono susseguiti rilevanti mutamenti del quadro normativo in materia di servizi pubblici locali: si è circoscritta la possibilità di autoprodurre il servizio tramite società *in house*, si è configurata come residuale l'attribuzione di diritti di esclusiva, si è spostata l'organizzazione del servizio a livello sovracomunale.

Queste novità legislative si inseriscono nell'attuale panorama di crisi economico-finanziaria, la cui conseguenza immediata è stata l'emanazione di disposizioni in materia di società a partecipazione pubblica locale con cui, in taluni casi, si sono incentivate e imposte dismissioni e si è vietata la costituzione e l'assunzione di partecipazioni in società, tanto che si è parlato di tramonto delle partecipazioni pubbliche¹. Tale situazione ha anche accentuato già avvertite esigenze "moralizzatrici"², che hanno condotto a estendere a tali società aspetti della disciplina pubblicistica relativa ai contratti e al reclutamento del personale.

Contestualmente, l'ordinamento, a talune condizioni, pare consentire alle società locali di collocarsi come operatori sul mercato; su questo versante si aprono le questioni attinenti al rispetto dell'ordinamento europeo, relativamente alla tutela della concorrenza e ai principi collegati alle libertà di circolazione.

L'interesse per la presente ricerca, che ha come oggetto e filo conduttore l'analisi del ruolo attuale della partecipazione pubblica locale in società per l'erogazione di servizi di rilevanza economica, è quindi dato da questo nuovo contesto normativo, che ha manifestato pienamente la caratteristica "instabilità"³ di disciplina dei servizi pubblici locali.

L'indagine si è focalizzata sulle condizioni di costituzione e di mantenimento di tali società, e si è approfondito quel particolare aspetto del loro regime giuridico costituito dai limiti operativi, intesi come limiti all'azione, cioè alla possibilità di

¹ C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Munus*, 2011, p. 427 ss.

² M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, p. 7.

³ F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, pp. 7-12, che ne indica, tra le cause, la mancata percezione della distinzione tra cittadino e utente, da cui è conseguita una gestione con criteri politico-amministrativi e non economico-aziendali, e la tesi che la pretesa alle prestazioni di pubblici servizi fosse un diritto non delimitabile nell'ambito di compatibilità economiche generali e dell'equilibrio dei bilanci aziendali.

estendere l'attività sociale dal punto di vista dei possibili destinatari e contraenti e dal punto di vista dei servizi e delle attività.

Questo profilo, già in parte considerato dal passato dibattito sulla partecipazione di società a capitale pubblico locale a gare *extra moenia*, assume centrale rilievo, tra gli elementi di diritto speciale applicabile a queste società. Infatti, per un verso, derivando dalla funzionalizzazione delle società costituite o partecipate da enti pubblici territoriali, è legato al tema della funzionalizzazione dell'attività privata degli enti pubblici e quindi a quello della costituzione e assunzione di partecipazioni in società da parte degli enti locali. Per altro verso, laddove i limiti operativi rispondono alla necessità di evitare distorsioni della concorrenza conseguenti alla partecipazione a gare di società a capitale pubblico, rappresentano un caso di interesse per verificare in che modo tradurre esigenze poste dal diritto europeo.

L'esame è stato condotto senza aprioristici condizionamenti delle due contrapposte linee di pensiero, "mercatismo" e "statalismo", per la gestione privata o per la gestione pubblica, con la consapevolezza che pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali sono alternative la cui bontà per l'interesse pubblico dipende innanzitutto dalle persone che ne fanno parte⁴.

La tesi è stata quindi suddivisa in quattro capitoli.

⁴ Interessanti sono le considerazioni svolte agli inizi del secolo passato da U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, 1915, p. 286, che dopo aver elencato i vantaggi e gli inconvenienti della municipalizzazione concludeva affermando che i rischi di questa erano comparabili a quelli delle gestioni private, perché "con la municipalizzazione non si evitano le frodi nella gestione dei pubblici servizi: alle frodi dei concessionari e degli appaltatori semplicemente si sostituiscono le frodi degli impiegati delle aziende municipali". Così CRESPI, *Vita comunale inglese ed americana*, in *Autonomia comunale*, 1907, p. 286, richiamato dall'Autore, riconosceva che "tecnicamente l'impresa pubblica non differisce dall'impresa privata; essa non ne differisce che per i fini che si propone. In conseguenza il suo successo è condizionato da tutte le condizioni da cui è condizionato il successo di ogni impresa privata: esso richiede che i direttori, i funzionari, gli operai siano i più capaci ed onesti: esso richiede che i rappresentanti della città siano capaci di sceglierli, di criticarli, di controllarli, di stimolarli, di spremere da essi tutto ciò che essi sanno dare; esso richiede che i cittadini sappiano scegliere nel proprio seno coloro che saranno più adatti a questa funzione e nel mentre sappiano criticarli, sappiano pure rispettarli (...). È tempo che si capisca che la municipalizzazione dà buoni risultati solo dove e nella misura in cui ci sono l'educazione civica delle masse e le attitudini governanti nelle classi dirigenti".

Nel primo, una sorta di introduzione al tema, si analizzano elementi che toccano l'organizzazione dei servizi pubblici locali e incidono sulla possibilità di costituire e mantenere società locali per l'erogazione di servizi pubblici locali: i limiti all'autoproduzione, la liberalizzazione, gli ambiti territoriali di organizzazione del servizio e le esigenze di contenimento della spesa locale; trattando di quest'ultimo argomento si esaminerà anche la questione del mantenimento e della costituzione di società *holding*.

Gli altri tre capitoli sono dedicati all'individuazione delle condizioni di costituzione e di mantenimento e dei limiti operativi delle società oggetto dell'analisi. Se ne sono distinte quattro tipologie: nel caso di servizi gestiti in regime di esclusiva, le società a capitale pubblico-privato con socio privato operativo scelto mediante gara, le società *in house* affidatarie dirette, e le società affidatarie in quanto selezionate con procedure ad evidenza pubblica; nel caso di servizi sottratti al regime di esclusiva, le società che erogano il servizio liberalizzato.

Le prime due tipologie societarie sono previste e disciplinate come forme di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, e sono oggetto dei primi due capitoli; nel capitolo dedicato alle società *in house*, inoltre, si toccherà anche il tema delle società a capitale interamente pubblico proprietarie delle reti.

Le altre tipologie societarie, invece, sono trattate unitariamente nel quarto capitolo. In questo si sono considerate le ipotesi in cui il legislatore ha previsto che società affidatarie dirette, società a capitale interamente pubblico, e società miste quotate concorrano a procedure competitive ad evidenza pubblica per il conferimento della gestione di servizi pubblici locali.

Si è, quindi, vagliata la possibilità per l'ente locale di costituire o assumere partecipazioni *ex novo* in società non destinatarie di affidamento diretto, e la configurabilità di società a capitale pubblico locale destinate a operare nel mercato liberalizzato dei servizi. Ciò, alla luce delle letture giurisprudenziali e dottrinali dei limiti funzionali dell'attività di impresa di enti pubblici; verificata, poi, l'assenza di limiti operativi positivamente stabiliti in capo a queste ultime società, in quanto non destinatarie di affidamento diretto, si è prospettata una possibile lettura del rispetto da parte di queste del vincolo funzionale.

CAPITOLO I

L'organizzazione dei servizi pubblici locali dopo le riforme

1.1. I limiti all'autoproduzione.

Uno dei più rilevanti contenuti della riforma della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica operata con il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito da l. 6 agosto 2008, n. 133, è stata la configurazione dell'affidamento a società *in house* come forma di gestione derogatoria.

Nel presente paragrafo si indicheranno le ragioni di questa previsione (che nei contenuti sarà analizzata *infra*, nel par. 3.1), e dunque il fondamento costituzionale che ha permesso al legislatore statale di incidere in modo siffatto sulla potestà organizzativa degli enti locali.

La difficoltà di apertura al mercato è stata indicata⁵ come caratteristica dei servizi pubblici locali, in cui i casi di affidamento a società *in house* e miste sono stati più numerosi rispetto a quelli di esternalizzazione del servizio.

⁵ Cfr. F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, p. 37 ss.; M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004, p. 110 ss., rileva che il processo di privatizzazione formale delle imprese pubbliche non ha portato all'ingresso di soci privati all'interno di società, il cui proprietario nella maggior parte dei casi è rimasto pubblico, e ha permesso invece di entrare in nuove attività (per esempio nel settore delle telecomunicazioni); R. COSTI-M. MESSORI, *Per lo sviluppo. Un capitalismo senza rendite e con capitale*, Bologna, 2005, p. 227 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; F. CINTIOLI, *Quale potere pubblico nei servizi pubblici locali? Il rischio dello statalismo*, relazione alla tavola rotonda organizzata dalla Fondazione Magna Carta, *La riforma dei servizi pubblici locali. Un'occasione per l'impresa e per le istituzioni locali*, Roma, 27 aprile 2007, osserva anche che le gare che si sono celebrate non sono sempre state espletate con i criteri e le condizioni necessarie per favorire la competizione tra le imprese aspiranti, e che l'assenza di una definizione normativa di servizio pubblico locale e l'ampia discrezionalità lasciata alle autonomie territoriali dal T.U.E.L. di determinarne in concreto le ipotesi, avrebbe permesso molto spesso agli enti locali di ricondurre sotto tale disciplina attività economiche reperibili sul mercato, mascherate da servizi pubblici al fine di aggirare le regole comunitarie sulla concorrenza; Id. *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, p. 237 ss.; G. NAPOLITANO, *La difficile apertura dei servizi pubblici all'iniziativa economica privata*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnolo Vigorita*, Vol. II, Napoli, 2007.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva preso atto di tale realtà, fornendo indicazioni interpretative tese al suo superamento: ha esortato le autonomie territoriali a ridurre i confini del servizio pubblico locale, considerando la scelta discrezionale dell'ente locale di assumere come servizio pubblico un'attività economica assicurata da imprese private già presenti sul mercato, giustificata solo in presenza di presupposti e limiti stringenti di cui dare pieno e circostanziato conto nella delibera di assunzione⁶; e ha invitato a limitare il ricorso all'affidamento diretto, giustificato solo laddove fondato su ragioni di economicità, efficienza ed efficacia⁷.

Alla radice di questo fenomeno⁸, non solo italiano⁹, la disciplina sulla municipalizzazione dei pubblici servizi delineata dalla l. 29 marzo 1903, n. 103.

A motivare l'intervento pubblico era l'esistenza di situazioni di monopolio naturale, che portavano a preferire l'impresa pubblica alla privata perché questa, perseguendo l'obiettivo del profitto, avrebbe richiesto ai cittadini-utenti prezzi più alti; e, in generale, il perseguimento di fini politico-sociali, come la redistribuzione del reddito sotto forma dell'assegnazione di beni o servizi a favore delle classi meno abbienti, la promozione dello sviluppo economico di regioni arretrate, l'assicurazione della forza lavoro oltre i limiti di profittabilità dell'impresa.

⁶ Parere 2 aprile 1998.

⁷ Parere 19 marzo 1998 e parere 26 novembre 1998. In questo senso anche il parere del 19 settembre 2005, in cui rileva che “sul territorio nazionale continua a riscontrarsi una frequente elusione del ricorso all'esperimento di gare”, soprattutto nel settore dei servizi idrici.

⁸ E. GIARDINA, *Società miste e finanza locale*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali. Atti del convegno, Messina, 22-23 Novembre 1996*, Milano, 1999, p. 47.

⁹ Paradigmatiche sono le osservazioni del Comitato delle regioni dell'Unione europea, ad esempio nel parere del 23 febbraio 2005 in merito al *Libro bianco sui servizi di interesse generale* del 2004, in cui si avverte della necessità che la disciplina comunitaria non applichi ai servizi pubblici la regola della concorrenza in modo rigido. In questo si sollecita a precisare meglio il concetto di “incidenza sugli scambi”, che condiziona l'applicazione delle regole della concorrenza ai servizi di interesse generale, e a definire alcuni principi comuni. Tra questi, in particolare, il diritto degli enti locali e regionali all'autoproduzione di servizi di interesse economico generale, e criteri per distinguere fra servizi di interesse generale economici e non economici: “alla luce della recente giurisprudenza, che limita notevolmente la nozione di gestione diretta dei servizi pubblici da parte di un ente territoriale, la Commissione dovrebbe proporre un emendamento alla legislazione sugli appalti pubblici onde definire la gestione diretta in modo maggiormente adeguato alla realtà dell'autonomia locale”. In questo atto il Comitato esprime anche la preoccupazione che sulla giusta protezione dei servizi di interesse generale prevalga la tendenza ad applicare le regole del mercato interno: “infatti, ad esclusione dei servizi forniti gratuitamente dalle autorità pubbliche nel quadro dell'esercizio delle loro missioni, ogni servizio di interesse generale può presentare un aspetto economico”.

L'impresa pubblica, non incontrando necessariamente il vincolo del pareggio di bilancio, poteva addossarsi costi aziendali non consentiti ai privati, ponendoli a carico dell'ente pubblico. Quindi, la gestione pubblica era preferita non perché "il Comune fosse un buon industriale", ma perché nella gestione di quei servizi si richiedeva spesso "un così alto grado di interessamento sociale che non può trovarsi in un imprenditore privato, essendo di frequente in contrasto con le finalità che questi, logicamente dal punto di vista egoistico, deve perseguire"¹⁰.

E infatti, all'inizio del Novecento le imprese private apparivano non adatte e sufficienti a soddisfare i bisogni della vita municipale; in una realtà in cui prevaleva, in tutta l'Europa continentale, il sistema delle concessioni, si osservava¹¹ che questo fosse ormai condannato dall'esperienza, "come quello che è contrario agli interessi dell'amministrazione e del pubblico, e dà luogo alle maggiori difficoltà e controversie"; soprattutto sul piano delle tariffe, si rilevava che gli strumenti per regolarle non raggiungessero gli scopi di soddisfare i bisogni pubblici evitando i danni del monopolio.

Si auspicava, così, l'esercizio diretto, finalizzato ad "assicurare alla popolazione i benefici della regolarità e del buon mercato, conformemente ai bisogni dei vari luoghi, compensando, ove occorre, le perdite di alcuni quartieri coi guadagni degli altri, e distruggendo fin dalle radici i mali della speculazione privilegiata"; l'esercizio pubblico, come avrebbero dimostrato i risultati economici conseguiti¹², sarebbe stato uno dei più efficaci mezzi di miglioramento delle amministrazioni e finanze locali; e i guadagni si sarebbero destinati a scopi di pubblica utilità, a sgravio di imposte, e a riduzione dei prezzi per i consumatori.

Nel sistema introdotto con la l. n. 142 del 1990, così, si era attribuito ruolo centrale all'azienda speciale, diretto antecedente della società *in house*, individuata come forma ordinaria di gestione del servizio pubblico locale. Le altre forme di gestione, infatti, erano subordinate alla presenza di determinati presupposti per il loro utilizzo: la gestione in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non fosse opportuno costituire un'istituzione o un'azienda; la concessione a terzi, quando sussistessero ragioni tecniche,

¹⁰ U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, cit., p. 270.

¹¹ G. RICCA SALERNO, *Finanze locali*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IX, Milano, 1915, p. 782.

¹² Cfr. G. RICCA SALERNO, op. cit., p. 762-772, in cui si richiamano i dati dei servizi gestiti direttamente in Inghilterra, negli Stati Uniti, in Belgio, in Francia, e nei pochi Comuni italiani che all'epoca avevano optato per la gestione diretta.

economiche e di opportunità sociale; la società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, qualora fosse opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati.

La situazione attuale è mutata, poiché da un lato, gli operatori economici privati non presentano più, rispetto a tale settore, una scarsa capacità di intervento, a causa di fattori innovativi esterni come la globalizzazione e l'innovazione tecnologica¹³. Dall'altro, sui bilanci delle società pubbliche, in molti casi, hanno inciso gestioni inefficienti piuttosto che scelte tariffarie dettate da esigenze sociali.

Di questa prospettiva cambiata si è fatto interprete il legislatore che, sotto forma di disposizioni a tutela della concorrenza¹⁴, ha introdotto limitazioni alla possibilità di gestire il servizio tramite società *in house*.

Ciò si è fatto in maniera meno drastica rispetto alla riforma apportata dalla l. 28 dicembre 2001, n. 448, abrogata dopo breve tempo dal d.lgs. 30 settembre 2003, n. 269, che imponeva l'esternalizzazione dei servizi: si è cioè positivizzata l'idea di derogatorietà dell'*in house* rispetto alla procedura competitiva ad evidenza pubblica per la scelta del gestore.

Questa è stata una tra le più significative novità dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, che, superando la parificazione tra le forme di gestione dei servizi pubblici locali presente nell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ha previsto che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali deve avvenire "in via ordinaria, mediante procedure competitive ad evidenza pubblica".

L'affidamento diretto viene configurato nei commi 3 e 4 del medesimo articolo come ipotesi derogatoria, possibile solo in presenza di "situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato",

¹³ G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, p. 165 ss.; ID, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, I, 2011, p. 42.

¹⁴ Che invece sembrerebbe aver risentito di un mutamento di opinione pubblica, la cui fiducia nella concorrenza, quale fattore indispensabile per favorire la crescita della produttività, dell'occupazione e del benessere dei consumatori, è stata indebolita dalla crisi economica mondiale, come riconosciuto da J. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, 1, pp. 7-22, richiamato G. NAPOLITANO, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Economia dei servizi*, 2010, 3, p. 437 ss., che osserva però che "sottovalutare le ragioni della concorrenza, magari in nome della crisi, può essere controproducente".

da esplicitare nella motivazione della scelta di procedere a questo tipo di affidamento. La motivazione, effettuata in base ad un'analisi di mercato, si è previsto che dovesse essere adeguatamente pubblicizzata e trasmessa all'Autorità garante della concorrenza e del mercato chiamata a rendere un parere preventivo, obbligatorio ma non vincolante.

La volontà perseguita dal legislatore è stata individuata¹⁵ nell'esigenza di evitare che la scelta dell'ente locale risponda a logiche politico-clientelari invece che di efficienza economica, e il ruolo rivestito dall'Autorità garante è stato descritto come svolgimento di una "opera di educazione al valore della concorrenza"¹⁶, atta a indirizzare le scelte degli enti locali in materia di gestione dei servizi, in molti casi, invece, dipendenti esclusivamente da considerazioni di ordine politico e da esigenze di continuità amministrativa.

Quasi la totalità dei pareri resi dall'Autorità sono stati negativi: poiché l'ente locale non aveva dimostrato le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento legittimanti l'*in house*, poiché l'amministrazione si era limitata a fornire motivazioni di carattere qualitativo, poiché non si era data adeguata pubblicità alla scelta dell'affidamento *in house*. I pochi pareri positivi all'affidamento *in house* sono stati relativi a mercati di esiguo valore economico, casi in cui non si è reputata necessaria la verifica della disponibilità di gestori privati.

Il legislatore, dopo aver subordinato (con l'art. 15, comma 1, lett. *b*, del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, da l. 20 novembre 2009, n. 166) l'obbligatorietà della descritta procedura consultiva al superamento di soglie indicate nel regolamento attuativo, D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, ha poi positivizzato il criterio risultante dai pareri dell'Autorità, con una sorta di presunzione di mancanza di mercato nei casi di esiguo valore del servizio: infatti, l'art. 4, co. 13, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito da l. 14 settembre 2011, n. 148, attualmente prevede che l'affidamento a società *in house* può essere effettuato solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui¹⁷.

¹⁵ G. NAPOLITANO, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, cit.

¹⁶ G. NAPOLITANO, op. ult. cit., p. 445.

¹⁷ Inoltre, ai sensi dell'art. 3-*bis*, comma 3, del medesimo decreto legge, "a decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6

Questa previsione è stata oggetto di critiche di una parte della dottrina¹⁸.

In relazione, in particolare, all'*incipit* dell'art. 23-bis, che apriva affermando che “le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale” – come la rubrica dell'art. 4, “Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al *referendum* popolare e alla normativa dell'Unione europea” – si è sottolineato che la disciplina comunitaria e tali principi non esigono l'esternalizzazione.

Questi principi, infatti, nel caso di autoproduzione attraverso società *in house* non solo non sono violati, ma non sono nemmeno applicabili, perché non vi è ricorso al mercato, a un soggetto esterno, non essendovi un contratto tra soggetti giuridici distinti, che è presupposto per l'applicazione della disciplina europea dei contratti pubblici: le procedure competitive ad evidenza pubblica valgono ad evitare distorsioni della concorrenza tra le imprese che aspirano all'incarico, e per questa ragione il confronto trasparente e imparziale tra gli aspiranti è regola che deve essere osservata dall'ente che aggiudica, ma da questa regola non discende la necessità che l'ente si faccia aggiudicatore¹⁹.

luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. A tal fine, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell'ambito dei compiti di tutela e promozione della concorrenza nelle regioni e negli enti locali, comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità”.

¹⁸ F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, p. 245 ss.

¹⁹ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrazione*, 2010, 3, p. 366. Tanto più che vi sono proprio disposizioni comunitarie che prevedono l'*in house*, come il regolamento in materia di trasporti pubblici, 23 ottobre 2007, n. 1370, nell'art. 5, co. 2: “a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello

Si è, così, osservato che il diritto comunitario non limita la facoltà dei poteri pubblici di svolgere attività economiche per mezzo di una organizzazione propria, sia per le attività che si svolgono su mercati aperti, sia per quelle che si esercitano in condizioni di esclusiva; che il diritto comunitario non esprime sfavore per l'operatore economico pubblico; ciò che esso esige è che tale qualità non gli conferisca indebiti vantaggi nei confronti dei concorrenti, poiché la qualità di operatore pubblico non deve dare origine a distorsioni della concorrenza quando esso esercita l'attività economica in mercati che sono aperti alla concorrenza.

Affermazione ricorrente nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea sull'*in house providing*, è, infatti, che "l'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico su essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi"²⁰. Allo stesso modo nel *Libro verde sul partenariato pubblico-privato*, si asserisce: "[il *Libro verde*] si colloca a valle della scelta economica ed organizzativa effettuata da un ente locale o nazionale, e non può essere interpretato come un dibattito mirante a esprimere un apprezzamento generale riguardo alla scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici; tale scelta compete infatti esclusivamente alle autorità pubbliche. Il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non si esprime riguardo all'opzione degli Stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo"²¹.

Si parla, al proposito, di "neutralità comunitaria", espressa in più disposizioni. Nell'art. 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in avanti, TFU), che stabilisce che "il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente tra gli Stati membri"; nell'art. 14 del TFU, che stabilisce che "fatti salvi gli articoli 93, 106 e 107 del presente Trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente Trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di

locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture".

²⁰ Corte Giust., sez. I, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, in *Foro amm. CDS*, 2004, 3023, punto 48.

²¹ *Libro verde sul partenariato pubblico-privato*, punto 17.

assolvere i propri compiti”, e prevede che “il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”; nel protocollo n. 26 allegato al Trattato, contenente disposizioni interpretative sui servizi di interesse generale, che all’art. 1 specifica quali siano i valori comuni dell’Unione, cui il summenzionato art. 14 fa riferimento, e tra questi riconosce “il ruolo essenziale e l’ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti”.

Ma la disposizione che più di tutte prova la “neutralità comunitaria” con riferimento alle modalità di gestione dei servizi pubblici è l’art. 106 del TFU, che assoggetta le imprese esercenti servizi di interesse economico generale alle regole di concorrenza stabilite dai trattati, “nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”. Anche questi elementi sono stati alla base dei ricorsi alla Corte Costituzionale presentati da talune regioni, che avevano sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 per contrasto con la normativa comunitaria ed internazionale, in violazione del primo comma dell’art. 117 Cost. che vincola la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto dell’ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 17 novembre 2010, n. 325²², ha tuttavia dichiarato infondati tali motivi di ricorso, affermando che “le disposizioni censurate dalle ricorrenti non costituiscono né una violazione né un’applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, ma sono semplicemente con questa compatibili, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l’evocato primo comma dell’art. 117 Cost.” (punto 6).

Infatti, afferma la Corte, la scelta del legislatore italiano è una disciplina proconcorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario; non è da questo imposta - e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost. - ma neppure si pone in contrasto con esso, che, in quanto diretto a favorire l’assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. Secondo la Corte, è innegabile

²² In *Foro it.*, 2011, 5, I, 1332.

l'esistenza di un "margine di apprezzamento" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato.

Da ciò deriva che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali - come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici - di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario: "l'identità del "verso" delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto od incompatibilità"²³.

Esclusa l'incompatibilità con la disciplina comunitaria, e ricondotta la disposizione in esame alla materia di competenza legislativa statale esclusiva della tutela della concorrenza, si può osservare che questa disciplina proconcorrenziale ha come *ratio* anche il contenimento del proliferare di società a capitale pubblico locale.

Già relativamente alle municipalizzazioni dell'inizio del secolo scorso, si era affermato²⁴ che la produzione diretta municipale presentava alcuni inconvenienti e pericoli derivanti da difetti sostanziali: la naturale incapacità dell'ente pubblico di esercitare industrie, perché operante senza la spinta di un diretto interesse

²³ Peraltro, oltre a queste argomentazioni condivisibili, affermando che le ulteriori condizioni stabilite per l'affidamento a società *in house* comportano una restrizione delle ipotesi in cui questo è consentito e, quindi, "della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica", il che "comporta, evidentemente, un'applicazione più estesa di detta regola comunitaria, quale conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano", la Corte fa propria la visione secondo la quale l'*in house* è una deroga alla gara, e non un'eccezione, intesa come caso in cui non si applica l'evidenza pubblica perché non vi è ricorso al mercato. In tal modo si conferma la visione oramai maggioritaria della giurisprudenza. In questo senso, per esempio, il Consiglio di Stato ha escluso la possibilità di affidare *in house* lavori pubblici nel settore dei beni culturali (progettazione, manutenzione e restauro), in assenza di una espressa disposizione di legge idonea a consentirlo, argomentando che "si deve tenere presente che la Corte di Giustizia ha affermato che: i requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretati restrittivamente (Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C-410/04). Ciò significa che l'*in house* non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento".

²⁴ Secondo la ricostruzione di U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, cit., p. 282 ss., il quale osservava infine che sarebbe stato più appropriato chiedersi non se il Comune fosse un buon industriale, ma se dovesse sostituirsi all'industriale, non potendo assimilarlo a uno "speculatore dell'industria".

personale; il funzionarismo e l'eccesso di personale; la necessità di organi di controllo e di rigide forme burocratiche inconciliabili con l'agilità di azione necessaria; gli onerosi reclami e controversie con gli utenti.

Alcuni studi di economia pubblica²⁵ hanno, inoltre, posto in luce i benefici derivanti dalla separazione tra indirizzo e gestione del servizio pubblico: la privatizzazione sostanziale stimolerebbe, attraverso incentivi economici, l'impegno per l'efficienza organizzativa e l'innovazione, evitando le interferenze della politica, mossa più da convenienze elettorali che da ragioni di sana gestione, soprattutto in materia di politiche di personale.

Tuttavia, la scelta di una soluzione uniforme, di "automatismi impersonali"²⁶, non è stata esente da critiche, poiché effettuata senza considerare due elementi: il problema delle asimmetrie informative e il problema dei costi di transazione.

Il primo, rappresentato dalla non conoscenza, da parte dell'ente affidante, dei costi rilevanti per la definizione delle condizioni alle quali fornire il servizio, dovrebbe essere limitato dalla competizione tra gli aspiranti gestori, che dovrebbe avere l'effetto di avvicinare le condizioni di qualità e di prezzo che saranno praticate a quelle che si determinerebbero in un mercato di concorrenza. Tuttavia, ciò si verifica in una situazione ideale, in cui concorrono una pluralità di imprese idonee, non agenti in modo collusivo, in cui i fattori produttivi sono accessibili a tali imprese a prezzi formati su mercati di concorrenza, in cui l'ente aggiudicatore possiede competenze tecniche adeguate; in cui si rinnova frequentemente il confronto competitivo; tutte condizioni che non sono sempre presenti nella realtà degli enti locali.

Gli studi²⁷ che analizzano la seconda problematica, poi, riconoscono che vi sono casi nei quali è preferibile l'internalizzazione. Nell'esternalizzazione è, infatti, problematica la definizione del contenuto del contratto, sia per la non verificabilità (e quindi non contrattabilità) di alcuni elementi, sia per la necessità del loro adeguamento nel tempo; inoltre, vi sono difficoltà nel controllo sull'esatto

²⁵ A. BOITANI-A. PETRETTO, *I servizi pubblici locali tra governance locale e regolazione economica*, in Robotti (a cura di) *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2002, p. 38 e ss.

²⁶ Seguendo le considerazioni di F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, cit., p. 366.

²⁷ Che mettono a confronto vantaggi e svantaggi dell'alternativa, per acquisire i servizi necessari all'impresa, tra ricorso a fornitori esterni e internalizzazione, *make or buy*: O.E. WILLIAMSON, *the mechanisms of governance*, New York, 1996.

adempimento, tenuto conto anche della preparazione del personale a ciò preposto; l'efficacia degli incentivi ad adempiere, al fine di conservare il contratto, sarebbe poi indebolita dagli oneri connessi alla sostituzione del fornitore, tali che non si giunge alla risoluzione del contratto per inadempimenti non gravi; la periodica contendibilità dell'incarico non sempre costituisce un effettivo incentivo all'esatto adempimento e all'efficienza economica dello scambio che verrà negoziato in occasione della scadenza dell'incarico, sia per il vantaggio di fatto di cui gode il precedente fornitore, sia per il problema della sistemazione degli addetti al servizio, nel caso di sostituzione dell'impresa, che pone la difficile alternativa tra lasciare piena libertà all'impresa subentrante riguardo all'assunzione del personale addetto al servizio, con il rischio di perdita di capitale umano specializzato, o vincolarla all'assorbimento del personale, con il rischio che tale vincolo scoraggi i potenziali subentranti.

Queste criticità – è stato osservato²⁸ – assumono particolare rilievo nel caso dei servizi pubblici, non essendovi coincidenza tra il destinatario delle prestazioni e il soggetto che è controparte del gestore nel contratto di servizio: in questo caso è più difficile il monitoraggio dell'esatto adempimento del contratto; inoltre, quando si ricorre al mercato, le asimmetrie informative sarebbero aggravate, soprattutto nel caso di enti locali di dimensioni ridotte, dall'inadeguatezza delle strutture tecniche di supporto per la definizione del contenuto del contratto.

1.2. La liberalizzazione.

1.2.1. Dalla concorrenza “per il mercato”...

Il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, *convertito con l. 14 settembre 2011, n. 148*, ha inciso sul conferimento del diritto di esclusiva ai gestori di servizi pubblici locali,

²⁸ F. TRIMARCHI BANFI, op. ult. cit., p. 366, secondo la quale gli inconvenienti relativi al controllo sull'adempimento e all'asimmetria informativa potrebbero apparire attenuati nella gestione a mezzo di società mista, se, come sostenuto dal Consiglio di Stato, il socio pubblico potesse esercitare dall'interno il controllo sulla gestione; tuttavia, il diritto delle società per azioni e la qualità di “socio operativo” rivestita dal socio privato, paiono ridurre l'ipotetica influenza del socio pubblico nella gestione del servizio.

configurandolo come possibile solo nel caso in cui non sia realizzabile la “concorrenza nel mercato”.

In questo paragrafo ci si soffermerà su tale aspetto, esaminando le questioni inerenti la riserva di attività di servizio pubblico, individuando la posizione dell’ordinamento europeo, e dando lettura della nuova disciplina.

Il nostro ordinamento si è tradizionalmente caratterizzato per una disciplina della gestione dei servizi pubblici locali basata sull’affidamento del servizio da parte dell’ente pubblico, attraverso lo strumento concessorio, in seguito qualificato come “affidamento”, “conferimento della titolarità del servizio”, e, attualmente, “conferimento della gestione del servizio”²⁹.

In questo atto, solamente eventuale, e non essenziale, era il carattere monopolistico dell’attività di erogazione del servizio pubblico, cioè il diritto di esclusiva³⁰. Il legislatore stesso, poi, ha richiesto un’esplicita previsione legislativa della privativa: l’art. 22, co. 2, della l. n. 142 del 1990, infatti, precisava che “i servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge”³¹.

²⁹ In dottrina si è ravvisata in questa differente qualificazione anche una differente natura del rapporto che viene costituito: nel rapporto di concessione vi sono poteri del concedente di direttiva e di controllo; il rapporto tra affidante e affidatario è invece regolato dal contratto (F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, cit. p. 344).

³⁰ G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, p. 424; M. D’ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII; D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Digesto disc. pubbl.*, III, Torino, 1989; A. ROMANO TASSONE, *La concessioni a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. e governo locale*, 1992, p. 87; R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, p. 70-71, che conclude che per questo l’amministrazione giuridicamente non concede a terzi un’attività volta alla produzione di beni e servizi, poiché in assenza di monopolio ai terzi l’ordinamento già riconosce tale libertà, non concede un’attività riservata alla pubblica amministrazione, ma fonda una legittimazione ad agire in vece della pubblica amministrazione, costituendo nel concessionario la posizione di produttore propria della pubblica amministrazione, acquisendo la domanda di servizi che proviene degli utenti dei servizi pubblici.

³¹ In dottrina, cfr. G. RICCA SALERNO, *Finanze locali*, cit. p. 775; M. GALIZIA, *Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province*, in *Riv. amm.*, 1962, p. 89; A. TROCCOLI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Novissimo digesto*, X, Torino, 1964, p. 993; G. BOMBOI, *Codice della municipalizzazione*, Roma, 1979, p. 92.

U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, cit., p. 307, riconosceva che, siccome ogni monopolio contrasta con il principio della libera concorrenza, non può presumersi né ritenersi ammesso implicitamente, ma deve essere dichiarato dal legislatore. L’Autore, però, al tempo stesso riteneva che questo fosse un canone del diritto positivo, e dubitava del suo fondamento e dell’assimilazione tra servizi pubblici ed “industrie”, poiché “dal punto di vista logico, in materia di gestione di

Si era³², così, riconosciuto che, salve specifiche previsioni legislative di una riserva di attività, le iniziative degli enti locali nel campo dei servizi pubblici non avrebbero escluso analoghe e concorrenti iniziative private. Si affermava³³ che, ove la legge nulla disponesse riguardo al numero delle concessioni, “l’interpretazione da trarre è sempre quella che possono essere molte, anzi tante quante ne consente il soddisfacimento dei fini sociali connessi alla disciplina dell’attività”; e che allo stesso modo per i servizi che i Comuni potevano esercitare direttamente con diritto di privativa o che potevano dare in concessione, non si sarebbe trattato di concessioni limitate nel numero, cosicché ogni Comune avrebbe potuto rilasciare, per ciascun servizio, “tante concessioni quante ritiene giovevoli all’interesse pubblico”.

L’amministrazione avrebbe quindi potuto, anche in presenza di un monopolio naturale, attuare la competizione tra più concessionari o tra questi e il gestore pubblico, oppure limitare la gestione del servizio a un numero limitato di esercenti o limitarla a un solo produttore, al fine di concentrare su di esso l’esercizio dei propri poteri di direttiva e di vigilanza: ciò, in funzione della soddisfazione delle prestazioni che l’amministrazione voleva fossero erogate agli utenti³⁴.

Si era³⁵, in questo senso, criticato il disegno di legge che, intervenendo sulla l. n. 142 del 1990, avrebbe voluto prevedere esplicitamente la privativa per tutti i servizi pubblici locali, assimilando servizio pubblico assumibile e servizio

servizi pubblici si sarebbe presentato più naturale il monopolio dell’ente nel quale si impersona la collettività ai cui bisogni quei servizi soddisfano, che non il concorso di più attività private spesso da non altro guidate che da intenti di speculazione”.

La giurisprudenza, così, ha escluso la possibilità di istituire un servizio pubblico attraverso provvedimenti di natura amministrativa: in particolare, relativamente al servizio di trasporto funebre, si è affermato che l’art. 22 della l. n. 142 del 1990 avrebbe abrogato tacitamente l’art. 1, n. 8, del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, che demandava alla decisione dell’autorità amministrativa l’assunzione in privativa del servizio di trasporto funebre (parere dell’Autorità garante per la concorrenza e il mercato prot. n. 23629 del 14 luglio 1998; T.A.R. Parma, 24 gennaio 2002, n. 41, in *Foro amm. TAR*, 2002, 100; T.A.R. Campania, sez. I, 9 luglio 2003, n. 10768, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2332, confermata da Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7899, in *Foro amm. CDS*, 2004, 12, 3566; Cass. sez. I civ. 31 maggio 2005, n. 11503, in *Dir. e giust.*, 2005, 26, 77; T.A.R. Catania, sez. III, 30 ottobre 2007, n. 1753, in *Foro amm. TAR*, 2007, 10, 3290).

³² G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Regione e governo locale*, 1-2, 1992, p. 9 ss.

³³ U. POTOSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, pp. 445-446.

³⁴ R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, cit., p. 135.

³⁵ G. CAIA, op. ult. cit.

riservato, cioè in regime di monopolio pubblico locale. Secondo questa ricostruzione, infatti, il fondamento costituzionale dell'assunzione di servizi pubblici sarebbe stato l'articolo 41, nella parte in cui riconosce la libera iniziativa economica pubblica, e non l'articolo 43. Questo sarebbe stato invocabile solo nei casi di riserva stabiliti da legge, nel rispetto dei presupposti legittimanti tale scelta secondo il precetto costituzionale: il fine di utilità generale, il fatto che l'attività dell'impresa corrispondesse a un servizio pubblico essenziale oppure avesse ad oggetto fonti di energia oppure si svolgesse in situazioni di monopolio (di fatto), e il carattere di preminente interesse generale dell'impresa. Secondo questa visione, la previsione del monopolio locale per tutti i servizi pubblici assumibili sarebbe stata "antistorica" perché contrastante con le esigenze e le opportunità tecnologiche che avrebbero potuto invece agevolare e rendere economicamente concorrenziali e convenienti per le collettività analoghe iniziative private, impedendo, per legge economica, il raggiungimento della piena efficienza dei servizi e della soddisfazione degli utenti; ciò, inoltre, non avrebbe rispettato il principio di ragionevolezza; e una tal previsione sarebbe stata anche ultronea rispetto all'esigenza di fornire agli enti territoriali uno strumento per indirizzare e coordinare determinate attività, potendosi utilizzare poteri locali urbanistici, edilizi, di polizia locale e demaniale per assicurare che le attività economiche non si svolgessero in contrasto con le scelte locali.

Queste considerazioni, quindi, erano relative alla creazione di monopoli di diritto, costituenti un mezzo necessario per tutelare l'interesse generale, ma tra le cui motivazioni si rinveniva anche l'intento di procurare ai Comuni una risorsa economica facilmente realizzabile, ragioni di igiene e di decoro³⁶, la necessità di controllo³⁷, e la necessità di realizzare il finanziamento del servizio attraverso i sussidi incrociati³⁸, fra le prestazioni marginali ma socialmente giustificate, che non sarebbero state offerte in caso di normale funzionamento del mercato, e i sovrapprofitti provenienti dai segmenti di mercato più remunerativi.

³⁶ La prima motivazione si individuava alla base del servizio delle pubbliche affissioni, del peso pubblico e della misura pubblica dei cereali e del vino; le seconde, per i servizi di trasporto funebre, dei macelli, dei mercati (U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, cit., p. 308).

³⁷ Così per il servizio di gestione dei rifiuti.

³⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *Che cosa resta del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche*, in *www.federalismi.it*, 14, 2009.

Ma si è anche osservato³⁹ che diverso è il caso di monopoli di fatto, soprattutto nell'esercizio di servizi che richiedano grandi spese di impianto o l'impiego di elementi che per ragioni tecniche non possono che essere usate da uno solo, come ad esempio di servizi di condotta di acqua, di illuminazione pubblica, di trasporto con tramvie. In questi casi, la municipalizzazione di tali servizi in sostanza avrebbe comportato un'esclusione dell'esercizio privato; e ciò anche per la speciale condizione di disfavore in cui si sarebbe trovato il privato quando avesse dovuto sostenere la concorrenza del Comune; peraltro, vi sono anche casi qualificabili come "monopoli impropri", cioè casi in cui l'esercizio di certi servizi richiede un atto del Comune, ad esempio la concessione di uso del suolo di strade comunali, che il Comune avrebbe potuto rifiutare nell'intento di monopolizzare l'esercizio di quei servizi; in questo caso si sarebbe trattato di un monopolio di fatto, discendente dall'esercizio di una facoltà del Comune, caso rappresentante un'eccezione alla necessaria previsione legislativa della privativa⁴⁰.

Probabilmente, quest'ultimo elemento è stato il fattore che ha portato il nostro ordinamento ad attuare per la gestione dei servizi pubblici locali un modello di concorrenza "per" il mercato, e non di concorrenza "nel" mercato, basato sull'idea che il soggetto erogatore sia unico, sul postulato che la gestione del servizio pubblico locale necessiti di essere monopolistica⁴¹.

Questo modello è stato teorizzato⁴² come alternativa alla regolazione delle imprese, nei casi di infrastrutture essenziali non duplicabili per i costi elevati, al fine di evitare il rischio di abusi monopolistici con la messa in gara dell'accesso all'infrastruttura. Il confronto competitivo tra produttori, non realizzabile nel mercato finale, si sposta al momento in cui le imprese aspiranti all'esercizio dell'attività partecipano alla gara per aggiudicarsi la possibilità di fornire, in esclusiva, il prodotto, cosicché l'impresa aggiudicataria opera come monopolista,

³⁹ U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, cit., p. 309.

⁴⁰ F. BASSI, *Appunti per una disciplina pubblicistica dell'energia*, in *Foro amm.*, 1982, p. 326; A. TROCCOLI, op. cit., p. 994; P. BIAGI, *I pubblici servizi industriali dei Comuni e delle Province*, Milano, 1975, pp. 225-226.

⁴¹ Su questa caratteristica della disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, p. 320; H. BONURA, *I moduli "ordinari" di organizzazione della gestione dei servizi pubblici locali*, in H. Bonura-M-Cassano (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, p. 55.

⁴² H. DEMSETZ, *Why regulate utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, 1968, p. 55 e ss. Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, cit.

ma privo di potere di mercato, perché vincolata a produrre alle condizioni stabilite con la gara e, quindi, a condizioni che sono il risultato di un confronto concorrenziale.

La concorrenza per il mercato si presenta, in queste teorizzazioni, come un succedaneo della concorrenza nel mercato⁴³, alternativa a questa, quando essa appare impraticabile.

La posizione del diritto europeo, secondo una certa lettura, seguirebbe questa concezione, privilegiando la concorrenza “nel” mercato, pur senza averla imposta, in via generale per i servizi di interesse economico generale locali⁴⁴.

La realizzazione effettiva della concorrenza nel mercato è stata determinata da regolamenti e direttive, adottate in forza dell’art. 114 del TFU, che prevede l’adozione di “misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l’instaurazione e il funzionamento del mercato interno”. Esempi ne sono le direttive settoriali in materia di gas naturale, telecomunicazioni, posta, elettricità, trasporti aerei, ferroviari e stradali.

Ma un *favor* per la concorrenza nel mercato si è evinto, in particolare, dall’art. 106⁴⁵ del TFU. Questa rappresenta la norma fondamentale in materia di pubblici servizi, poiché in essa si concentra la tensione tra due elementi: “l’essere i servizi pubblici attività di produzione di beni e servizi, rientranti nei principi generali di libertà, e

⁴³ L’applicazione delle teorie sul mercato concorrenziale ai servizi pubblici è stata proposta in Inghilterra da S.C. LITTLECHILD (*Privatisation, competition and regulation*, London, 2000), che ha formulato lo schema della separazione tra proprietà della rete e gestione del servizio e della regolazione da parte di autorità indipendenti.

⁴⁴ La mancata attuazione della concorrenza nei servizi pubblici locali sarebbe derivata dalla impossibilità di identificare un mercato rilevante per l’introduzione di un sistema concorrenziale, dovuta alla frammentazione degli enti locali (F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit. p. 319-320).

⁴⁵ Il quale recita: “gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole della concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità. La Commissione vigila sull’applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive e decisioni”.

l'essere invece la qualificazione di pubblico un dato che, in qualche modo, li sottrae ai principi stessi o li sottopone a un regime di tipo particolare”⁴⁶. In essa, si impone il rispetto del principio di non discriminazione in base alla nazionalità (di cui all'art. 18 del TFU) e delle regole della concorrenza (disciplinate dagli artt. 101-109 del TFU)⁴⁷ anche alle imprese pubbliche e alle imprese cui si riconoscono diritti speciali o esclusivi (art. 106, co. 1, del TFU), ammettendo, nel caso di imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale⁴⁸ le deroghe senza le quali sarebbe impossibile ottenere la desiderata soddisfazione degli interessi pubblici (art. 106, co. 2, del TFU).

In realtà, secondo un'interpretazione letterale, le deroghe cui si riferisce il secondo comma dell'articolo in commento non dovrebbero riferirsi all'attribuzione del diritto di esclusiva. Questo potrebbe trovare, dunque, ragione diversa rispetto all'esigenza di garantire l'adempimento della specifica missione del servizio pubblico, e sarebbe sottratto alla vigilanza della Commissione. Infatti, tali deroghe si riferirebbero a quanto previsto nel primo comma, che stabilisce il divieto di misure contrarie al divieto di discriminazioni in base alla nazionalità e alle regole europee della concorrenza, sia per le imprese pubbliche sia per le imprese cui gli Stati membri riconoscono diritti speciali ed esclusivi; quest'ultima categoria di imprese, dunque, verrebbe presupposta dal legislatore

⁴⁶ M. CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario*, a cura di L. VANDELLI, C. BOTTARI, D. DONATI, Rimini, 1994, p. 179.

⁴⁷ Le regole comunitarie sulla concorrenza vietano, in primo luogo, gli accordi tra imprese atti a falsare la concorrenza (art. 101 del TFU) e lo sfruttamento abusivo di posizione dominante (art. 102 del TFU), consistenti nel fissare i prezzi, controllare la produzione, applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari non legate all'oggetto del contratto; in secondo luogo, limitano gli aiuti di Stato individuando come incompatibili, salvo le deroghe contemplate dal Trattato, nella misura in cui incidono sugli scambi fra gli Stati membri, quelli concessi direttamente dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza, e che fuoriescano da quelli giudicati compatibili con il mercato comune nello stesso Trattato e dal Consiglio (art. 107 del TFU).

⁴⁸ Tale deroga è prevista per “le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale”, dunque anche private. Nel *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, 2004, si afferma, infatti, che “la normativa tutela i compiti piuttosto che le loro modalità di esecuzione”.

europeo, che non si sarebbe, quindi, occupato di stabilire le condizioni alle quali tali diritti di esclusiva debbano essere attribuiti⁴⁹.

Tuttavia, successivamente agli sviluppi dell'integrazione comunitaria che hanno preso le mosse dall'Atto unico europeo del 1986, nell'applicazione di tale previsione la Corte di giustizia ha superato questa lettura, occupandosi di verificare la legittimità non solo dell'esercizio, ma anche dell'esistenza dei monopoli nazionali⁵⁰, al fine di evitare casi di c.d. "abuso inevitabile", cioè casi in cui la mera attribuzione di diritti esclusivi porta a risultati incompatibili con il Trattato (soprattutto, casi di abuso di posizione dominante)⁵¹ e di "estensione abusiva" del monopolio⁵².

Così, spesso è stata la giurisprudenza comunitaria a selezionare attività e servizi da liberalizzare, come nel caso dei servizi all'impiego, in relazione ai quali la Corte di giustizia ha sancito l'illegittimità dell'attribuzione in esclusiva agli uffici di collocamento dell'attività di intermediazione tra la domanda e l'offerta di lavoro subordinato⁵³.

In adesione a questi mutamenti giurisprudenziali, si è inteso l'art. 106 del TFU nel senso che "le imprese di servizio pubblico sottostanno alle regole della concorrenza, salvi i casi in cui l'adempimento dei compiti loro specificamente affidati renda necessario, secondo una valutazione strettamente ancorata al rispetto del principio di proporzionalità, il riconoscimento di taluni diritti speciali ed esclusivi", ad

⁴⁹ J.J. MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 3-4, p. 664. Così Corte giust., 30 aprile 1974, c-155/73, in *Racc.*, 1974, 409.

⁵⁰ Corte giust., 19 marzo 1991, c-202/88, in *Racc.*, 1991, 1223, che ha dichiarato l'incompatibilità dei monopoli su terminali di telecomunicazione.

⁵¹ Corte giust., 18 giugno 1991, c-260/89, in *Racc.* 1991, 2925; Corte giust., 10 dicembre 1991, c-179/90, in *Racc.* 1991, 5889; Corte giust., 23 aprile 1991, c-41/90, in *Racc.* 1991, 1979.

⁵² Corte giust., 13 dicembre 1991, c-18/88, in *Racc.* 1991, 5941; Corte giust., 17 dicembre 1992, c-271/90, in *Racc.*, 1992, 5833.

⁵³ Applicando la regola di stretta proporzionalità di cui all'art. 106, co. 2 del Trattato, premesso che gli uffici pubblici di collocamento sono soggetti alle regole di concorrenza e, in particolare, al divieto di abuso di posizione dominante, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione non vanifichi il compito particolare loro conferito, la Corte ha ritenuto, in sostanza, che essi siano soggetti a tale divieto, e in concreto lo violino quando "non sono palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro" (Corte giust., sez. VI, 11 dicembre 1997, c-55/96, in *Foro Amm.*, 1998, 1977).

esempio per garantire l'equilibrio economico-finanziario della gestione⁵⁴, oppure la qualità del servizio pubblico⁵⁵.

In questo senso, anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in un proprio atto di segnalazione sulla disciplina dei servizi pubblici locali⁵⁶, ha affermato che l'affidamento mediante gara – cioè la concorrenza per il mercato –, costituisce un valido strumento di individuazione dei gestori del servizio e di apertura alla concorrenza, solo nei settori in cui specifiche caratteristiche oggettive dell'attività, tecniche ed economiche, impongono e giustificano una limitazione del numero dei soggetti ammessi ad operare; viceversa, nei casi in cui tali limitazioni non siano giustificate, i servizi dovrebbero essere svolti in regime di concorrenza nel mercato tra tutti gli operatori: “d'altra parte, secondo l'impostazione dell'art. 86.2 del Trattato CE, la concorrenza tra tutti i possibili operatori (cosiddetta concorrenza nel mercato) costituisce la regola e i regimi che prevedono diritti speciali ed esclusivi in capo ad un numero ristretto di operatori o ad un'unica impresa rappresentano l'eccezione”. Sin dalla fine degli anni Novanta, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁵⁷ aveva, così, espresso l'auspicio che si giungesse alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali, in ogni caso in cui fosse stato possibile: a suo avviso, il legislatore avrebbe dovuto seguire la strada della concorrenza nel mercato, consentendo l'ingresso di una pluralità di operatori disposti a offrire il servizio in condizioni competitive, previa una semplice autorizzazione amministrativa; quando non vi fossero state le condizioni, si sarebbe dovuto attuare la concorrenza per il mercato.

Dunque, secondo questa visione, fatta propria anche dalla giurisprudenza nazionale⁵⁸, il diritto europeo richiederebbe di prevedere la libertà di iniziativa

⁵⁴ In questo senso, Corte giust., 19 maggio 1993, C-320/91, in *Racc.* 1993, 2533; Corte giust., 27 aprile 1994, C-393/92, in *Racc.*, 1994, 1477. Così, G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma, 2012, p. 137, che individua, come possibile oggetto del potere sollecitatorio e di segnalazione delle distorsioni alla concorrenza derivanti da norme di legge o regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale, previsto dall'art. 21 della l. n. 287 del 1990 in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le leggi o gli atti che dispongono riserve.

⁵⁵ R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, cit., p. 137.

⁵⁶ AS n. 222 del 9 novembre 2001.

⁵⁷ AS n. 182, 21 ottobre 1999, e AS n. 222, 8 novembre 2001, in *www.agcm.it*.

⁵⁸ “Il mercato e la concorrenza sono, di regola, il miglior meccanismo per gestire anche tali servizi di interesse economico generale (tant'è che, ai sensi dell'art. 86 co. 2 del Trattato CE, le imprese che ne sono incaricate sono senz'altro sottoposte alle regole di concorrenza), salvo soltanto il

economica nelle attività imprenditoriali di servizio pubblico, eventualmente previo accertamento di particolari requisiti di idoneità dell'operatore, e con la possibilità di imporre determinati obblighi di servizio per garantire obiettivi di interesse generale, piuttosto che la concessione del servizio, da limitarsi ai casi eccezionali di inidoneità del mercato a consentire il perseguimento di fini di interesse generale all'interno di una logica economica.

1.2.2. ...alla concorrenza “nel mercato”.

Il legislatore, già con la riforma dei servizi pubblici locali operata dal d.l. n. 112 del 2008, ha aperto la prospettiva del superamento della gestione dei servizi pubblici locali in regime di esclusiva.

Infatti, pur rimanendo centrale la concorrenza “per il mercato”, stabilendosi che “il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica” (art. 23 *bis*, co. 2), si prevedeva il passaggio alla concorrenza “nel mercato” per talune attività, che si sarebbero indicate con regolamento governativo, che avrebbe dovuto “individuare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità e accessibilità del servizio pubblico locale” (art. 23 *bis*, co. 10, lett. g).

Dopo l'abrogazione di tale disciplina a seguito del *referendum* del giugno 2011, il d.l. n. 138 del 2011, con l'art. 4 ha reintrodotto queste previsioni, generalizzando l'apertura alla concorrenza nel mercato a tutti i servizi, salvo quelli esclusi dall'ambito applicativo della disposizione.

Il fatto che non si sia imposta la liberalizzazione di servizi indicati dal Governo in sede regolamentare, vale a rendere maggiormente rispettosa dell'autonomia locale, e del principio di adeguatezza, la nuova disciplina, rimettendo al scelta di

caso che, per il fatto di non essere remunerativi, il mercato non possa concretamente assolvere alla loro specifica missione (l'obbligo di servizio pubblico assunto dall'autorità), e si renda pertanto indispensabile il riconoscimento di diritti speciali o esclusivi” (T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527, in *Trib. amm. reg.*, 2005, I, 1937).

quali servizi liberalizzare alla valutazione dell'ente locale, anche se all'interno di un procedimento che coinvolge una nuova "rete istituzionale" per i servizi pubblici locali⁵⁹.

Il procedimento si sviluppa, in primo luogo, nell'individuazione dei contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale. Il comma 5 dell'art. 4 in esame dispone, infatti, che "gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscono preliminarmente, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico"⁶⁰.

La definizione degli obblighi di servizio pubblico necessita dell'individuazione dei bisogni della comunità territoriale, il che è oggetto di una scelta di tipo discrezionale, per quanto riguarda la determinazione dei bisogni prioritari e il relativo bilanciamento; e di una scelta di discrezionalità tecnica, per la valutazione della sostenibilità economica e degli *standard* ambientali o di salute pubblica⁶¹.

Si tratta di quanto, prima di tale previsione, si era qualificato come "programma di servizio pubblico", atto generale di definizione del contenuto e delle modalità di erogazione delle prestazioni di servizio pubblico, prodromico rispetto alla scelta

⁵⁹ G. NAPOLITANO, *Il quadro giuridico di riferimento in materia di servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo e il d.l. n. 138 del 2011*, intervento al corso *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2012.

⁶⁰ La definizione degli obblighi di servizio pubblico corrisponde all'esercizio della competenza degli enti locali stabilita dall'art. 112 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*), secondo cui "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". In questo modo, infatti, si definiscono le attività oggetto del servizio pubblico locale e si prevede il ruolo essenziale dell'ente locale, che si assume la responsabilità della loro erogazione ("provvedono alla gestione"), pur non erogandoli direttamente ("gestiscono").

Quello che conta, anche per l'orientamento consolidato della giurisprudenza precedente la riforma (*ex multis*, Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5, p. 498 ss.), è la scelta politico amministrativa dell'ente locale (ente a fini generali, che ha facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento, assumere come doverose) di assumere il servizio pubblico, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività.

⁶¹ R. SECONDO-C. VIVANI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, in *Urb. e app.*, 2012, 1, p. 43.

della forma di gestione, poiché “l’individuazione dello strumento d’organizzazione dipende dall’obiettivo di produzione, cioè l’organizzazione è prescelta in ragione di determinate prestazioni che si intendono erogare a definite categorie di destinatari”⁶².

Correlata all’individuazione degli obblighi di servizio pubblico è la previsione delle eventuali compensazioni economiche, che - si prevede - devono tenere conto dei proventi derivanti dalle tariffe e trovano limite nella disponibilità di bilancio destinata allo scopo.

La successiva fase istruttoria consiste nella verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale del servizio, attraverso un’analisi di mercato che deve accertare se la libera iniziativa economica privata risulti o non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Provvedimento conclusivo del procedimento è una delibera quadro con cui, sulla base dell’istruttoria compiuta, l’ente effettua la scelta di “liberalizzare” “tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio”, o di non liberalizzare, mantenendo l’attribuzione di diritti di esclusiva.

Nell’ipotesi di liberalizzazione, può ritenersi⁶³ che l’ente possa scegliere tra due modalità alternative di accesso: l’accesso libero e l’accesso selettivo.

Nel primo caso, ogni operatore può esercitare l’attività, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico e universale individuati dall’ente. Nel secondo caso, l’ente effettua una valutazione di idoneità, rispetto agli interessi pubblici attinenti i servizi da rendere, del soggetto erogatore del servizio; ciò si realizzerebbe attraverso la subordinazione dell’esercizio del diritto di impresa al rilascio di un atto di assenso espresso, oppure all’iscrizione dell’imprenditore in un apposito albo od elenco, sulla base di requisiti morali, professionali, di capacità tecnica, economica e finanziaria.

In alternativa, o in aggiunta rispetto a questa selezione, potrebbe prevedersi un tetto massimo di titoli autorizzativi, come previsto per gli esercenti il servizio pubblico di trasporto non di linea (taxi), e per le farmacie.

⁶² R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, cit., p. 24, secondo il quale, se la scelta di una forma di gestione fosse risultata meno idonea di altre a realizzare il programma di servizio pubblico, si sarebbe configurato il vizio dell’eccesso di potere.

⁶³ R. SECONDO-C. VIVANI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, cit., p. 42 ss.

Nell'ipotesi di conferimento del diritto di esclusiva, la norma specifica che la delibera quadro deve illustrare l'istruttoria compiuta ed evidenziare "le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio".

Oggetto della verifica è, quindi, la copertura del servizio pubblico individuato in via preliminare dall'ente negli obblighi di servizio pubblico e universale, in assenza di esclusiva⁶⁴.

I criteri per effettuare tale verifica, insieme ai criteri per l'adozione della delibera quadro, e ulteriori disposizioni attuative, dovranno essere definiti con decreto del Ministro per gli affari regionali, il turismo e lo sport, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e dell'interno, sentita la Conferenza unificata,.

Lo schema di decreto attualmente all'esame del Ministero stabilisce che la verifica debba essere espletata attraverso una procedura di consultazione del mercato, pubblicata sull'albo pretorio del Comune o sulla pubblicazione ufficiale dell'ente competente e sui siti internet dell'ente medesimo, al fine di acquisire manifestazioni di interesse degli operatori del settore per la gestione in concorrenza del servizio o di sue singole fasi suscettibili di gestione separata.

Si prevede che, in via preliminare, la verifica debba descrivere le modalità di gestione con cui il servizio pubblico locale viene attualmente espletato, indicando le eventuali compensazioni economiche riconosciute ai gestori.

Per individuare le condizioni di esercizio del servizio pubblico locale in regime di libero mercato, la verifica dovrebbe considerare: l'articolazione operativa del servizio pubblico locale, eventualmente in fasi di gestione separata, e l'eventuale offerta di servizi sostituitivi; le esigenze della comunità in relazione al servizio pubblico locale, con specifico riferimento alle caratteristiche sociali e demografiche, economiche, ambientali e geomorfologiche dell'ambito territoriale di riferimento; gli obblighi di servizio pubblico e universale, gli standard minimi

⁶⁴ Esempio di servizio liberalizzabile è il trasporto locale su gomma. Le ragioni della concessione monopolistica di tale servizio erano già state criticate. In particolare, all'inizio del secolo scorso si osservava che questo servizio non richiedeva un impianto speciale, né modificazione del suolo stradale. A questi rilievi si era contrapposto che, per la grandezza dei veicoli destinati a tale servizio e per le modalità del suo svolgimento, richiedendo fermate, l'ingombro arrecato alla circolazione stradale non poteva paragonarsi a quello degli altri veicoli: vi era occupazione di suolo pubblico, per l'uso speciale e permanente delle strade, specialmente nelle stazioni di partenza e di arrivo (G. RICCA SALERNO, op. cit., p. 778; così Cass. Firenze, 5 aprile 1894, in *Giur. it.*, 1894, I, 847).

delle prestazioni che devono essere assicurati nell'espletamento del servizio pubblico locale (elementi individuati nella stessa verifica, nella relazione istruttoria che ne è parte integrante), le eventuali compensazioni economiche e l'adozione di puntuali misure per l'efficientamento della gestione del personale, anche volte ad evitare possibili fenomeni di duplicazione degli oneri; il valore economico stimato del servizio pubblico locale, sia globale, sia distinto nelle fasi eventuali; gli eventuali investimenti da programmare, anche per opere infrastrutturali, con i relativi tempi di attuazione. La verifica dovrebbe quindi individuare le situazioni di monopolio naturale, e la presenza sul mercato di servizi identici od analoghi offerti da imprese già operanti sul mercato o in mercati contigui; dovrebbe evidenziare l'incidenza, sulla gestione imprenditoriale del servizio o di singole fasi dello stesso, degli obblighi di servizio pubblico e universale e degli standard minimi delle prestazioni, e delle caratteristiche della domanda dell'utenza e delle tariffe applicabili, al fine della verifica della redditività; dovrebbe valutare eventuali esperienze di gestione di servizi pubblici rinvenibili in altre realtà geografiche, nonché ogni altro indicatore utile, anche alla luce dei dati forniti dai gestori (che peraltro sono soggetti a specifici obblighi di pubblicità). Particolarità sono poi previste per i servizi di trasporto pubblico locale⁶⁵ e per il servizio di gestione dei rifiuti⁶⁶.

⁶⁵ L'art. 3 dello schema di decreto, specifica, per il servizio di trasporto pubblico locale, che la verifica di mercato dovrebbe anche distinguere i settori del trasporto su ferro, su gomma e con altre modalità; distinguere le fasi relative alla gestione degli impianti e delle reti, dei terminal e dei servizi di manutenzione; e valutare la possibilità di gestione integrata o di coordinamento dei settori e delle fasi. Inoltre, la verifica di mercato dovrebbe individuare le condizioni per l'esercizio del servizio nell'ambito dei bacini di traffico attualmente in affidamento: individuando la presenza di situazioni di monopolio naturale; valutando la sostituibilità per gli utenti di modalità diverse di servizi di trasporto su medesime direttrici e la conseguente possibilità di liberalizzare il servizio di una o più di tali modalità; considerando le tratte dei servizi di trasporto a domanda debole che non assicurano adeguata remuneratività; specificando il tipo di vettore utilizzato e le cause della inadeguata remuneratività, nonché le ragioni del mantenimento del servizio.

⁶⁶ L'art. 4 dello schema di decreto, specifica, per il servizio di gestione dei rifiuti, che la verifica di mercato dovrebbe distinguere le operazioni di spazzamento, raccolta, raccolta differenziata, trasporto, commercializzazione, gestione degli impianti di trattamento, recupero, riciclo e smaltimento di tutti i rifiuti urbani e assimilati; valutare la possibilità di coordinamento e di gestione congiunta di tali operazioni; considerare le condizioni di concorrenzialità relative a ciascuna di tali operazioni, circoscrivendo quelle potenzialmente erogabili in regime di piena liberalizzazione nel mercato.

La delibera quadro, adottata all'esito della verifica di mercato, ai sensi dell'art. 5 dello schema di decreto dovrebbe⁶⁷, provvedere alla liberalizzazione o all'attribuzione di diritti di esclusiva.

La motivazione di tale atto sarebbe costituita dalle risultanze dell'istruttoria compiuta con la verifica di mercato (allegata alla delibera quadro, e parte integrante di essa), dovendosi peraltro specificare le ragioni per le quali è stata prevista l'attribuzione di diritti di esclusiva, e i benefici che ne derivano per la comunità interessata: solo qualora dalla verifica non emerga la realizzabilità di una gestione concorrenziale del servizio o di singole fasi dello stesso, l'ente competente può procedere all'affidamento in esclusiva dei servizi. Tuttavia, rimane fermo, come è stato rilevato, che in tale scelta vi sono "ampi margini per valutazioni di carattere politico, sociale o altro, difficilmente sindacabili o contestabili"⁶⁸.

Per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, poi, è prevista anche una fase consultiva che coinvolge l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Gli enti, infatti, sono tenuti a trasmettere la documentazione della fase istruttoria di verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale del servizio e il relativo schema di delibera quadro all'Autorità, perché questa pronunci, entro sessanta giorni, un parere "in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali". Tale parere è preventivo rispetto all'adozione della delibera, che deve

⁶⁷ La delibera quadro dovrebbe poi disporre circa i successivi adempimenti relativi alla gestione dei servizi pubblici locali, stabilendo i tempi di attuazione, anche con riguardo alle eventuali procedure competitive ad evidenza pubblica da espletare. E nel caso in cui si preveda l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali, la delibera dovrebbe indicare le ragioni per le quali tale scelta è ritenuta economicamente vantaggiosa, in base all'impatto sui costi totali di affidamenti congiunti o disgiunti di più servizi, distinguendo i casi di affidamenti verticalmente integrati da quelli di affidamenti orizzontali e in base ai possibili effetti anticoncorrenziali, in particolare nei casi di integrazione verticale, allorché i mercati a valle siano aperti alla concorrenza e in essi operi anche il gestore dei segmenti a monte.

⁶⁸ G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., p. 49, che indica come ulteriore elemento problematico della riforma, il fatto che non tutti gli enti locali dispongono di strutture qualificate per poter effettuare la verifica richiesta.

avvenire entro trenta giorni dalla sua ricezione; ed è espressamente qualificato come obbligatorio.

La relativa richiesta, dopo la prima presentata entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, deve avvenire con la periodicità stabilita dall'ente locale nel proprio ordinamento. Comunque, dato che si prevede che la delibera quadro debba essere adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi, e che in assenza della delibera l'ente locale non può procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, anche in questo momento si colloca obbligatoriamente l'invio della richiesta di parere all'Autorità.

Tale parere è atto non vincolante. Tuttavia, il disattendere un parere negativo dell'Autorità (che peraltro viene reso pubblico sul sito internet dell'ente, ove presente, e con ulteriori modalità idonee a renderlo pubblico) potrebbe avere un certo peso negli eventuali giudizi instaurati da operatori del settore; sarebbe, infatti, elemento atto a sostenere una censura di illegittimità della delibera dell'ente locale per eccesso di potere derivante da vizio di motivazione.

Inoltre, si può ipotizzare che sia la stessa Autorità a presentare ricorso giurisdizionale, essendo legittimata a impugnare atti amministrativi “che determinano distorsioni della concorrenza”, cioè “che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”⁶⁹, in forza del nuovo art. 21-*bis* nella l. 10 ottobre 1990 n. 287, come modificato dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito da l. 22 dicembre 2011, n. 214, secondo cui “l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni”.

⁶⁹ Le “norme a tutela della concorrenza” cui si fa riferimento non consistono solamente in quelle contenute nel medesimo testo legislativo all'interno del quale si colloca la disposizione, cioè la l. n. 287 del 1990 (intitolata appunto “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”), nel titolo I, che individua come possibili comportamenti distorsivi della concorrenza le intese, l'abuso di posizione dominante e le operazioni di concentrazione, cioè comportamenti sanzionati dal TFU, (titolo VII, capo I, artt. 101-109), ma anche le altre disposizioni dettate dal legislatore con tale finalità.

Entro 15 giorni dall'adozione, la delibera quadro ed il parere reso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato dovrebbero essere trasmessi anche all'Osservatorio dei servizi pubblici locali⁷⁰.

Infine, lo schema di decreto introduce un sistema di misurazione delle prestazioni dei gestori di servizi pubblici locali e dispone la pubblicità di tutti i dati sulle gestioni di servizi pubblici⁷¹: l'ente competente, il 30 settembre di ogni anno, dovrebbe infatti rendere pubblici gli "indicatori di gestione" sulla base quanto prescritto nell'Allegato "A" al decreto⁷².

⁷⁰ Si tratta di un ufficio istituito nell'ambito della Conferenza Unificata, la cui composizione e il cui funzionamento dovrebbero essere disciplinati con deliberazione della Conferenza stessa, che avrebbe il compito di assicurare il progressivo miglioramento della qualità ed efficienza di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, e di monitorare l'attuazione del decreto. In particolare, l'Osservatorio dovrebbe raccogliere ed elaborare i dati informativi concernenti le modalità di gestione dei servizi pubblici locali su tutto il territorio nazionale; assicurare la pubblicità e la conoscibilità, anche tramite apposito sito internet, di tali dati e delle delibere quadro; effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni, anche tenendo conto delle diverse condizioni di erogazione in termini di aree, popolazioni e caratteristiche del territorio servito; inviare alla Conferenza Unificata una relazione annuale sullo stato del settore dei servizi pubblici locali; segnalare al Governo proposte di modifica alla normativa che disciplina il settore dei servizi pubblici locali.

Inoltre, ferme restando le competenze dell'Osservatorio nazionale sulle politiche del trasporto pubblico locale di cui all'art. 1, co. 300, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (a cui partecipano i rappresentanti dei Ministeri competenti, delle Regioni e degli Enti locali, e che ha il compito di creare una banca dati e un sistema informativo pubblico, e di verificare l'andamento del settore e il completamento del processo di riforma), è previsto che l'Osservatorio dei servizi pubblici locali acquisisca questi stessi dati informativi, con modalità da definire con apposito protocollo d'intesa da stipulare tra i due organismi.

⁷¹ L'art. 6 dello schema di decreto, infatti, prevede che l'ente competente debba assicurare la pubblicità dei dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati, e che i soggetti, pubblici e privati, che esercitano a qualsiasi titolo attività di gestione di servizi pubblici locali, debbano fornire all'ente competente tutte le informazioni necessarie.

⁷² In quest'ultimo sono indicate come cause che determinano la qualità e l'efficienza della gestione di servizi pubblici locali, in primo luogo le caratteristiche strutturali (morfologiche, demografiche, insediative ed economiche) dell'ambito territoriale nel quale il servizio pubblico locale deve essere espletato; poi, le scelte gestionali in concreto adottate dagli enti competenti e le modalità di gestione dei servizi pubblici locali in concreto adottate dai soggetti esercenti.

I criteri di valutazione della qualità e l'efficienza sono due: l'efficienza dell'attività gestionale dei soggetti esercenti (criterio statico), e l'efficienza della scelta gestionale pubblica a monte (criterio dinamico).

Una problematica, nel caso di liberalizzazione del servizio, è l'individuazione del soggetto deputato ad esercitare l'attività di controllo e regolazione, e l'oggetto di tale attività.

Questa, fondamentalmente, può essere distinta⁷³ in tre tipi. Il primo, nei casi di liberalizzazione parziale o di barriere tecniche che ne intralcino il funzionamento, mira a garantire l'apertura dei mercati mediante l'imposizione alle imprese di misure atte a garantire l'accesso all'infrastruttura e l'interconnessione delle reti, e mediante l'imposizione della separazione societaria o contabile e amministrativa tra le diverse attività svolte dal medesimo gestore, per verificare i costi delle singole prestazioni e determinare le tariffe, al fine di evitare i sussidi incrociati. Il secondo, nei casi di risorse scarse, mira ad assicurare il funzionamento del mercato attraverso la disciplina delle modalità di assegnazione di tali risorse e l'organizzazione dello svolgimento delle transazioni. Il terzo, mira a garantire la fruizione dei servizi imponendo obblighi di servizio pubblico o universale⁷⁴.

Gli strumenti allo scopo previsti nell'ordinamento italiano sono state le carte dei servizi pubblici, adottate dai singoli gestori sulla base dello schema definito dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 gennaio 1994, e la

La valutazione della qualità e dell'efficienza della gestione di servizi pubblici locali, è quindi previsto che vada svolta sulla base di indicatori, riferiti agli ultimi 5 anni.

Indicatori di *performance* sono: “- livello di servizio: unità di servizi offerti / popolazione residente; - qualità dei servizi; - efficienza gestionale, secondo i seguenti sotto-indicatori: costi/unità di Servizio offerto; costo del personale/costo totale; personale diretto/personale totale; ore annue di impiego effettivo del personale; - livello degli investimenti: ammortamenti (inclusi gli ammortamenti figurativi su investimenti finanziati con contributi erogati a titolo non oneroso/costi totali; - percentuale degli investimenti realizzati rispetto a quelli programmati; - prezzo medio per l'utente: ricavi da vendite/unità di servizio; - margine di copertura dei costi con i ricavi: ricavi da vendite/costi totali; percentuale di incidenza delle contribuzioni pubbliche: finanziamenti in conto esercizio/costi operativi totali; finanziamenti in conto investimenti/investimenti totali; - redditività: MOL (margine operativo lordo) /ricavi totali; 1.EBIT (*earning before interest and taxes*) /ricavi totali”.

Indicatori di contesto sono: “- dimensione geografica e demografica dei bacini di utenza; - affidamenti singoli o plurimi eserciti dalle imprese oggetto della rilevazione; - modalità di affidamento adottate; - criteri di revisione tariffaria e delle compensazioni in conto esercizio; - tipologia dei contratti di servizio”.

Taluni indicatori sono, poi, specificati e diversamente declinati per i servizi di trasporto pubblico e di gestione dei rifiuti.

⁷³ G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, cit., p. 138-142.

⁷⁴ T. PROSSER, *Law and the Regulators*, New York, 1997, p. 6, parla di *social regulation*.

regolazione svolta da autorità indipendenti⁷⁵, con il compito di promuovere sia la concorrenza sia la tutela degli utenti, secondo quanto previsto dalla l. 24 novembre 1995, n. 481, che stabilisce principi generali e le attribuzioni delle Autorità nei settori dell'energia e delle telecomunicazioni.

Attualmente, però, solo per alcuni servizi pubblici locali è prevista un'attività di regolazione e controllo, svolta da autorità di regolazione nazionali: l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, ha esteso la sua competenza a funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici, dopo la soppressione per esigenze di contenimento della spesa pubblica, ad opera dell'art. 21 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, alla quale erano state attribuite la funzione di regolazione tariffaria e di definizione dei livelli minimi di qualità del servizio, poteri di controllo e di sanzione, e competenze in materia di programmazione, istituita dall'art. 10 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito da l. 12 luglio 2011, n. 106; per il servizio di trasporto pubblico locale, è stata istituita l'Autorità di regolazione dei trasporti dall'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito da l. 22 dicembre 2011, n. 214, così come modificato dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27.

Riguardo alla terza tipologia di controllo, quello a tutela dell'utenza, sul rispetto degli obblighi di servizio pubblico e universale, è comunque anche l'ente locale competente a doverlo esercitare.

Da questo punto di vista bisogna distinguere tra liberalizzazione dell'ingresso nel mercato e liberalizzazione dell'attività⁷⁶: lo svolgimento dell'attività non è "liberalizzato", nel senso che rimane oggetto di regolazione, per garantire il servizio universale e gli obblighi di servizio pubblico preliminarmente individuati dall'ente.

⁷⁵ Relativamente a queste ultime, però, si è osservata un'erosione dei poteri loro attribuiti, soprattutto per il rilascio di titoli abilitativi, e la loro indipendenza è parsa venire meno per la previsione di poteri governativi di indirizzo e di controllo (G. NAPOLITANO, op. ult. cit., p. 142; ID., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 97 ss. e 110 ss.; D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse generale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, 2, p. 337 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 23 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, p. 196 ss.).

⁷⁶ R. SECONDO-C. VIVANI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, cit., p. 42 ss.

Il rapporto tra gestore del servizio liberalizzato ed ente locale non è stato disciplinato. Pare ipotizzabile la stipulazione di un atto convenzionale, con cui il gestore si vincola al rispetto degli obblighi di servizio pubblico previsti dall'ente; l'interesse pubblico troverebbe tutela, in questo sistema, mediante un atto assimilabile al contratto di servizio, e le corrispondenti carte dei servizi, indicanti oneri speciali relativi agli obblighi di pubblico servizio e al servizio universale, e sistemi compensativi di siffatti oneri.

1.2.3. La nozione attuale di servizio pubblico locale.

In questo nuovo contesto normativo, la nozione stessa di servizio pubblico locale cui il legislatore fa riferimento merita una rivisitazione, continuando a essere utilizzata per un'attività diversa da quella per la quale la definizione era stata conosciuta⁷⁷, laddove soprattutto sono stati radicalmente modificati i rapporti con gli enti pubblici di riferimento.

⁷⁷ G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., p. 34 e 64.

In assenza di una definizione legislativa generale di servizio pubblico, la *querelle* intorno alla definizione di servizio pubblico è stata alimentata anche dal dipendere da questa il riparto di giurisdizione a favore del giudice amministrativo; e, in generale “considerare o meno un'attività come servizio pubblico serve, di volta in volta, a estendere o ridurre aree di privilegio; a individuare il nucleo fondamentale dei compiti dei pubblici poteri; a limitare la capacità dell'amministrazione, vincolandola a operare secondo presupposti determinati e procedure tipizzate; ad assoggettare i privati alle medesime regole gravanti sugli enti pubblici o a regole speciali; a sottoporre l'amministrazione e i privati alla giurisdizione amministrativa” (G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 26).

Sulla questione dottrina e giurisprudenza hanno elaborato due teorie, la soggettiva e l'oggettiva (cfr. F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, p. 7 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2006, p. 1 ss.).

La più recente dottrina e giurisprudenza coniugano le due teorie. Occorre infatti distinguere tra gestione del servizio e la sua titolarità: si può avere servizio pubblico anche se esso è gestito da soggetti privati, “ciò che rileva è che l'attività relativa si inserisca istituzionalmente nel novero delle misure attuative dei compiti della pubblica amministrazione”, infatti “il fattore che differenzia il servizio pubblico da una attività anche oggettivamente analoga, è la valutazione effettuata dalla pubblica amministrazione sulla doverosità del porre tale servizio a disposizione dei cittadini”, e quindi la scelta dell'ente politico di assumere su di sé la sua titolarità; e il criterio oggettivo è utile per descrivere il carattere pubblico del servizio: in base a questo profilo si

Già si era osservato che tale nozione, in assenza di una definizione legislativa, corrispondeva a “una espressione priva di valore giuridico esatto e che è mutuata dalla scienza economica”⁷⁸.

Nell’attuale ordinamento tale nozione è stata ampliata, fino a far confondere in sé attività che prima si distinguevano: servizio pubblico in senso tradizionale, servizio di pubblica utilità, servizio di interesse generale.

L’elemento soggettivo caratterizzante la categoria dei servizi pubblici, infatti, si era ritenuto che fosse la riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all’assetto organizzativo dell’ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico, elemento soggettivo che consentiva di imputare l’attività alla pubblica amministrazione⁷⁹.

Il legislatore ha, invece, superato la dicotomia tra servizio pubblico e “servizio di pubblica utilità”, che precedentemente la dottrina⁸⁰ aveva sottolineato.

Quando quest’ultima categoria è stata introdotta nel nostro ordinamento, con la l. 14 novembre 1995, n. 481, infatti, si era affermato che le attività ad essa riconducibili si differenziavano dai servizi pubblici, in quanto oggetto di mera attività conformativa pubblica, ai sensi dell’art. 41, co. 3, Cost., e non nella titolarità dell’ente pubblico, che non conferiva, in virtù di un atto concessorio, il loro esercizio; queste, allora, si caratterizzavano, rispetto all’attività di servizio pubblico, per il fatto di non essere riservate alle amministrazioni pubbliche e da queste rese alla collettività degli utenti direttamente o per tramite concessionario, ma per essere naturalmente riservate ai privati.

distingue tra prestazioni offerte all’amministrazione e prestazioni offerte al pubblico (A. POLICE, *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 69. Così anche S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, p. 371; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 478; F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, p. 34 ss.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2005, p. 149 ss.).

⁷⁸ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, I, Padova, 1959, p. 202.

⁷⁹ Il servizio pubblico è una “attività imputabile, direttamente o indirettamente, allo Stato” (A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. Orlando (diretto da), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, cit.).

⁸⁰ F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002; F. GIGLIONI, *L’accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008, p. 362. In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5, p. 498 ss.

Ma, se già nelle più recenti elaborazioni si riconduceva alla titolarità del servizio la spettanza del processo di interpretazione del bisogno sotteso al servizio e il compito di garantirne la soddisfazione⁸¹, nell'attuale ordinamento, sono qualificate come servizi pubblici anche attività liberalizzate, cioè non nella disponibilità dell'amministrazione, non riservate alla pubblica amministrazione; l'elemento soggettivo qui si declina diversamente, essendo costituito solo dalla predeterminazione da parte del soggetto pubblico del livello e degli standard delle prestazioni che devono essere fornite⁸².

L'attuale disciplina si può ritenere, quindi, abbia ampliato⁸³ la nozione interna di servizio pubblico facendola coincidere con quella europea di servizio di interesse generale. L'ordinamento europeo non ha utilizzato il concetto di servizio pubblico, poiché "quest'ultimo ha contorni meno netti: può avere significati diversi, ingenerando quindi confusione. In alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico

⁸¹ Alcuni riconducendo la titolarità al concetto di "imputabilità" (R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, 2006, p. 5); altri, distinguendo due "titolarità": quella relativa al servizio in sé, riconosciuta in capo alla pubblica amministrazione (soggetto "fornitore"), che esercita un'attività di controllo e direzione, e quella relativa all'attività di gestione, che può essere posta in capo a un soggetto pubblico o privato (soggetto "produttore") (D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, p. 51).

⁸² La doverosità era ritenuta elemento qualificante il servizio pubblico dalla dottrina, già nella disciplina previgente: I. MARIO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987, p. 156; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, p. 78 ss.; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 49; S. FOIS, *Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica*, in *Atti del convegno Interessi, pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, Milano, 2000, p. 35; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Milano, 2003, p. 40; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003, p. 45; C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'idea di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005, p. 84 ss.; F. GOGGIAMANI, *La doverosità dei servizi pubblici*, in *Riv. giur. quad. serv. pubbl.*, 2011, p. 18 ss.

⁸³ Già si era rilevato (M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 181 ss.) che, anche se nella visione tradizionale dei servizi pubblici la garanzia del servizio universale non era concettualmente evidenziata, e quindi si erano distinte le sue nozioni (cfr. V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Dir. dell'economia*, 2000, p. 263 ss.), in realtà l'idea-base di servizio universale è coesistente a quella di servizio pubblico. Infatti, anche nel modello tradizionale l'obiettivo della "universalità del servizio" era pur sempre perseguito, attraverso la regolazione amministrativa.

nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio"⁸⁴. Si è, invece, utilizzato il concetto di servizio di interesse generale, definito come servizio che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico⁸⁵, e il concetto di servizio universale, inteso come "la fornitura di un insieme minimo definito di servizi a tutti gli utenti finali a prezzo abbordabile", eventualmente diverso "da quello risultante dalle normali condizioni di mercato"⁸⁶.

Nell'attuale disciplina la nozione di servizi pubblici locali di rilevanza economica, coincide con quella di servizio di interesse generale, come riconosciuto, peraltro prima del d.l. n. 138 del 2011, dalla Corte Costituzionale nella sentenza 17 novembre 2010, n. 325⁸⁷. Si tratta, infatti, di attività caratterizzata da obblighi di servizio pubblico e universale, attività economica sottoposta a un regime giuridico derogatorio rispetto al diritto comune, oggetto di regolamentazione "sociale"; nozione analoga a quella francese, in cui il servizio pubblico nasce con uno statuto giuridico, individuabile in ragione degli obblighi che impone in capo al soggetto erogatore, delle limitazioni alla libertà di impresa che costituiscono una disciplina derogatoria del diritto comune; nozione che precedentemente si era valutata come differente rispetto alla nostra tradizionale di servizio pubblico⁸⁸.

E in questa nuova nozione sarebbero individuabili i tratti essenziali del concetto elaborati dagli sviluppi più recenti, che, coniugando la visione oggettiva con quella soggettiva, sono la destinazione dell'attività ad esigenze generali ritenute dall'ordinamento di necessaria soddisfazione, e il raccordo di tale attività con la

⁸⁴ *Libro verde sui servizi di interesse generale* adottato dalla Commissione europea nel 2003, punto 19.

⁸⁵ *Libro verde sui servizi di interesse generale* adottato dalla Commissione europea nel 2003, punti 16 e 17. Cfr. parere del Comitato economico e sociale sui servizi di interesse generale del 1999, punti 1.3 e 1.4.

⁸⁶ Considerando n. 4, Dir. 2002/22/CE, in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica ("direttiva servizio universale"); cfr. *Libro bianco sui servizi di interesse generale* adottato dalla Commissione europea nel 2004: "i cittadini e le imprese hanno il diritto di pretendere l'accesso a servizi di interesse generale di alta qualità e a prezzi abbordabili in tutta l'Unione europea (...). In tale contesto, il servizio universale rappresenta un concetto chiave sviluppato dalla Comunità per garantire l'effettiva accessibilità dei servizi essenziali. Esso stabilisce il diritto di ogni cittadino di accedere a taluni servizi considerati essenziali e impone l'obbligo alle industrie di fornire un servizio definito a condizioni specificate, che includono fra l'altro una copertura territoriale totale a prezzi abbordabili".

⁸⁷ In *Foro it.*, 2011, 5, I, 1332.

⁸⁸ M. CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, cit.

sfera soggettiva di un ente pubblico che se ne rende garante e responsabile attraverso la fissazione di obblighi di servizio pubblico e il controllo sull'attività svolta⁸⁹.

1.3. Gli ambiti territoriali di organizzazione del servizio.

Un altro contenuto delle recenti riforme in materia di servizi pubblici locali che tocca l'organizzazione del servizio, è la previsione che questa avvenga per ambiti (territoriali o d'utenza) "ottimali": nel presente paragrafo se ne ricercheranno le ragioni e individueranno le problematiche applicative.

L'analisi economica⁹⁰ ha posto in evidenza i benefici derivanti dalle economie di scala. Queste si realizzano quando i costi per la produzione di un dato bene o la fornitura di un certo servizio decrescono all'aumento della quantità del bene o servizio prodotta o fornita, facendo crescere i rendimenti (rendimenti di scala): più unità si producono, più diminuisce il costo unitario. Esse si verificano tipicamente in quei settori produttivi che presentano alti costi fissi di produzione, cioè costi che rimangono significativi e costanti anche per una minima quantità di beni o servizi; oppure, quando il costo marginale di produzione è per altri fattori decrescente all'aumento della quantità prodotta.

Il legislatore si mostra sensibile a queste tematiche, dettando previsioni normative che prendono in considerazione le economie di scala: tra queste, l'art. 4, co. 11, lett. *b*, del d.l. n. 138 del 2011, che dispone che il bando di gara o la lettera di invito alle procedure competitive ad evidenza pubblica per il conferimento della gestione di servizi pubblici locali deve assicurare che la definizione dell'oggetto della gara garantisca il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma. Questo elemento ha incidenza anche sull'organizzazione amministrativa⁹¹. Se, infatti, "ogni organizzazione è disegnata in funzione di interessi umani ed è il

⁸⁹ In giurisprudenza, in tal senso, già Cons. St., sez. V, 7 agosto 2002, n. 4152, in *Foro amm.* 2003, 246; Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6574, in *Cons. Stato*, 2004, I, 2107; Cons. Stato, 10 ottobre 2005, n. 5467, in *Foro amm. CDS*, 2005, 10, 3003; Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352, in *www.giustamm.it*.

⁹⁰ M. LIEBERMAN, R.E. HALL, *Principi di economia*, Milano, 2006, p. 185 ss.; M. MORRONI, *L'impresa competitiva. Conoscenza e sviluppo in condizioni di incertezza*, Roma, 2010, p. 125 ss.

⁹¹ Cfr. G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, p. 304.

territorio che alimenta, individua, circoscrive questi interessi”, nell’attività di organizzazione si devono individuare gli strumenti più atti a soddisfarli, cosicché il territorio viene in considerazione come misura del bisogno amministrativo nella sua concretezza e attualità, e del modo migliore, ottimale, di soddisfarlo, in modo tale che si stabilisca la dimensione organizzativa tecnicamente più corretta per la prestazione e per il godimento dei servizi stessi (territorio-efficienza)⁹². E, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, in taluni casi questa dimensione non coincide, proprio per la presenza di fattori che realizzano economie di scala, con il territorio comunale.

Per questo si era avvertita⁹³ la problematica del fatto che i servizi pubblici locali fossero stati modellati su uno schema insensibile alle dinamiche territoriali, in quanto legato rigidamente alla dimensione municipale. La dimensione territoriale del mercato appariva⁹⁴ fondamentale sia per la stessa riuscita di una privatizzazione o liberalizzazione, poiché gli operatori privati si sarebbero candidati a diventare gestori del servizio solo se la dimensione del mercato fosse stata tale da essere remunerativa; sia, più in generale, per l’esigenza di razionalizzare la gestione dei servizi, evitando la dispersione e la frammentazione gestionali, e di favorirne l’erogazione secondo i criteri dell’efficienza, dell’efficacia e dell’economicità.

In passato si era così auspicato⁹⁵ un intervento del legislatore statale finalizzato a determinare in capo alle Regioni un potere di allocazione dei servizi tra i vari livelli istituzionali, prefigurato dall’art. 22, co. 1, della l. n. 142 del 1990, che richiamava, come enti deputati alla gestione dei servizi pubblici, i Comuni e le Province, con riferimento “all’ambito delle rispettive competenze”. Si prospettava, allora, un potere programmatico regionale teso a realizzare il principio di adeguatezza nella gestione dei servizi pubblici, attraverso l’individuazione di bacini di utenza ottimali per quei servizi che per caratteristiche e tipologie richiedessero determinazioni non meramente locali.

⁹² M. NIGRO, *Gli enti pubblici con dimensione territoriale definita*, cit., p. 541.

⁹³ Come sottolinea G. PITRUZZELLA, *Servizio pubblico locale e servizi pubblici locali nel territorio*, in atti del convegno *La riforma dei servizi pubblici locali. Un’occasione per l’impresa e per le istituzioni locali*, Roma, 2007.

⁹⁴ G. PITRUZZELLA, op. cit.

⁹⁵ G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, cit., p. 22.

A dare risposta a queste esigenze sono riconducibili, da un lato, le previsioni relative all'esercizio associato di servizi; dall'altro quelle relative all'ambito territoriale di gestione ed erogazione del servizio.

Tra le prime, l'art. 6, co. 1, della l. 3 agosto 1999, n. 265, poi riprodotto nell'art. 33 del d.lgs. n. 267 del 2000, aveva stabilito la predisposizione, da parte delle Regioni, in accordo con i Comuni, di un programma di individuazione degli ambiti per la gestione associata sovracomunale di funzioni e servizi, realizzato anche attraverso le Unioni, che poteva prevedere altresì la modifica di circoscrizioni comunali e i criteri per la corresponsione di contributi e incentivi alla progressiva unificazione. Inoltre, al fine di favorire il processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, le Regioni avrebbero dovuto provvedere a disciplinare, con proprie leggi, nell'ambito del programma territoriale, le forme di incentivazione dell'esercizio associato delle funzioni da parte dei Comuni, con l'eventuale previsione nel proprio bilancio di un apposito fondo. Vari interventi normativi recenti hanno, successivamente, incrementato tali forme di gestione associata: tra questi l'art. 14, co. 28-30, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito da l. 30 luglio 2010, n. 122, come modificato dall'art. 16, co. 22, del d.l. n. 138 del 2011, n. 138, ha previsto che le funzioni fondamentali dei Comuni previste dall'art. 21, co. 3, della l. 5 maggio 2009, n. 42⁹⁶, per i Comuni con popolazione superiore a 1.000 e fino a 5.000 abitanti, salvo alcune eccezioni, debbano essere obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o Unione. Inoltre, ha previsto che la Regione, nelle materie di competenza legislativa concorrente ed esclusiva, debba individuare con propria legge, previa concertazione con i Comuni interessati nell'ambito del Consiglio delle autonomie locali, la dimensione territoriale ottimale e omogenea per lo svolgimento in forma associata da parte dei Comuni, che raggiungano un limite demografico minimo (pari a 10.000 abitanti o al diverso limite stabilito dalla Regione), delle predette funzioni, con l'eccezione dei Comuni capoluogo di provincia e i Comuni con un numero di abitanti superiore a 100.000.

⁹⁶ E cioè funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo, funzioni di polizia locale, funzioni di istruzione pubblica, ivi compresi i servizi per gli asili nido e quelli di assistenza scolastica e refezione, nonché l'edilizia scolastica, funzioni nel campo della viabilità e dei trasporti, funzioni riguardanti la gestione del territorio e dell'ambiente (fatta eccezione per il servizio di edilizia residenziale pubblica e locale e piani di edilizia, e per il servizio idrico integrato), funzioni del settore sociale.

Tra le seconde, vi sono le disposizioni che, per il servizio idrico integrato, il servizio di smaltimento dei rifiuti, e il servizio di distribuzione del gas, hanno previsto l'organizzazione del servizio su ambiti territoriali.

Per i primi due servizi, "Ambiti territoriali ottimali" individuati dalla Regione, introdotti sin dal 1994 nel settore idrico, e dal 1998 nel comparto dei rifiuti, poi previsti negli artt. 147 e 200 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. In corrispondenza di essi si erano istituiti soggetti con personalità giuridica, le Autorità d'ambito, con i compiti di organizzazione, affidamento e controllo del servizio, funzioni che, dopo la soppressione di tali Autorità operata dal d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito da l. 26 marzo 2010, n. 42, devono essere attribuite con legge regionale a diverso soggetto.

Per il servizio di distribuzione del gas naturale, l'art. 46-*bis* del d.l. 1 ottobre 2007, n. 159, convertito da l. 29 novembre 2007, n. 222, ha basato l'organizzazione del servizio su "ambiti territoriali minimi" per lo svolgimento delle gare di affidamento del servizio, individuati "secondo l'identificazione di bacini ottimali di utenza, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi" dal decreto del Ministero dello sviluppo economico 19 gennaio 2011.

In tutti questi casi si è determinato lo spostamento a livello sovracomunale della titolarità della funzione di organizzazione del servizio⁹⁷.

Successivamente, il modello di organizzazione sovracomunale è stato generalizzato, in via facoltativa, a tutti i servizi, con l'art. 23 *bis*, co. 7, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, che aveva previsto la possibilità, lasciata alla scelta discrezionale degli enti locali, dell'individuazione di "bacini di gara" da parte di Regioni o enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, d'intesa con la Conferenza unificata, e nel rispetto delle normative settoriali: ciò, al fine di "consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale".

Dopo l'abrogazione referendaria di questo articolo, l'art. 3-*bis*, co. 1, del d.l. n. 138 del 2011, *ha previsto che* "a tutela della concorrenza e dell'ambiente", le Regioni debbano organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza

⁹⁷ Cfr. G. CAIA, *Concorrenza e qualità nel servizio pubblico di distribuzione del gas: le gare per l'affidamento in ambiti territoriali minimi*, in www.giustamm.it, 15 luglio 2008.

economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio.

Inizialmente esteso a tutti i servizi, l'ambito applicativo della disposizione è stato limitato, in sede di conversione del decreto legge, a quelli a rete; categoria peraltro di non immediata individuazione, data la mancanza di definizione legislativa del concetto di rete⁹⁸. Si possono ritenere tali quelli per la cui erogazione si utilizzi un'infrastruttura fisica fissa e distribuita sul territorio, quali il trasporto pubblico locale su rotaia, la distribuzione di acqua e di gas naturale; dubbia è invece la qualificabilità del servizio di gestione dei rifiuti urbani come servizio a rete⁹⁹.

La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Si indica, quindi, la Provincia come ambito territoriale minimo; il che significa che la Regione può individuare l'ambito ottimale di gestione del servizio in una dimensione territorialmente superiore a quella provinciale, non corrispondente a quella di un ente di governo territoriale già costituito.

⁹⁸ La nozione di rete nei servizi pubblici locali è stata introdotta dall'art. 35 della l. n. 448 del 2001, intervento normativo con il quale la proprietà delle reti è stata separata dalla gestione del servizio, ma non è stata definita.

La dottrina (M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 519 ss.) ha individuato nelle reti le attrezzature diffuse e tra loro connesse su cui corre il prodotto dell'attività, come, nel servizio di distribuzione del gas, le tubazioni stradali, nel servizio idrico integrato, le tubature idriche e fognarie. Il Consiglio di Stato (sez. V, 23 gennaio 2008, n. 156, in *Foro it.*, 2008, 11, III, 565) ha affermato che la nozione di rete contenuta nell'art. 113, co. 14, del d.lgs. n. 267 del 2000, che prevedeva la possibilità di autorizzare il soggetto proprietario alla gestione del servizio, corrisponda solo a "quelle infrastrutture fisse, complesse e non facilmente riproducibili (quali le linee ferroviarie, i gasdotti, le reti idriche, quelle telefoniche, ecc.) che attengono ai settori del trasporto, dell'energia e delle telecomunicazioni, e ha affermato che non sono tali le attrezzature mobili, ove del caso deperibili ed agevolmente duplicabili, come sono quelle che afferiscono allo svolgimento del servizio di igiene urbana, nei suoi specifici segmenti relativi alla raccolta ed al trasporto dei rifiuti".

⁹⁹Per questo è stato presentato alla Camera un ordine del giorno (9/5025/109, 22 marzo 2012, seduta n. 609, in <http://parlamento.openpolis.it>) per impegnare il Governo a fornire un'interpretazione autentica dell'espressione "a rete", chiarendo l'ambito applicativo dell'art. 3-bis, poiché non è chiaro se questo articolo "si applichi anche al servizio rifiuti, al servizio giardini, ai servizi cimiteriali e agli altri servizi pubblici locali diversi da quelli che utilizzano reti fisiche per la propria diffusione territoriale, come ad esempio i servizi idrici, l'energia elettrica o il gas".

In via di deroga alla dimensione minima provinciale, è disposto che le Regioni possano individuare specifici bacini territoriali di dimensione inferiore alla provinciale, “motivando¹⁰⁰ la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei Comuni” (proposta presentata entro il 31 maggio 2012, previa lettera di adesione dei sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito in forza di convenzione).

La nuova disciplina fa salva l’organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee (quale quella relativa al servizio di distribuzione del gas), quella prevista da discipline di settore vigenti (quali quelle relative al servizio idrico e di gestione dei rifiuti), e quella prevista da disposizioni regionali che abbiano già avviato la

¹⁰⁰ Si introduce, così, nel caso in cui l’individuazione degli ambiti sia effettuata non con provvedimento amministrativo ma con legge regionale, un obbligo di motivazione.

La dottrina classica ha negato che la legge possa essere motivata, in quanto libera nei fini.

Tuttavia, posizioni più recenti sono di apertura, e così anche quella della Corte Costituzionale. Con riferimento alla censura dello statuto della regione Emilia Romagna relativa all’art. 17, che prevede la possibilità di una istruttoria pubblica per la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, i quali dovranno poi essere motivati con riferimento alle risultanze istruttorie, infatti, la Corte ha affermato che “quanto ai rilievi relativi al fatto che in tal caso “il provvedimento finale è motivato con riferimento alle risultanze istruttorie”, anche volendosi in questa sede prescindere dalla contestabile configurabilità della legge sul procedimento amministrativo come parametro di costituzionalità, basta considerare che l’art. 3, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), non impone, ma certo non vieta, la motivazione degli atti normativi; ed in ogni caso - come ben noto - la motivazione degli atti amministrativi generali, nonché di quelli legislativi è la regola nell’ordinamento comunitario: sembra pertanto evidente che la fonte statutaria di una Regione possa operare proprie scelte in questa direzione” (Corte Cost., 6 dicembre 2004, n. 379, in *Giur. cost.*, 2004, 6, punto 5 dei considerati in diritto). In sostanza, dunque, la Corte ha ritenuto la richiesta motivazione della legge costituzionalmente conforme al sistema delle fonti, implicitamente riconoscendo che il principio del divieto di motivazione delle leggi non è presente nell’ordinamento positivo; il richiamo della Corte al diritto europeo, invece, è parso avere possibili implicazioni “sovversive”, essendo proprio di un sistema non democratico, in cui non è percepibile la differenza tra atto amministrativo e legge, e in cui, mancando anche il concetto di sovranità e rappresentanza, è assente il substrato logico-filosofico su cui poggia il divieto di motivazione delle leggi (S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008, p. 186 ss.).

costituzione di ambiti o bacini territoriali di dimensione non inferiore a quella provinciale. Tra queste, rientra l'organizzazione territoriale del servizio idrico integrato e di gestione integrata dei rifiuti prevista in Emilia Romagna dalla l.r. 23 dicembre 2011, n. 23, che ha individuato come ambito territoriale ottimale l'intero territorio comunale.

In caso di inattuazione del disposto entro il termine del 30 giugno 2012, si prevede l'attivazione del potere sostitutivo del Consiglio dei Ministri, "a tutela dell'unità giuridica ed economica", ai sensi dell'art. 120 della Costituzione, secondo le modalità previste dall'art. 8 della l. 5 giugno 2003, n. 131.

Dall'individuazione degli ambiti consegue che la competenza dello svolgimento dell'analisi di mercato e dell'adozione della delibera quadro viene attribuita all'ente di governo locale dell'ambito o del bacino, pare, ente di governo territoriale già costituito, cioè una Provincia o un Comune: in coerenza con la già avviata soppressione delle Autorità d'ambito e le esigenze di contenimento della spesa pubblica, e quindi di razionalizzazione degli enti, non si sono configurati nuovi enti intermedi tra ente affidante e gestore del servizio

E tale ente può ritenersi che provvederà anche all'affidamento e all'aggiudicazione del servizio; ulteriore competenza attribuita all'ente di governo locale dell'ambito o del bacino è quella prevista dall'art. 3-bis del d.l. n. 138 del 2011, di vigilanza sull'osservanza da parte delle società *in house* dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

1.4. Le esigenze di contenimento della spesa pubblica locale.

Del peso economico dei servizi pubblici locali sull'economia nazionale è testimonianza il fatto che spesso, come negli ultimi interventi, le riforme del settore sono inserite in manovre di finanza pubblica.

In particolare, il citato art. 23-bis è stato introdotto con il d.l. n. 112 del 2008, "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria", la cui finalità, indicata nell'art. 1 del decreto, consiste nel conseguire una riduzione dell'indebitamento, mantenendo il rapporto tra debito pubblico e PIL entro certi valori, e la crescita del tasso di incremento del PIL attraverso, tra l'altro, lo sviluppo dell'attività imprenditoriale e il rilancio delle privatizzazioni.

Il citato art. 4, a sua volta, è contenuto all'interno del titolo dedicato alle "Liberalizzazioni, privatizzazioni ed altre misure per favorire lo sviluppo", nel d.l. n. 138 del 2011, "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo", che contempla misure finalizzate a raggiungere l'obiettivo di pareggio di bilancio¹⁰¹.

Le misure a tali fini predisposte, mezzi non condivisi dall'Anci, che ha dichiarato che "non si capisce in che modo queste norme possano concorrere agli obiettivi di finanza pubblica perseguiti dal decreto"¹⁰², sono state la limitazione dei casi di affidamenti a società *in house* e la limitazione dei casi di gestione in esclusiva, con il fine di sviluppare l'impresa, e l'incentivo di dismissioni di partecipazioni in società a capitale pubblico.

Questo paragrafo sarà dedicato all'esame di quest'ultimo punto, che lega tali disposizioni con altre che, perseguendo le medesime esigenze di contenimento della spesa pubblica, acuite dalla crisi economico-finanziaria, hanno previsto in generale divieti alla costituzione e al mantenimento di società da parte degli enti locali, e varie forme di limiti alle spese ad esse inerenti.

L'origine di queste disposizioni è da rinvenire anche nel fatto che gli enti locali sono tenuti a concorrere con lo Stato per il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica derivanti dalla partecipazione all'Unione Europea.

L'art. 126 del TFU prevede che gli Stati membri debbano evitare disavanzi pubblici eccessivi, sotto il controllo della Commissione; e a questa finalità sono volte le misure contenute nel "Patto di stabilità e crescita". Nell'ordinamento interno, ai sensi dell'art. 31 della l. 12 novembre 2011, n. 183, il "Patto di stabilità interno degli enti locali" comporta che, "ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica, le province e i comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti e, a decorrere dall'anno 2013, i comuni con popolazione compresa tra 1.001 e 5.000 abitanti, concorrono alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica" nel rispetto delle disposizioni stabilite dal legislatore statale, "che costituiscono principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica ai sensi degli articoli 117, terzo comma, e 119, secondo comma, della Costituzione".

¹⁰¹ Come risulta dal *dossier* di documentazione del servizio del bilancio di Camera e Senato, agosto 2011: obiettivo delineato nel Documento di economia e finanza e nel Programma di stabilità presentati dal Governo nell'aprile 2011 e oggetto della raccomandazione del 7 giugno della Commissione europea.

¹⁰² Comunicazione Ancì, 25 agosto 2011, in www.parlamento.it.

E ai vincoli derivanti da questo patto di stabilità interno, ai sensi dell'art. 18, co. 2-*bis*, del d.l. n. 112 del 2008¹⁰³, sono assoggettate, secondo le modalità definite da un decreto ministeriale, “le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara”.

Dubbio è il riferimento alle società a partecipazione pubblica di controllo che siano titolari di affidamenti diretti, che pare possa riguardare anche società con partecipazione privata. Nel d.l. n. 138 del 2011, peraltro, non se ne fa riferimento, mentre si ripete, in due articoli (art. 3-*bis*, co. 5 e art. 4, co. 14), la previsione dell'assoggettamento delle società *in house* ai vincoli derivanti dal patto di stabilità interno, sulla cui osservanza vigilano l'ente locale o l'ente di governo dell'ambito.

Ma anche per le società che non sono *in house* si rappresenta la problematica del contenimento della spesa pubblica locale.

A questo punto pare necessario fare qualche riferimento alle relazioni finanziarie tra l'ente e la società.

Relativamente alle entrate che l'ente locale può ottenere dalle proprie società partecipate, queste possono consistere nella riscossione del canone di concessione e corrispettivi contrattuali, e nella percezione di utili, entrate correnti. Se in molti casi i risultati economici delle *public utilities* registrati¹⁰⁴ sono positivi, soprattutto nei settori profittevoli (l'energia *in primis*), tuttavia vi sono settori (soprattutto il trasporto pubblico locale e i servizi ambientali), in cui i risultati sono per lo più insoddisfacenti.

¹⁰³ La Corte Costituzionale, con la sentenza 17 novembre 2010, n. 325, cit. (punto 12.6), ha giudicato illegittima costituzionalmente la previsione dell'art. 23-*bis*, co. 10, lett. *a*, del d.l. n. 112 del 2008, che demandava alla potestà regolamentare dello Stato di prescrivere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, perché l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (sentenze n. 284 e n. 237 del 2009; n. 267 del 2006), di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l'art. 117, co. 6, Cost. attribuisce allo Stato la potestà regolamentare: tale prescrizione, dunque, se contenuta in una legge statale è legittima costituzionalmente.

¹⁰⁴ Cfr. *Le Società controllate dai maggiori Comuni italiani: Bilanci - edizione 2008*, ricerca realizzata dall'Ufficio Studi di Mediobanca per la Fondazione Civicum di Milano, in cui vengono posti a confronto i bilanci delle società controllate dai Comuni di Milano, Napoli, Roma, Torino, Brescia e Bologna.

Come evidenziato dalla Corte dei conti in un proprio atto di indagine sul fenomeno¹⁰⁵, numerose sono le società partecipate in perdita: il 43,67% del totale delle società partecipate nel 2005, il 40,59% nel 2006, il 38,92% nel 2007¹⁰⁶; in tale triennio le società sempre in perdita rappresentano il 22,35% del totale; tra queste, il 37,68% opera nel campo dei servizi pubblici locali¹⁰⁷, e in particolare nel settore dei trasporti (19%), nel settore ambiente (7,57%), nel settore idrico (5,46%), nel settore dell'energia (5,63%)¹⁰⁸; tra queste, ancora, il 5,6% ha patrimonio netto negativo (e il 4% di queste società operano nel settore dei servizi pubblici locali, in particolare in quello dei rifiuti).

Ciò ha ripercussioni sul bilancio dell'ente locale, nel caso in cui questo provveda al ripiano delle perdite direttamente¹⁰⁹ o attraverso ricapitalizzazione, oppure sul valore patrimoniale della partecipazione sociale, comportando di fatto un depauperamento delle risorse pubbliche, in caso di mancato ripiano o ricapitalizzazione.

¹⁰⁵ Corte Conti, sez. autonomie, relazione 30 giugno 2010, n. 14, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹⁰⁶ Relazione cit., p. 118. Tali dati non sono però completi, riguardando il 72,22% del totale di Comuni e Province (p. 52). I dati rendono anche evidenti differenze a livello regionale (pp. 73, 76, 78).

¹⁰⁷ Nella sola regione Lombardia, negli enti locali superiori a 5000 abitanti, nel 2008 su 520 società locali di erogazione di servizi pubblici locali, 155 hanno presentato perdite, e 8 patrimonio netto negativo; i flussi finanziari dagli enti verso le partecipate è ammontato a 712 milioni di euro, lo 0,59% dei quali per ripiano perdite, mentre i flussi verso gli enti locali sono stati pari a 376 milioni di euro, il cui 57,14% per utili (Corte Conti, sez. regionale controllo Lombardia, del. n. 1088 del 1009, in www.corteconti.it).

¹⁰⁸ Relazione cit., pp. 72-73.

¹⁰⁹ Che è avvenuto nel 23% dei casi esaminati nella relazione cit. (p. 74). Il ripiano delle perdite costituisce spesa corrente, quindi non è ammissibile il ricorso all'indebitamento, come con la concessione di mutuo, ammissibile solo per finalità di investimento (Corte Conti, sez. reg. contr. Abruzzo, delib. n. 578 del 2007; sez. reg. contr. Marche, delib. n. 22 del 2007; sez. reg. contr. Puglia, delib. n. 65 del 2007; sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 385 del 2009; sez. reg. contr. Lazio, delib. n. 67 del 2009, in www.corteconti.it): oltre al divieto costituzionale dell'art. 119, vale la disposizione dell'art. 3, co. 19, della l. n. 350 del 2003, che prevede che gli enti locali "non possono ricorrere all'indebitamento per il finanziamento di conferimenti rivolti alla ricapitalizzazione di aziende o società finalizzata al ripiano di perdite. A tal fine l'istituto finanziatore, in sede istruttoria, è tenuto ad acquisire dall'ente l'esplicazione specifica sull'investimento da finanziare e l'indicazione che il bilancio dell'azienda o della società partecipata, per la quale si effettua l'operazione, relativo all'esercizio finanziario precedente l'operazione di conferimento di capitale, non presenta una perdita di esercizio".

Ad arginare questo fenomeno è intervenuto il d.l. n. 78 del 2010, con due disposizioni: si è posto l'obbligo di dismissione, in taluni casi, e il divieto di ricapitalizzazione per le società che siano in perdita.

L'art. 14, co. 32, del decreto, ha infatti stabilito che i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti (ma non nel caso di società costituite da più Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti), entro il 31 dicembre 2012, devono mettere in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto, ovvero ne devono cedere le partecipazioni, salvo se tali società abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi, non abbiano subito nei precedenti esercizi riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio, e non abbiano subito nei precedenti esercizi perdite di bilancio in conseguenza delle quali il Comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.

L'art. 6, co. 19, del medesimo decreto, invece, ha stabilito che le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato individuate nell'elenco ISTAT (Comunicato 30 settembre 2011), non possono effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali.

È quindi da ritenersi implicitamente e parzialmente abrogato l'art. 194, co. 1, lett. c, del d.lgs. n. 267 del 2000, che prevede che gli enti locali possano, con delibera consiliare che adotta contestualmente i provvedimenti necessari per il ripiano degli eventuali debiti, riconoscere la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da ricapitalizzazione di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali.

Ciò ad eccezione del caso in cui il capitale, per la perdita di oltre un terzo, si riduca al di sotto del minimo, il che rende necessario l'aumento del capitale per una cifra non inferiore al minimo, ai sensi dell'art. 2447 c.c.; ad eccezione dei trasferimenti a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse¹¹⁰; e ad eccezione dei trasferimenti per la realizzazione di investimenti; inoltre, con decreto del

¹¹⁰ I contributi erogati dall'ente locale a compensazione di tariffe sociali imposte costituiscono il corrispettivo di un servizio il cui costo è assunto totalmente o parzialmente dalla collettività locale; e il relativo importo costituisce spesa corrente che deve essere già prevista nel bilancio di previsione (Corte Conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 36 del 2009, in www.corteconti.it).

Presidente del Consiglio dei Ministri adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei Conti, possono essere autorizzati i trasferimenti finalizzati a salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata.

Nel caso, invece, di liquidazione della società non sussiste un obbligo per il Comune di assumere a carico del proprio bilancio i debiti societari rimasti insoddisfatti all'esito della procedura di liquidazione, anche nel caso di società *in house*¹¹¹, poiché si applica la disciplina comune.

In questa, principio generale in materia di responsabilità per debiti è che nelle società per azioni e in quelle a responsabilità limitata per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio (rispettivamente, artt. 2325, co. 1, c.c. e 2462, co. 1, c.c.). In via eccezionale il codice ha previsto che il socio risponda illimitatamente per le obbligazioni sociali, nel caso di società con socio unico, se ometta adempimenti di cui è onerato (artt. 2325, co. 2 e 2462, co. 2, c.c.), ovvero sussidiariamente (entro le somme riscosse in base al bilancio finale di liquidazione) per i debiti sociali rimasti insoddisfatti dopo la fase liquidatoria (art. 2495, co. 2, c.c.).

Ulteriore ipotesi è la responsabilità cui sono soggette le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, anche sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime: l'art. 2497 c.c. prevede che tali soggetti siano direttamente responsabili nei confronti dei soci di

¹¹¹ Corte conti, sez. reg. contr. Basilicata, delib. n. 28 del 2011, in www.corteconti.it, che però riconosce che, pur non ricorrendo alcuna obbligatorietà, non si può astrattamente escludere che il Comune possa deliberare l'accollo di detti debiti: si tratta di una scelta del tutto discrezionale che va adeguatamente motivata, e che impone che si individui lo schema causale di contratto al quale ricondurre l'operazione di assunzione del debito, che si dia conto delle ragioni di vantaggio e di utilità evidente per l'ente che la giustificano, e che si verifichi se le condizioni finanziarie dell'ente la permettono. La pronuncia chiarisce anche il procedimento contabile da porre in essere: escluso il ricorso al riconoscimento del debito fuori bilancio, in quanto l'elencazione delle fattispecie ammesse dall'art 194 del d.lgs. n. 267 del 2000 è tassativa (in tal senso, anche Corte Conti, sez. reg. contr. Liguria, delib. n. 2 del 2005, in www.corteconti.it), si devono seguire le procedure ordinarie disciplinate dall'art. 191 d.lgs. n. 267 del 2000, provvedendo al previo stanziamento in bilancio, che assume valenza autorizzatoria.

queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società, fermo restando che non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette; il socio ed il creditore sociale, se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento, possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Quanto all'ambito applicativo di questa disposizione, ai sensi dell'art. 2497-*sexies* si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359, e cioè dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, oppure dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria, oppure esercita una "influenza dominante" in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

E la dottrina già da tempo ritiene applicabile questa disposizione anche agli enti pubblici territoriali, laddove svolgano attraverso la società da essi controllata attività di impresa¹¹².

Le società a capitale interamente pubblico, quindi, anche se non affidatarie dirette, *in house*, possono dirsi controllate dall'ente locale di riferimento, così come le altre in cui ricorrono le condizioni stabilite dall'art. 2497-*sexies*. Tuttavia, resta da chiarire se le società di erogazione di servizi pubblici locali possano dirsi dirette dall'ente locale nell'interesse imprenditoriale "proprio o altrui"; resta da chiarire se siano detenute dall'ente locale "nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica e finanziaria", come richiesto dalla norma di interpretazione autentica del disposto, l'art. 19, co. 6, del

¹¹² A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 4, II, p. 842 ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, p. 1 ss.; C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI-M. DUGATO, Torino, 2008, p. 110-112; A. CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Le Società*, 2008, 5, p. 557 ss.; F. FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e dell'attività*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2011, 17, p. 20 ss.

d.l. n. 78 del 2009, che ha appunto stabilito che tale articolo si applica ai “soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell’ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica e finanziaria”.

Pare potersi affermare che l’articolo è applicabile alle società di erogazione di servizi pubblici locali, in quanto condizione di applicabilità dell’articolo è che queste siano partecipate dall’ente pubblico locale per svolgere un’attività economica, anche se dirette a realizzare pubbliche finalità¹¹³. Le società *in house*, tuttavia, così come le società strumentali di cui all’art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, sono state qualificate dalla Corte Costituzionale come società che non svolgono attività di impresa; in relazione ad esse, dunque, effettivamente si pone il problema interpretativo relativo all’applicabilità del disposto¹¹⁴.

Il legislatore ha, poi, in varie disposizioni e con diverse modalità incentivato la dismissione di partecipazioni societarie.

Attraverso la disciplina del regime transitorio, ha previsto un prolungamento dell’affidamento nel caso di dismissioni: l’art. 4, co. 32, lett. *d*, del d.l. n. 138 del 2011, dispone che “gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione in capo a soci pubblici detentori di azioni alla data del 13 agosto 2011, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015”.

Sul punto, e relativamente alle scadenze anticipate degli affidamenti in corso a società *in house* e miste non conformi alla nuova disciplina, paiono condivisibili le perplessità espresse dall’ANCI, che ha affermato: “se proprio si volesse perseguire una strategia organica e positiva per i Comuni e per il Paese di

¹¹³ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, IV, Padova, 2010, p. 760.

¹¹⁴ Così il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, nel *Documento sulla costituzione della Holding*, 2010, in www.cndcec.it, p. 9.

riduzione del debito ed efficientamento dei meccanismi di erogazione dei servizi attraverso l'alienazione degli *asset* societari (detenuti in realtà non solo dai Comuni ma da tutte le amministrazioni pubbliche, incluse quelle regionali e nazionali), bisognerebbe introdurre meccanismi semplici e chiari di premialità per chi riuscisse a trovare compratori privati per gli *asset* veramente vendibili, piuttosto che imporre scadenze e divieti, che rischiano di far perdere valore laddove ce n'è, lasciando in capo all'amministrazione pubblica oneri uguali se non maggiori di quelli che già ha¹¹⁵. E in effetti, la scadenza anticipata pone problemi di ordine economico su due versanti: in primo luogo la scadenza anticipata non consente di recuperare gli investimenti effettuati basandosi sulla scadenza originaria, in secondo luogo determina il deprezzamento delle azioni o quote della società¹¹⁶.

Incentivo alla dismissione è anche la previsione contenuta nell'art. 5 del d.l. n. 138 del 2011, secondo cui con decreto ministeriale si possono attribuire alle Regioni e agli enti locali una quota del Fondo infrastrutture, non superiore ai proventi della dismissione effettuata, e comunque fino a 250 milioni di euro per l'anno 2013 e 250 milioni di euro per l'anno 2014, a vantaggio di investimenti infrastrutturali effettuati dagli enti territoriali che procedano entro il 31 dicembre 2012 ed entro il 31 dicembre 2013 alla dismissione di partecipazione azionarie in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica.

L'art. 20, co. 2, lett. *l*, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, poi, contempla, tra i parametri di virtuosità rilevanti ai fini di ripartire l'ammontare del concorso alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, qualsiasi "operazione di dismissione di partecipazioni societarie nel rispetto della normativa vigente".

Talune disposizioni hanno, poi, vietato la costituzione di società o l'acquisto di nuove partecipazioni, e imposto la dismissioni di quelle esistenti.

L'art. 3, co. 27-32, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, ha stabilito che le amministrazioni non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che

¹¹⁵ Comunicazione Anci, 25 agosto 2011, in *www.parlamento.it*.

¹¹⁶ M. DUGATO, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 1, p. 57.

forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni.

L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza di questi presupposti; e tale delibera è trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti.

Le partecipazioni che non rientrano in quelle consentite devono essere cedute a terzi, attraverso procedure ad evidenza pubblica; così si sarebbe dovuto procedere entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della legge.

Questi divieti sono stati letti dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 8 maggio 2009, n. 148¹¹⁷, come disposizioni rientranti nella materia di competenza legislativa statale esclusiva della tutela della concorrenza, (come recita l'*incipit* della disposizione), materia che secondo la giurisprudenza costituzionale comprende "le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione" e quelle "di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche"¹¹⁸.

Le argomentazioni della Corte non paiono condivisibili, poiché¹¹⁹ la Corte riprende quelle della sentenza n. 326 del 2008 (su cui, *infra*, par. 3.5) applicandole a disposizioni aventi oggetto differente (mentre la Corte le ritiene di "contenuto omologo"), e conseguentemente finalità diversa. In quella sentenza, infatti, si è giudicata la legittimità costituzionale di disposizioni che pongono limiti a società, e non alla costituzione o al mantenimento di esse da parte dell'ente locale.

Non si comprende, dunque, l'affermazione della Corte secondo cui scopo della norma sarebbe quello di evitare che "soggetti dotati di privilegi" svolgano attività

¹¹⁷ In *Foro it.*, 2010, 3, I, 786.

¹¹⁸ Corte Cost., 14 marzo 2008, n. 63, in *Foro it.*, 2008, 5, I, 1369, e 14 dicembre 2007, n. 430, in *Giur. cost.*, 2007, 6.

¹¹⁹ Come efficacemente messo in luce da G. GRÜNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in *Giust. amm.*, 2011.

economica fuori dei casi in cui ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali ovvero per la produzione di servizi di interesse generale, al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, essendo quindi preordinata a scongiurare una “commistione” che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole per la concorrenza.

Il ritenere che gli enti locali che svolgono attività economica, e le società dagli stessi costituite per esercitare quest’attività, siano “soggetti dotati di privilegi”, e realizzino una “commistione” potenzialmente pregiudizievole per la concorrenza, in realtà pare criticabile, perché non tiene conto non solo della disciplina europea in materia (su cui, *infra*, par. 4.5), che invece, dalla sua posizione di neutralità, richiede solo che non siano violate in concreto le norme poste dal Trattato a tutela della concorrenza. Ma, prescindendosi¹²⁰ dall’impostazione europea delle politiche di concorrenza, non tiene conto, in generale, della possibile realizzazione della concorrenza in senso soggettivo ed oggettivo, in cui, assicurata la presenza sul mercato di una pluralità di operatori economici, le condizioni di mercato non sono suscettibili di essere influenzate da uno qualsiasi di essi¹²¹, in presenza di un operatore economico partecipato da un ente pubblico.

Non pare, infatti, “che la mera costituzione, da parte di un ente pubblico, di una società commerciale che persegua scopi lucrativi ed estranei ai fini istituzionali dell’ente pubblico medesimo sia idonea a determinare *necessariamente e per ciò solo* un pregiudizio alla concorrenza. Tutto dipende, infatti, dal regime giuridico al quale questa risulti sottoposta. Se tale regime è quello di mercato, senza alcun indebito aiuto da parte dell’ente pubblico socio o alcuna altra forma di ingiustificato privilegio, non si arreca alcun pregiudizio alla concorrenza”¹²².

La vera finalità perseguita dalla disposizione, dunque, pare quella, enunciata nella relazione al disegno di legge, di evitare “forme di abuso (la cui esistenza è verosimile, tenuto conto che sono circa tremila, ad esempio, le società partecipate

¹²⁰ Come in effetti pare si faccia, in questa e in altre pronunce della giurisprudenza nazionale (v. *infra* nel cap. IV) e nella legislazione recenti, che vanno al di là di quanto richiesto dal diritto europeo. Questo, effettivamente, si pone su un piano diverso, poiché “la politica di concorrenza comunitaria è stata finalizzata, nei primi decenni, soprattutto al risultato di favorire la libera circolazione delle merci all’interno del territorio comunitario (cioè a un obiettivo diverso da quello delle tradizionali norme antimonopolistiche)” (M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, annali, 2010).

¹²¹ G. FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961.

¹²² G. GRÜNER, *Note minime*, cit.

dalle pubbliche amministrazioni, che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica)", e (soprattutto) quella di contenere le spese pubbliche locali: "lo scopo dichiarato dall'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007 non corrisponde affatto al suo scopo reale", e ciò pare essere dovuto "alla sola intenzione "inconfessata" del legislatore nazionale di riuscire a legiferare comunque su "materie" – o, meglio, su enti pubblici, anche territoriali a fini generali – che oramai, a seguito della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, sembrerebbero fuoriuscite del tutto dalle sue competenze legislative esclusive"¹²³.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza dell'Adunanza plenaria 3 giugno 2010, n. 10¹²⁴, ha invece legato la disposizione al principio di legalità e di funzionalizzazione degli organismi creati dalle pubbliche amministrazioni, ritenendo che questa codifichi un principio già presente nell'ordinamento, per il quale gli enti pubblici "possono dare vita a società, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, solo per il perseguimento dei propri fini istituzionali, e non per erogare servizi contendibili sul mercato" (così l'ordinanza di rimessione, condivisa dal collegio)¹²⁵.

In questa sentenza, il giudice amministrativo afferma che "il sistema, anche anteriormente alla l. n. 244 del 2007, era connotato dalle seguenti coordinate fondamentali: a) l'attività di impresa è consentita agli enti pubblici solo in virtù di espressa previsione; b) l'ente pubblico che non ha fini di lucro non può svolgere attività di impresa, salve espresse deroghe normative; c) la possibilità di costituzione di società in mano pubblica, operanti sul mercato, è ordinariamente prevista da espresse disposizioni legislative; non di rado è la legge a prevedere direttamente la creazione di una società a partecipazione pubblica; d) la costituzione di società per il perseguimento dei fini istituzionali propri dell'ente pubblico è generalmente ammissibile se ricorrono i presupposti dell'*in house* (partecipazione totalitaria pubblica, esclusione dell'apertura al capitale privato, controllo analogo, attività esclusivamente o prevalentemente dedicata al socio pubblico), e salvi specifici limiti legislativi" (punto 34.2).

¹²³ Sempre G. GRÜNER, *Note minime*, cit.

¹²⁴ In *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 1842.

¹²⁵ Diversamente, G. GRÜNER, *Note minime*, cit., coglie – criticamente - la *ratio* di questo pronunciamento nelle esigenze di tutela della concorrenza; ma a noi le argomentazioni relative a queste esigenze non paiono essere il nucleo del ragionamento della Corte.

Da questa prima affermazione pare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ritenga necessario il rispetto del principio di legalità per la costituzione di società non *in house*; il rispetto del vincolo di strumentalità ai fini istituzionali dell'ente per le società *in house*.

Proseguendo, però, il Collegio pare limitare la necessità di previsione legislativa espressa al caso in cui l'ente pubblico non abbia fini di lucro; categoria¹²⁶, in cui il Collegio considera rientrano le Università, costituita dai soggetti contraddistinti dal fatto che istituzionalmente non perseguono un profitto, in senso soggettivo, e non possono perseguirlo: la “non lucratività” connota non tanto lo scopo del soggetto, quanto l'interesse di coloro che ne fanno parte, così come nelle società lucrative il profitto connota essenzialmente l'interesse dei soci.

Il Collegio, poi, aggiunge che, anche per le società commerciali vi è il “limite interno invalicabile della rigorosa strumentalità rispetto alle finalità istituzionali”, strumentalità che può essere anche solo “finanziaria”, e che deve rinvenirsi nell'oggetto sociale; in sostanza, dunque, l'attività da esse svolta non può consistere “un'attività lucrativa fine a sé stessa”¹²⁷.

Diverso è il caso delle società che producono servizi di interesse generale, quali le società miste, le società *in house*, prese in considerazione dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, ma anche le società concorrenti a procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, e quelle che erogano il servizio senza diritto di esclusiva, in concorrenza con altri gestori del servizio: per esse il legislatore ha in via generale ammesso la possibilità per le amministrazioni pubbliche di parteciparvi. In questo caso, infatti, la strumentalità dell'attività di tali società rispetto ai fini istituzionali dell'ente pubblica è *in re ipsa*; nel caso del

¹²⁶ Cfr. M. BASILE, voce *Enti non lucrativi* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, agg. III, 1999.

¹²⁷ Così, nel caso delle Università, l'attività di ricerca e consulenza deve essere strettamente strumentale alle finalità della ricerca e dell'insegnamento, nel senso che deve giovare al progresso della ricerca e dell'insegnamento, oppure procacciare risorse economiche da destinare a ricerca e insegnamento. Nel caso sottoposto al suo esame, il giudice ha ritenuto però che lo statuto e l'atto costitutivo, al di là della formale enunciazione della strumentalità della società rispetto ai fini istituzionali universitari, non avessero indicato con chiarezza i poteri di direttiva dei soci e il potere di controllo della finalizzazione delle attività della società ai fini istituzionali dell'Università, così come non fosse stata indicata con chiarezza la devoluzione degli utili al soddisfacimento dei fini istituzionali.

Comune, infatti, l'erogazione di servizi pubblici, o di interesse generale, locali, è compito istituzionale¹²⁸ attribuito dalla legge.

Quanto alle società *holding* di controllo di società erogatrici di servizi, occorre valutare se l'attuale ordinamento le ammetta.

Queste sono società cui vengono conferite partecipazioni in società che gestiscono servizi, al fine di dirigerle e coordinarle in modo unitario, anche concedendo loro finanziamenti. Esse sono diffuse nelle realtà locali: così, in Emilia Romagna, la struttura organizzativa di Hera si articola in una capogruppo, la Holding Hera SpA, che svolge funzioni di indirizzo e coordinamento sulle società controllate operative sul territorio (Hera Bologna, Hera Ferrara, Hera Ravenna, Hera Rimini, Hera Modena, Hera Forlì-Cesena e Hera Imola-Faenza).

Questa tipologia societaria pare che possa ricondursi, seppur indirettamente, alle società produttrici di servizi di interesse generale, e quindi essere esente dal divieto di costituzione e dall'obbligo di dismissione. Ciò è predicabile con certezza nel caso di *holding* mista, svolgente anche attività operative; ma pare si possa affermare anche nel caso di *holding* pura, la cui attività si limita alla direzione e al coordinamento.

E infatti, come già riconosciuto¹²⁹, questo tipo di *holding* pare si caratterizzi per avere un oggetto sociale costituito dall'esercizio in forma indiretta della medesima attività produttiva o commerciale svolta direttamente dalla partecipata, cioè l'esercizio mediato ed indiretto dell'impresa di gruppo.

Alla luce di questo paiono criticabili le decisioni della Corte dei Conti¹³⁰ in cui si è dubitato dell'ammissibilità della partecipazione in società *holding*, con riferimento all'art. 3 della l. n. 244 del 2007; posizioni che poi si sono evolute nel senso del riconoscimento dell'ammissibilità della partecipazione, poiché "in base all'impianto normativo risultante dall'art. 3, co. 27 e segg. la società *holding* controllata da un ente pubblico ha una capacità limitata e circoscritta dagli

¹²⁸ L'art. 3, co. 2, del d.lgs. n. 267 del 2000, definisce il Comune come l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo; l'art. 112 attribuisce all'ente locale il compito di provvedere alla gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

¹²⁹ F. GALGANO, *Qual è l'oggetto della Holding*, in *Contratto e Impresa*, 1986, p. 327 ss.; F. GALGANO, *Commento a Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439*, in *Riv. dir. comm.* 1991, II, p. 515 ss. In giurisprudenza: Trib. Como 23 marzo 1999, in *Giur. it.*, I, 2, 1999, 1981.

¹³⁰ Corte Conti, sez. autonomie, delib. n. 14 del 2010, in www.corteconti.it.

interessi dell'ente pubblico e non può operare al di fuori del perimetro stabilito dall'ente con la delibera adottata ai sensi dell'art. 3, co. 27 e segg. della legge n. 244 del 2007”¹³¹.

Peraltro, il ricorso alle società *holding* è in aumento¹³², per via delle disposizioni contenute nel d.l. n. 78 del 2010.

L'art. 14, co. 32, di tale decreto, oltre ad aver stabilito che i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti (salvo se le società siano costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti) non possono costituire nuove società, ha disposto che quelli con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società, dovendo, entro il 31 dicembre 2011, mettere in liquidazione le altre società già costituite; e per queste società – e ciò pare privo di coerenza – non viene condizionato l'obbligo di dismissione ad una situazione di perdita, contrariamente a quanto previsto per i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti¹³³.

In tale contesto è parso verosimile che i comuni faranno confluire le partecipazioni in una *multitility*, anche nella forma di *holding*. La Corte dei conti¹³⁴ ha sostenuto che tale modello gestionale potrebbe risultare compatibile con il sistema normativo attualmente vigente solo ove si rivedessero i limiti operativi imposti alle società strumentali dell'ente locale dall'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito in l. n. 248 del 2006, che pone il divieto di acquisire partecipazioni. Tuttavia, in realtà questo articolo esclude dal proprio ambito

¹³¹ Corte Conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 874 del 2010, n. 1051 del 2010 e n. 1 del 2012, in www.corteconti.it

¹³² Come rilevato da Corte Conti, sez. riunite, delib. n. 15 del 2010, in www.corteconti.it.

¹³³ Peraltro, la lettura secondo cui tale limitazione non si sarebbe applicata per le società svolgenti servizi di interesse generale, basata sull'*incipit* della disposizione che faceva salvo quanto previsto dall'art. 3 della l. n. 244 del 2008, è stata (condivisibilmente, in quanto non coerente con il dato letterale) superata, riconoscendosi che le due disposizioni operano su piani diversi: l'art. 3, co. 27, opera sul piano delle finalità che l'ente può raggiungere mediante lo strumento societario, l'art. 14, co. 32, sul piano numerico, essendo stati fissati dei tetti correlati alla densità demografica dell'ente. Pertanto, a prescindere dal tipo di attività svolta - salvo eventuali disposizioni normative speciali che impongano l'esercizio obbligatorio della funzione in forma societaria, secondo il modello delle società cd. di “diritto singolare” - i Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono costituire nuove società se non associandosi con altri enti; i Comuni con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti possono detenere una sola partecipazione (Corte Conti, sez. reg. contr. Emilia Romagna, delib. n. 9 del 2012, in www.dirittodeiservizipubblici.it).

¹³⁴ Corte Conti, sez. autonomie, delib. n. 14 del 2010, in www.corteconti.it.

applicativo le società *holding*. Infatti, l'articolo esclude le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico bancario) dal divieto di partecipazione ad altre società o enti; e poiché le attività di intermediazione finanziaria comprendono anche quelle di "assunzione di partecipazioni", sono tali le società *holding*.

CAPITOLO II

Società a capitale pubblico-privato con socio privato operativo scelto mediante gara

2.1. La società mista come forma ordinaria di gestione dei servizi pubblici locali.

A seguito dell'atteggiamento di disfavore nei confronti delle società *in house*, è ipotizzabile¹³⁵ un rilancio dell'utilizzo della società mista¹³⁶, che non impone al pubblico la rinuncia ad un ruolo gestionale.

Tale forma di gestione dei servizi pubblici locali ha conosciuto un'evoluzione tale, che nell'attuale ordinamento ha perso i connotati tradizionali per diventare una forma di esternalizzazione del servizio, il cui ricorso non si è subordinato, a differenza dell'affidamento *in house*, alla presenza di determinate condizioni¹³⁷.

La modalità di scelta del socio privato è stata centrale, nell'evoluzione del modello.

¹³⁵ G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., p. 53.

¹³⁶ Qui, e di seguito, società mista con socio privato scelto con gara, affidataria del servizio senza "seconda gara".

¹³⁷ Si è superata, in questo modo, la tendenza alla loro assimilazione alle società *in house*, che si era manifestata nel d.d.l. n. 772 del 2006, il cui art. 2 aveva previsto come eccezionale l'affidamento diretto a società a partecipazione mista pubblica e privata: questo sarebbe potuto avvenire ove "reso necessario da particolari situazioni di mercato", dovendo l'ente locale "adeguatamente motivare le ragioni che, alla stregua di una valutazione ponderata", avessero imposto di ricorrere alla società mista, e dovendo "adottare e pubblicare secondo modalità idonee il programma volto al superamento, entro un periodo di tempo definito, della situazione che [avesse ostato] al ricorso a procedure ad evidenza pubblica, comunicando periodicamente i risultati raggiunti a tale fine". In particolare, si voleva prescrivere che "per giungere alla constatazione della necessità di gestione diretta [fosse adottata] una previa analisi di mercato, soggetta a verifica da parte delle Autorità nazionali di regolazione dei servizi di pubblica utilità competenti per settore, ovvero, ove non costituite, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ove si [fosse dimostrata] l'inadeguatezza dell'offerta privata"; si era previsto, inoltre, che le società miste affidatarie dirette non potessero svolgere, né in via diretta, né partecipando a gare, servizi o attività per altri enti pubblici o privati.

Inizialmente, tale selezione veniva effettuata dopo la delibera di costituzione della società mista¹³⁸. Per le società a capitale pubblico di maggioranza la procedura di scelta era regolata dall'art. 56 della l. 8 giugno 1990, n. 142, che rimandava alle procedure previste dalla normativa della Comunità europea, quindi all'evidenza pubblica; per le società a capitale pubblico di minoranza, specifica disciplina era dettata dal D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533, che prevedeva l'applicazione, per le disposizioni non espressamente derogate, della disciplina dettata per gli appalti pubblici di servizi (procedura di gara ristretta, con pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale italiana e comunitaria), e che stabiliva che all'azionariato

¹³⁸ Vi erano, poi, divergenti opinioni sul modo in cui la società veniva investita del compito di gestire il servizio: taluni ritenevano la società concessionaria di pubblico servizio, altri lo escludevano per la distinzione nel testo di legge tra le due forme di gestione, affermando che “tra la costituzione della società e la gestione del servizio non vi è la necessità di un ulteriore atto concessorio” (M. RACCO-G. PETROCELLI, *Il procedimento di scelta del partner privato*, in E. Mele (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici. La società per azioni per gli enti locali*, Milano, 2003, p. 179 ss.). A tale ultima opinione ha aderito il Ministero dell'Interno, con nota del 10 maggio 1994, che ha affermato che l'affidamento del servizio avviene *ope legis*, per il fatto stesso che l'ente sceglie fra i vari modelli indicati dalla legge quello della società a partecipazione pubblica.

In questo senso, si colloca anche la giurisprudenza secondo cui “la società mista rappresenta un modello organizzativo della concessione a terzi, e la deliberazione dell'ente di costituire una società mista per la gestione di un servizio pubblico locale determina, come effetto previsto dalla norma, che, una volta costituita, la società possa produrre il servizio, perché questa è l'attività economica il cui esercizio costituisce il proprio oggetto sociale, (...) sicché non è necessario, ma neppure configurabile, un provvedimento amministrativo di concessione” (Cons. Stato, ad. gen., parere 16 maggio 1996, n. 90, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1640; Corte Cass. SS.UU., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Foro it.*, 2000, I, 802).

Peraltro, proprio in base a questa considerazione la dottrina affermava che “fra ente e società si instaura un rapporto autonomo da quello che per il diritto societario intercorre tra ente azionista e società”, e che per questo essa era tenuta, nei confronti dell'ente politico, a compiere quanto occorreva per la gestione del servizio, mentre l'ente politico non cessava di essere il responsabile della sua gestione nei confronti della collettività, e quindi il titolare del servizio: “oggetto della società è la gestione del servizio e cioè il compimento dell'attività materiale di produzione e distribuzione delle “utilità” in cui il servizio consiste, e non è la titolarità del servizio con i connessi poteri di indirizzo e vigilanza, poteri che sono del tutto estranei all'oggetto della società”. L'ente pubblico sarebbe intervenuto, quindi, non come socio ma nella veste di soggetto cui spetta di assicurare la tutela dell'interesse pubblico connesso alla gestione del servizio (V. OTTAVIANO, *Relazione introduttiva*, in F. Trimarchi (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, *Atti del convegno*, Messina, 22-23 Novembre 1996, Milano, 1999).

diffuso fosse riservata una quota di capitale sociale, definita di comune accordo da soci pubblici e privati.

Posizioni critiche a tale scelta del legislatore si basavano sulla considerazione che il contratto di società, stante la sua natura associativa, legata all'*intuitus personae*, all'entità e qualità delle parti, all'esistenza di una effettiva comunanza di scopi e alla volontà di costituire una collaborazione strutturale e continua nel tempo, mal si conciliava con le procedure a evidenza pubblica. Secondo questa visione, infatti, dalla natura contrattuale dell'atto di adesione al contratto societario non derivava l'applicazione delle norme sui contratti della pubblica amministrazione, poiché queste riguardavano i soli contratti di scambio, comportanti spese a carico dei bilanci delle amministrazioni pubbliche a fronte di prestazioni rese da controparti, ovvero entrate per obblighi assunti da controparti: si riteneva che solo per questo tipo di contratti fosse preminente l'interesse dell'amministrazione a ricercare la controparte economicamente più vantaggiosa¹³⁹.

Così, la dottrina si era divisa, fra chi riteneva che anche nel caso della società a capitale misto prevalentemente pubblico si dovesse dar luogo alla gara per la scelta del socio privato¹⁴⁰, e chi a ciò si opponeva. I primi, in posizione maggioritaria, consideravano che ciò garantisse non solo l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, e quindi l'interesse pubblico alla individuazione del miglior socio, ma anche il principio di libera concorrenza e le situazioni soggettive dei privati imprenditori: essendo la società un contratto, pareva necessario riferirsi alle norme sulla contabilità e sull'attività contrattuale pubblica¹⁴¹.

¹³⁹ G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova Rassegna*, 1995, 10, p. 1982 ss.

¹⁴⁰ Affermandosi che questa disciplina poteva essere applicata anche al procedimento di scelta del socio nelle società a capitale pubblico maggioritario in virtù del principio di autolimitazione (principio che consente all'amministrazione cui la legge attribuisca un certo margine discrezionale, di rinunciarvi ovvero di comprimerlo: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 1996, n. 111, in *Foro Amm.*, 1996, 426), allo stesso modo in cui potevano essere applicate le norme comunitarie, più rigorose delle statali, ai procedimenti per l'aggiudicazione di contratti di valore inferiore alla soglia indicata come condizione per la loro applicazione.

¹⁴¹ M. VALLERGA, *Società miste per la gestione dei pubblici servizi: «certezze» e prospettive di riforma*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 643 ss.; F. FRACCHIA, *La Suprema corte impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali: un ulteriore allontanamento dal modello privatistico?*, in *Foro it.*, 2000, 1, p. 810 ss.

Il dibattito ha poi trovato conclusione con una decisione del Consiglio di Stato¹⁴², che ha affermato che la scelta del socio privato “deve essere compiuta dal Comune attraverso una apposita procedura concorsuale, perché il socio privato è un socio “imprenditore”, chiamato a svolgere mediante il suo apporto parte rilevante di un pubblico servizio, e ciò esclude che l’amministrazione possa basarsi, nella scelta del socio, su generici apprezzamenti soggettivi e, comunque, di carattere fiduciario, perché ciò escluderebbe i principi di buona amministrazione e trasparenza dell’azione amministrativa”.

Il legislatore ha quindi recepito tale orientamento, inserendo nell’art. 113, co. 5, lett. *b*, del d.lgs. n. 267 del 2000, la prescrizione che nella società a capitale misto pubblico privato “il socio privato venga scelto attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche”.

Come rilevato anche dal giudice amministrativo¹⁴³, poi, se il regime dell’evidenza pubblica per la scelta del contraente privato nei contratti “passivi” della pubblica amministrazione era presente da tempo nel nostro sistema nazionale, ben da prima dell’avvento della disciplina comunitaria degli appalti pubblici, in quanto dettato nell’interesse dell’amministrazione appaltante, con il progressivo avvento della disciplina comunitaria tale regime nazionale era stato, in parte, conservato nei meccanismi di selezione del contraente, ma investito da una *ratio* del tutto nuova, che avrebbe imposto diversi canoni interpretativi e applicativi, essendosi trasformata la finalità di tale disciplina, da quella della tutela primaria dell’interesse dell’amministrazione a quella della libera circolazione e della concorrenza.

¹⁴² Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Cons. Stato*, 1998, 1, 249.

In tal senso, tra le varie pronunce, anche T.A.R. Piemonte, sez. II, 21 marzo 1996, n. 159, in *T.A.R.*, 1996, 1, 1802; T.A.R. Toscana, sez. II, 1 agosto 1997, n. 580, in *Riv. trim. app.*, 1997, 745; T.A.R. Sicilia, sez. II, 10 giugno 1999, n. 1137, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 11, 1067; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2297, in *Foro amm. CDS*, 2003, 947; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2003, n. 2516, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1617.

A tale conclusione è giunta anche la Corte di Cassazione, considerando che la società mista, analogamente alla concessione, consente all’imprenditore privato l’accesso alla gestione del servizio pubblico, sicché si impone la disciplina dell’evidenza pubblica come per questa (Corte Cass., SS.UU., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Foro it.*, 2000, 1, 802).

¹⁴³ Parere Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in *Foro it.*, 2007, III, 611.

Tali tipologie di partenariato, infatti - ha affermato la Commissione europea nel *Libro verde relativo al partenariato pubblico privato (PPP) e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni* del 2004 – pur non disciplinate direttamente dal diritto comunitario degli appalti, dovrebbero comunque rispettare le norme e i principi in materia, non potendo “la scelta del partner privato, destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un’impresa mista, (...) essere basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tenere conto delle caratteristiche della sua offerta, che economicamente è la più vantaggiosa, per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire” (punti 58, 61, 62 e 63 del *Libro verde*).

In questo atto, la Commissione svolge considerazioni importanti per la futura strutturazione del modello nel nostro ordinamento.

Innanzitutto, viene chiarito che il termine partenariato pubblico privato si riferisce in generale a forme di cooperazione, tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese, che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio. Due ne sono le possibili tipologie: i partenariati di tipo puramente contrattuale, fondati su legami esclusivamente convenzionali (come la concessione), e i partenariati di tipo istituzionalizzato, che implicano la creazione di un’entità distinta, detenuta congiuntamente dal pubblico e privato, che ha la missione di assicurare la fornitura di un’opera o di un servizio a favore del pubblico, per i quali vigono negli Stati membri terminologie e regimi diversi (es. *Kooperationsmodell*, *PPP associatives*, *joint ventures*) (punto 20 del *Libro verde*); la creazione di un partenariato istituzionalizzato può avvenire sia attraverso la creazione di un’entità detenuta congiuntamente dal settore pubblico e dal settore privato, sia tramite il passaggio a controllo privato di un’impresa pubblica già esistente (punto 55 del *Libro verde*).

La Commissione, riconoscendo l’utilità di tale figura (poiché “la cooperazione tra pubblico e privato può offrire vantaggi microeconomici, consentendo di realizzare un progetto con il miglior rapporto qualità/prezzo, mantenendo al contempo gli obiettivi di pubblico interesse”), sottolinea, però, in primo luogo che la scelta di tali forme di collaborazione coi privati deve essere effettuata perché valutata nel caso concreto come maggiormente vantaggiosa rispetto alla stipulazione di un tradizionale contratto d’appalto; in secondo luogo, che quando un’autorità pubblica decide di assegnare la gestione di un servizio a un terzo è obbligata a rispettare il diritto degli appalti pubblici e delle concessioni (e anche se questo

servizio è considerato di interesse generale), essendo il rispetto di queste norme uno “strumento efficace per prevenire inopportuni ostacoli alla concorrenza” (punto 5 del *Libro verde*).

A seconda del momento in cui l'impresa è costituita, si possono distinguere tre ipotesi.

Se l'impresa mista è preesistente alla procedura d'aggiudicazione di appalto pubblico o concessione, afferma la Commissione, non vi sono dubbi sull'applicazione delle norme comunitarie.

Invece, nel caso di costituzione *ex novo* di un'impresa, attraverso una procedura d'aggiudicazione che mira alla creazione di un'entità mista cui vengono affidati determinati compiti, si rischia di violare i principi di trasparenza e parità di trattamento, perché problematica è la definizione dell'oggetto del contratto, e anche il principio di libera concorrenza, poiché spesso la durata dell'impresa creata non coincide con la durata del contratto.

Infine, nel caso di partecipazione alla procedura di aggiudicazione prima della formale costituzione dell'impresa, che avviene dopo l'ottenimento dell'incarico, si rischia di pregiudicare la libera concorrenza per la posizione privilegiata della società in costituzione e del partner privato.

La seconda ipotesi, corrispondente a un tipo di società mista con socio privato scelto con gara e poi affidataria diretta del servizio¹⁴⁴, diviene il modello di riferimento per l'ordinamento nazionale.

¹⁴⁴ L'affidamento diretto alla società mista diviene problematica centrale per la costruzione del modello, soprattutto dopo che l'evoluzione giurisprudenziale comunitaria aveva escluso, in via generale, la sua riconducibilità a quello dell'*in house providing*, poiché “la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi” (Corte giust., 11 gennaio 2005, causa C-26/03, in *Foro amm. CDS*, 2004, 3023), cosicché “se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene” (Corte giust., 6 aprile 2006, causa C-410/04, in *Foro amm. CDS*, 2006, 4, 1109). In tal senso anche Corte giust., 21 luglio 2005, causa C 231/03, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 5, 1421; Corte giust., 18 gennaio 2007, causa C-220/05, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1, 337. In altri termini, la Corte di giustizia ha ritenuto che qualsiasi investimento di capitale privato in un'impresa obbedisca a considerazioni proprie degli interessi privati e persegua obiettivi di natura differente rispetto a quelli dell'amministrazione pubblica, e che pertanto si possa parlare di società *in house* soltanto se essa agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione “dal punto di vista sostantivo”, non contaminato da alcun interesse

In relazione a questa la Commissione osserva che “l’operazione consistente nel creare un’impresa a capitale misto di per sé non è contemplata dal diritto degli appalti pubblici e delle concessioni. Tuttavia, occorre garantire il rispetto delle norme e dei principi derivanti da tale diritto (i principi generali del Trattato o, in alcuni casi, le disposizioni delle direttive) quando tale operazione è accompagnata dall’attribuzione di incarichi tramite un atto che può essere definito appalto pubblico o concessione. (...) In questo contesto, l’operazione consistente nel creare tale impresa non solleva generalmente problemi riguardo al diritto comunitario applicabile, qualora costituisca una modalità d’esecuzione dell’incarico affidato nel quadro di un contratto ad un *partner* privato. Occorre, in questo caso, che le condizioni relative alla creazione dell’impresa siano chiaramente stabilite in occasione della pubblicazione del bando relativo agli incarichi che si desiderano affidare al *partner* privato” (punti 57-59 del *Libro verde*).

Così si esprime anche la successiva *Comunicazione interpretativa della Commissione delle Comunità europee sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)* del 2008, in cui si equipara il partenariato all’esternalizzazione affermandosi che “nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono libere di esercitare in proprio un’attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell’ambito di un partenariato pubblico-privato”.

In tale comunicazione, l’apporto privato al partenariato si individua, “a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all’esecuzione dei compiti assegnati all’entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità”. Al contrario, “il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un’impresa pubblica” non si considera partenariato istituzionalizzato.

Si afferma, poi, che per costituire un partenariato in modo conforme ai principi del diritto comunitario, 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) sarebbe difficilmente praticabile; si dovrebbe invece selezionare il *partner* privato nell’ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, avente per oggetto sia l’appalto pubblico o la

privato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, 1514, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1225; parere Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, 456, cit.).

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 dovrebbe poi essere accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto.

Inoltre, per la Commissione “i principi di parità di trattamento e di non discriminazione implicano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza. Nell'ambito della costituzione di un PPPI questo obbligo implica che l'amministrazione aggiudicatrice includa nel bando di gara o nel capitolato d'oneri informazioni di base sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto che dovrà essere costituita, sullo statuto di tale entità, sul patto tra gli azionisti e su tutti gli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e, dall'altro, il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità a capitale misto da costituire”.

Il modello di società mista positivamente dal legislatore italiano, è quindi stato quello delineato dal giudice amministrativo, sulla base di quanto previsto dalla lettera *b* dell'art. 113, co. 5, del d.lgs. n. 267 del 2000, che prevedeva solamente che il socio privato dovesse essere selezionato attraverso procedura ad evidenza pubblica.

Se, infatti, inizialmente la giurisprudenza amministrativa¹⁴⁵ non era univocamente orientata a ritenere che, dopo la scelta del socio privato con procedura ad evidenza pubblica, la società potesse gestire il servizio senza l'ulteriore passaggio di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, il Consiglio di Stato¹⁴⁶ ha poi affermato che è sufficiente l'espletamento di gara per la scelta del socio, avente ad oggetto però la gestione del servizio stesso, delineando un modello in cui il socio privato ha il ruolo non di socio finanziario bensì di socio operativo, e il socio pubblico ha principalmente la funzione di controllare, dall'interno, lo svolgimento del servizio: la società mista sarebbe stata un soggetto in cui il socio pubblico si fa carico delle competenze e responsabilità amministrative e il socio privato mette a disposizione della società la propria competenza specifica,

¹⁴⁵ Cfr. C.G.A.R.S., 27 ottobre 2006, n. 589, in *Ragiufarm*, 2007, 99, 37, che ha richiesto una doppia gara, la prima per la scelta del socio e la seconda per l'affidamento del servizio.

¹⁴⁶ Parere Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, cit., cui ha aderito Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro it.*, 2008, 4, 161.

apportando il suo lavoro professionale per la realizzazione degli obiettivi; il socio pubblico avrebbe svolto le funzioni amministrative del servizio, mentre il socio di lavoro privato avrebbe predisposto l'organizzazione necessaria a consentire lo svolgimento di quelle funzioni sul servizio.

La costituzione della società mista, secondo questa ricostruzione, sarebbe stata momento di esercizio di una funzione organizzativa espressamente prevista dalla legge, e non già affidamento di un servizio. Questo, invece, si sarebbe svolto a valle, attraverso la gara per la scelta del socio, che avrebbe dovuto avere per oggetto lo svolgimento del servizio (e non la mera partecipazione al capitale) e seguire le medesime regole applicabili per l'individuazione del gestore.

La costituzione di società mista, infatti, non presuppone una volontà dell'ente territoriale di produrre in proprio determinate prestazioni, ma, al contrario, di avvalersi delle conoscenze e degli apporti provenienti da un soggetto privato. Il ricorso a tale forma di gestione si fonda quindi sulla medesima *ratio* sottesa ai fenomeni di esternalizzazione: in entrambi i casi l'amministrazione sposta all'esterno della propria organizzazione lo svolgimento di talune attività, sfruttando le forze presenti sul mercato. Ma, mentre nel caso dell'esternalizzazione pura l'evidenza pubblica deve essere attivata per la scelta del soggetto cui affidare l'incarico, dato che in tale situazione l'ente affidante decide di "auto-estromettersi" dalla concreta gestione dell'attività, nelle società miste l'amministrazione è presente nella gestione, e l'evidenza pubblica si attua solo per la scelta del socio privato¹⁴⁷.

In particolare, dunque: (i) la società mista avrebbe dovuto essere costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati: la società si sarebbe dovuta interamente focalizzare sull'oggetto dell'affidamento; (ii) la gara avrebbe dovuto mirare non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche – tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in parternariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa – allo stesso affidamento dell'attività da svolgere; (iii) la gara avrebbe dovuto definire con sufficiente precisione anche il ruolo "operativo" e non "finanziario" del socio privato da scegliere; (iv) inoltre, si sarebbe dovuto limitare, nel tempo, il rapporto di parternariato, prevedendo allo scadere una nuova gara per la scelta del socio privato e possibilmente chiarendo sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato le modalità per l'uscita del socio stesso, con liquidazione della sua posizione, per il

¹⁴⁷ F. GUALTIERI, *Società miste ed in house providing: un rapporto da definire*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, 3, p. 466.

caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario. Quest'ultimo elemento, in particolare, consente di evitare che il socio privato divenga "socio stabile" della società mista, rispondendo all'osservazione della Commissione europea nel *Libro verde relativo al PPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni* del 2004 (punti 57-59), secondo cui "nel caso della creazione di impresa *ex novo* nel quadro di una procedura d'aggiudicazione d'appalto, in cui la procedura lanciata dall'amministrazione aggiudicatrice mira alla creazione di un'entità mista cui vengono affidati determinati compiti, si rischia di violare (...) anche il principio di libera concorrenza, poiché spesso la durata dell'impresa creata non coincide con la durata del contratto".

Tale modello rappresenta, invero, uno dei casi più eclatanti di utilizzo di uno strumento privatistico adattato ad esigenze proprie del pubblico, in questo caso la necessità di tutelare la concorrenza, tale da far sorgere vari profili di criticità, riassumibili nella nota affermazione secondo cui "l'interesse pubblico può servirsi del diritto privato, ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale"¹⁴⁸.

In particolare, il ruolo operativo del socio privato ha rappresentato per la stessa giurisprudenza un caso di "piegamento del modello ordinario di funzionamento delle società, come disegnato dal codice civile, a forzature che rischiano di snaturarne i caratteri tipici oltre i confini del consentito", dato che "lo scopo di istituzione delle società miste è proprio quello di creare un centro di imputazione unitario e non una struttura intermedia tra l'amministrazione e l'esecuzione del servizio effettuata dal socio d'opera"¹⁴⁹. Ma anche la limitazione dell'oggetto

¹⁴⁸ G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 41.

¹⁴⁹ Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, in *Foro amm.*, CDS, 2007, 2826; cfr. S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, p. 181.

La problematica rilevata era sorta sulla base della considerazione che, nel caso in cui fosse stato solo il socio privato, con la propria organizzazione, a svolgere l'intero servizio affidato alla società, questa si sarebbe risolta in una "scatola vuota"; però, per alcuni commentatori (F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in F. Guerrera (a cura di), *La società a partecipazione pubblica*, cit., p. 106), ciò che occorre è che il socio privato sia industriale (ovvero tecnico, operativo), destinato ad assumersi quanto meno determinati segmenti autonomi del servizio, non la gestione dell'intero servizio: così ha stabilito espressamente il legislatore, laddove (v. *infra*) si riferisce a "specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio". Per S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 182, la previsione non significa

sociale a uno o più servizi e il limite temporale alla durata del rapporto sociale, pongono questa problematica.

Tuttavia, dal punto di vista giuscommerciale, si è rilevato¹⁵⁰ che tale modello societario si connota per una specialità solo in senso debole (e non in senso forte come nel caso della società *in house*), poiché l'ampia autonomia statutaria stabilita dal codice civile riformato nel 2003 consente l'adattamento del modello organizzativo delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata alle esigenze della vicenda costitutiva, attuativa e dissolutiva della società mista: ciò avverrebbe entro i limiti di elasticità del "tipo", senza deroghe al principio di tipicità.

La ricostruzione della giurisprudenza ha trovato accoglimento nella disciplina positiva, che ha ricondotto il sistema degli affidamenti di servizi pubblici locali a due sole modalità: da un lato la gara ad evidenza pubblica, a cui si sarebbe assimilata la società mista, dall'altro l'affidamento diretto a società *in house*.

Infatti, se inizialmente l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 non aveva previsto tale forma di gestione, questa è stata successivamente introdotta dal d.l. 25 settembre 2009, n. 135, tra le modalità ordinarie di conferimento del servizio (art. 23-*bis*, co. 2, lett. *b*): la selezione del socio privato sarebbe dovuta avvenire mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi comunitari, aventi ad oggetto al tempo stesso la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio; si era previsto poi che al socio privato dovesse essere attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

però che la gara non possa prevedere l'affidamento al socio privato di tutte le attività oggetto della concessione.

¹⁵⁰ F. GUERRERA, *Lo statuto* cit., p. 100 ss. In particolare, secondo S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, cit., p. 188 ss., la figura del socio imprenditore può essere ricondotta alla previsione di cui all'art. 2345 del codice civile, in base al quale "oltre all'obbligo dei conferimenti, l'atto costitutivo può stabilire l'obbligo dei soci di eseguire prestazioni accessorie non consistenti in denaro, determinandone il contenuto, la durata, le modalità e il compenso, e stabilendo particolari sanzioni per il caso di inadempimento": si tratta delle c.d. azioni con prestazioni accessorie, nominative e non trasferibili senza il consenso degli amministratori (ciò, secondo I DEMURO, *La partecipazione del privato*, in C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011, sarebbe applicabile per analogia alle società a responsabilità limitata); si potrebbe poi prevedere statutariamente che le azioni del socio privato siano riscattabili da parte del socio pubblico al momento della scadenza dell'affidamento; nel caso di società a responsabilità limitata, invece, potrebbe indicarsi statutariamente, come giusta causa di esclusione, il termine dell'affidamento.

Allo stesso modo dispone attualmente l'art. 4, co. 12, del d.l. n. 138 del 2011, il quale prevede che “nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che: a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione”.

Ancor più che nella versione dell'art. 23-bis, quindi, questa forma di gestione viene considerata specie all'interno del *genus* costituito dall'affidamento a terzi. Essa rimane, dunque, forma “ordinaria” di conferimento della gestione del servizio, perché non sono state previste condizioni, come per l'*in house*, per ricorrervi.

Sul punto, occorre però sottolineare la permanenza dell'onere di motivare la scelta di utilizzare questa forma di gestione, in quanto esercizio di discrezionalità¹⁵¹.

La competenza in materia spetta al consiglio comunale (*ex art. 43, co. 1, lett. e, d.lgs. n. 267 del 2000*), trattandosi di scelta “politica”¹⁵² che trova espressione in una delibera motivata.

La motivazione è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza elemento necessario della scelta di organizzazione del servizio pubblico locale mediante società

¹⁵¹ Quanto alla sindacabilità delle scelte gestionali dell'amministrazione, la giurisprudenza, che inizialmente ha negato l'interesse a ricorrere da parte di operatori del settore che contestavano la scelta di costituire una società mista, in quanto restrittiva del mercato e quindi potenzialmente lesiva delle loro posizioni giuridiche (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2004, n. 5643, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2222), si è poi assestata sul riconoscimento di tale interesse a ricorrere, in quanto la scelta di sottrarre determinate attività a meccanismi di affidamento esterno potrebbe restringere il mercato ledendo il principio di concorrenza (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2005, n. 4428, in *Foro amm. CDS*, 2005, 7/8, 2275; T.A.R. Puglia, 12 aprile 2006, n. 1318, in *Foro amm. TAR*, 2006, 4, 1444; T.A.R. Lazio, 23 agosto 2006, n. 7373, in *www.giustamm.it*; T.A.R. Genova, sez. II, 15 maggio 2008, n. 1013, in *Foro amm. TAR*, 2008, 5, 1264; Cons. Stato, sez. III, 19 settembre 2011, n. 5261, in *Foro amm. CDS*, 2011, 9, 2728).

¹⁵² G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMELLI-M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, p. 309 ss.

partecipata, sottolineando la necessità di un'adeguata ponderazione di tutti gli interessi coinvolti nelle scelte di istituzione del servizio pubblico locale e di organizzazione dei medesimo, nonché di una congrua motivazione circa la convenienza (adeguatezza) della formula gestoria prescelta tra quelle indicate dalla legge¹⁵³; convenienza soprattutto economica per le finanze dell'ente locale, rilevabile da una relazione di confronti dei risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione, tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno e l'altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e benefici di ciascuno di essi¹⁵⁴.

Infatti, come rilevato dai commentatori, il carattere discrezionale della scelta comporta che questa “non è lasciata al mero arbitrio o, peggio, al capriccio degli amministratori del momento; [una forma di gestione] non è perciò solo perché tale certamente utilizzabile, senza aver dato compiuta dimostrazione della bontà della scelta medesima (...). Questo, per il significato che caratterizza la discrezionalità, la quale, se è scelta, essendo pur sempre scelta pubblica, è collegata con la dimostrazione che essa è quella che meglio di altre è idonea (sia pure potenzialmente) al soddisfacimento dell'interesse pubblico con la stessa perseguito”¹⁵⁵.

¹⁵³ Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 1964, n. 1016; sez. VI, 11 aprile 1975, n. 118; sez. I, 1 febbraio 1985, n. 130, in *Foro it.*, 1987, III, 435; sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818, in *Foro Amm.*, 1988, 12; sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro amm.*, 1990, 664; cfr. G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, cit., p. 13.

¹⁵⁴ Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, cit.

¹⁵⁵ E. MELE, *La costituzione della società per azioni*, in E. MELE (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici. La società per azioni per gli enti locali*, Milano, 2003, p. 119 ss.

2.1.1. La società mista come risultato della dismissione di partecipazioni in società *in house*.

La creazione di una società mista può poi avvenire per privatizzazione di una precedente società a capitale interamente pubblico.

La disposizione di riferimento rimane l'art. 113, co. 12, del d.lgs. n. 267 del 2000, ancora in vigore, che prevede che l'ente locale possa "cedere tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento".

Questa ipotesi di creazione di società mista è contemplata anche in ambito europeo. Nel *Libro verde sui partenariati pubblico privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* del 2004, al punto 55 la Commissione europea afferma, infatti, che la creazione di forme istituzionalizzate di partenariato pubblico-privato "può avvenire sia attraverso la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal settore pubblico e da quello privato, sia tramite il passaggio a controllo privato di un'impresa pubblica già esistente".

Si parla delle c.d. "privatizzazioni", "scelta di politica economica che, come tale, è di esclusiva competenza degli Stati membri" (*Libro verde*, punto 65): in relazione ad esse la Commissione riconosce l'esigenza di garantire il principio di libera circolazione dei capitali, e "ciò implica in particolare che le misure nazionali che le regolamentano non devono costituire degli ostacoli agli investimenti provenienti da altri Stati membri" (*Libro verde*, punto 61).

In questi casi lo statuto, caratterizzato dalle clausole tipiche dell'*in house*, è da modificarsi.

Nel nuovo assetto ordinamentale, inoltre, occorre precisare che, nel caso in cui si tratti di servizio a rete, la scelta del socio privato è di competenza dell'ente di governo dell'ambito, non dell'ente locale partecipante alla società.

La previsione, contenuta nel citato art. 113, co. 12, secondo cui "tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere", pare poi che vada coordinata con la disciplina del regime transitorio contenuta nell'art. 4, co. 32, del d.l. n. 138 del 2011: nel caso in cui l'affidamento diretto rientri nella lettera *a*, cioè non sia conforme alla nuova disciplina, essendo stato effettuato per un valore economico maggiore di 200.000 euro, oppure in assenza dei requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente, è destinato comunque a cessare anticipatamente, alla data del 31 dicembre 2012.

2.2. L'esclusione delle società miste dai limiti operativi posti ai soggetti affidatari diretti.

La previsione di limiti operativi in capo alle società miste non è sconosciuta all'ordinamento.

L'art. 35, co. 2, della l. 28 dicembre 2001, n. 448 aveva, infatti, stabilito il divieto dell'attività extraterritoriale per le società miste: dopo la scadenza del periodo transitorio sarebbe stato “comunque vietato alle società di capitali in cui la partecipazione pubblica [fosse] superiore al 50 per cento, se ancora affidatarie dirette, di partecipare ad attività imprenditoriali al di fuori del proprio territorio”. Tale divieto sarebbe dovuto entrare in vigore dopo lo scadere di un periodo transitorio, la cui definizione era stata demandata a un regolamento governativo che non fu emanato. Questa disposizione, quindi, non venne mai applicata; e l'art. 14, co. 3, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, la abrogò.

Il legislatore, poi, con il predetto art. 35, co. 1, aveva anche modificato il comma 6 dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, introducendo l'esclusione delle società affidatarie dirette dalle gare¹⁵⁶. Rimaneva però il dubbio se fossero da considerare affidatarie dirette, e quindi sottoposte all'esclusione dalle gare, le società miste. Poiché tale articolo aveva stabilito anche, e separatamente, limitazioni all'attività delle società miste affidatarie dirette, seguendo un'interpretazione teleologica poteva darsi risposta negativa. In dottrina, alcuni¹⁵⁷ hanno sostenuto che l'esclusione non avrebbe dovuto operare qualora la gara per la scelta del socio

¹⁵⁶ Gare di cui al comma 5 dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, quindi sia quelle previste dalla lett. *a*, aventi ad oggetto la gestione del servizio, sia quelle previste dalla lett. *b*, indette per la scelta del socio privato nelle società miste (così, G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004).

¹⁵⁷ M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2002, p. 221, secondo il quale “nel caso delle società minoritarie, il D.P.R. n. 533 del 1996 disciplinava una selezione assai rigorosa, che aveva ad oggetto proprio il progetto di gestione del servizio e il piano economico-finanziario del suo sviluppo, tanto da risolversi, almeno in fatto, in una vera e propria gara per l'affidamento del servizio”, con la conseguenza che non avrebbe dovuto applicarsi a tali società il divieto di partecipazione alle gare; L. AMMANNATI, *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 8, 2004, p. 910.

privato assumesse il carattere di gara per l'affidamento del servizio; altri¹⁵⁸, invece, hanno ritenuto applicabile l'esclusione anche alle società miste.

Il Consiglio di Stato¹⁵⁹, superando il precedente orientamento contrario della giurisprudenza amministrativa¹⁶⁰ ha avallato questa lettura, distinguendo tra società miste con socio privato cooptato senza gara e affidatarie dirette, rientranti nelle preclusioni di cui al suddetto comma 6, e società miste con socio privato scelto con procedure ad evidenza pubblica, che fuoriescono dall'ambito applicativo del comma 6.

Nell'evoluzione normativa recente, il problema dei limiti operativi della società mista si è posto relativamente all'individuazione dell'ambito applicativo della disposizione che ha previsto (e prevede) che i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali non possano acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.

¹⁵⁸ E. STICCHI DAMIANI, *L'attività extra moenia delle società a capitale pubblico-privato nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giust. amm.*, 2004; A. LIROSI, *I limiti ed i divieti dell'attività extraterritoriale delle società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giust. amm.*, 11, 2004, secondo il quale una interpretazione letterale e rigorosa del comma 6 avrebbe portato a riferire il divieto di partecipazione alle gare in esso previsto a qualunque società affidataria diretta, a prescindere dalle modalità di scelta del socio.

¹⁵⁹ Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo il quale la circostanza che il socio privato sia stato scelto con procedura ad evidenza pubblica non giova sempre ad escludere l'applicabilità del divieto di cui al comma 6: "quel che rileva ai fini dell'osservanza della procedura dell'evidenza pubblica ed agli effetti che ne derivano in termini di affidamento di servizi pubblici locali, infatti, è che si tratti di scelta di un socio privato operativo (sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603; sez. II, par. 18 aprile 2007, n. 456; sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369) e non di un mero socio finanziatore"; nel caso in cui, invece, il socio privato scelto con gara sia un socio finanziatore, "ciò non giova a neutralizzare gli affidamenti diretti di servizi pubblici alla società mista"; così anche Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹⁶⁰ Che riteneva che tra gli affidatari diretti ricadenti nell'ambito applicativo dell'art. 113, co. 6, rientrassero le società miste, a prescindere dalla modalità di scelta del socio privato: Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2003, n. 2467, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1614; Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843, in *Foro it.*, 2005, III, 385; Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2620; T.A.R. Milano, sez. III, 21 dicembre 2004, n. 6511, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in *Foro amm. CDS*, 2008, 7-8, 2104.

In dottrina si è osservato che se si fosse ritenuta applicabile tale disposizione anche ad esse, questo avrebbe rappresentato un disincentivo alla partecipazione di privati in tali società, poiché il privato avrebbe potuto non considerare un buon investimento una collaborazione istituzionalizzata con il pubblico in una società così fortemente limitata nella propria capacità di azione, tanto che si sarebbe potuto prospettare un ritorno e una preferenza per le società *in house*¹⁶¹.

L'art. 23-bis, co. 9, del d.l. n. 112 del 2008, come modificato dal d.l. n. 135 del 2009, aveva previsto esplicitamente¹⁶² questo assoggettamento delle società miste alle limitazioni previste per le società *in house*, analoghe a quelle delle società strumentali (v. *infra*, par. 3.4), stabilendo che “le società che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b)” (che prevedeva appunto il modello di società mista con socio privato scelto con procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio), “non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare”.

La giurisprudenza amministrativa, tuttavia, ritenendo che le società miste non rientrassero nell'ambito applicativo di tali preclusioni, ha adottato una lettura in sostanza disapplicativa della norma, e non aderente al dato letterale; tanto più che la disposizione, specificando successivamente che “il divieto... non si applica al socio selezionato ai sensi della lettera b del comma 2”, confermava l'applicabilità dei predetti limiti a tali società.

Questa lettura si è basata su un'unica argomentazione, e cioè che tali società sono forme di esternalizzazione: l'affidamento a società mista, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, sarebbe del tutto equivalente a quello attuato mediante pubblica gara, sicché risulterebbe irragionevole ed immotivata, anche alla luce dei principi europei in materia, l'applicazione a tali società dei divieti previsti per gli affidatari diretti: si sarebbe, perciò, dovuta preferire l'interpretazione della disposizione “- pure consentita dalla sua lettera - secondo cui il divieto in parola si

¹⁶¹ C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni*, in M. Cammelli-M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Milano, 2008, p. 106.

¹⁶² Così anche F. GUERRERA, *Lo statuto*, cit., p. 102.

applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica (“ovvero”) anche le forme previste dal comma 2, lett. b), dell’art. 23 *bis*”.¹⁶³

Peraltro, il giudice amministrativo, in altre occasioni¹⁶⁴, aveva richiesto che la società mista svolgesse la propria attività prevalentemente con gli enti pubblici soci costituenti o partecipanti, estendendo ad essa un requisito che il giudice comunitario aveva stabilito solo per le società *in house*, affermando che “la società mista deve erogare i servizi almeno in via prevalente a favore dell’autorità pubblica che procede alla costituzione”¹⁶⁵.

Il mutamento di opinione della giurisprudenza, in realtà, trova spiegazione nella trasformazione del modello.

Prima dei citati pronunciamenti del giudice amministrativo e delle modifiche legislative, il modello di società mista delineato dalla Commissione nel Libro verde, e il modello previsto nell’ordinamento italiano erano, infatti, differenti: si rilevava¹⁶⁶ che la differenza principale era data dalla circostanza che “le attività loro affidate non sono, almeno di norma, svolte dai soci, ma direttamente dalla società con la propria organizzazione imprenditoriale, per cui il ruolo che in esse

¹⁶³ T.A.R. Reggio Calabria, 16 giugno 2010, n. 561, in *Guida al diritto*, 2010, 33-34, confermata da Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222, in *Guida al diritto*, 2011, 20, 77; T.A.R. Reggio Calabria, 11 aprile 2011, n. 298, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹⁶⁴ Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, cit.; T.A.R. Milano, sez. I, 15 settembre 2008, n. 4061, in *Foro amm. TAR*, 2008, 9, 2352; Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in *Riv. Corte Conti*, 2008, 4, 219; Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in *Foro amm. CDS*, 2009, 3, 789. Particolarmente restrittiva sul punto è la lettura di T.A.R. Torino, sez. II, 4 giugno 2007, n. 2539, in *Ragiusan*, 2008, 293-294, 99, in cui si rileva che l’art. 13 del decreto Bersani deve essere letto nell’ottica giusta la quale il legislatore nazionale ha voluto ricondurre le società miste, sconosciute all’ordinamento comunitario, nell’alveo della compatibilità con tale ordinamento, imponendo che esse operino esclusivamente con gli enti costituenti, partecipanti o affidanti.

Contra T.A.R. Lecce, sez. II, 14 giugno 2004, n. 3721, cit., secondo cui la questione del divieto di attività *extra moenia* per le società miste locali affidatarie dirette dei servizi pubblici locali non è sorta in relazione alla possibile lesione del principio della libera concorrenza, ma in relazione alla paventata rottura del vincolo funzionale che connota il rapporto fra la società mista e gli enti locali, e in tale prospettiva è da valutarsi.

¹⁶⁵ Parere Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, cit.

¹⁶⁶ R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 1, p. 179 ss.

esercita il socio pubblico non è quello di un semplice controllore, ma quello di gestore o co-gestore di tali attività”.

Successivamente, il legislatore, nel d.l. n. 138 del 2011, art. 4, co. 33, ha positivizzato l'esclusione delle società miste da tali limitazioni, confermando la posizione già tenuta dalla giurisprudenza.

2.3. I limiti operativi insiti nel modello: la gara “a doppio oggetto” e l'oggetto sociale esclusivo.

Anche se sono state escluse dai divieti posti per le società affidatarie dirette, le società miste di cui all'attuale art. 4, co. 12, del d.l. n. 138 del 2011, sono soggette a un particolare limite operativo: per rispettare il diritto europeo, infatti, esse possono operare solo nei limiti dell'affidamento iniziale e non possono ottenere ulteriori compiti che non siano già previsti nel bando originario.

La posizione dell'ordinamento europeo relativa ai limiti operativi delle società a partecipazione pubblica differisce sotto diversi profili da quella nazionale.

In primo luogo, nel diritto europeo le limitazioni all'attività delle società a partecipazione pubblica hanno una sola *ratio*, cioè quella di tutelare la concorrenza, e non di sindacare i modi di utilizzo delle risorse pubbliche e il rispetto del loro vincolo funzionale.

In secondo luogo, nell'ordinamento europeo l'attività extraterritoriale di società a capitale pubblico non è considerata in termini assoluti distorsiva della concorrenza. I giudici nazionali si sono richiamati ai principi europei, valutando come distorsiva della concorrenza la sola presenza di capitale pubblico nella società locale, in quanto comportante di per sé “posizioni di vantaggio”, a prescindere dalla presenza degli altri requisiti che connotano l'organismo di diritto pubblico, figura considerata fonte di possibili distorsioni della concorrenza nelle direttive europee sugli appalti; ma né il diritto né la giurisprudenza europei si sono mai espressi in tal senso.

La giurisprudenza comunitaria si è, invece, occupata della questione solo al fine di delineare le caratteristiche e i requisiti dei soggetti affidatari diretti di servizi.

Per quanto concerne la società a capitale misto, il giudice europeo non si è mai pronunciato sancendo, come per le società *in house*, un requisito di prevalenza di attività.

Tuttavia, il rispetto del diritto europeo in materia di concorrenza pone due problematiche. L'una consiste nel rischio di violare i quei principi per i quali si è imposta la regola della gara per la selezione del socio privato: la società originariamente costituita per la gestione di uno o più servizi non può beneficiare di altri affidamenti diretti di attività diverse rispetto a quelle per le quali era stato originariamente selezionato, poiché il socio privato sarebbe favorito rispetto ad altre imprese.

Fattispecie analoga è il caso di estensione dell'oggetto sociale per affidare alla società altri servizi pubblici, poiché è difficile garantire che la selezione del socio privato abbia ad oggetto l'intero spettro dei servizi considerati.

Essenziale è, quindi, la puntuale definizione del tipo di attività costituente oggetto della gara, in modo da renderla meno nebulosa, e la "cristallizzazione" dell'oggetto sociale, evitando che venga modificato con l'introduzione di nuovi incarichi non previsti nell'originario bando di gara¹⁶⁷.

In tal senso, in sede comunitaria, il *Libro verde* afferma: "occorre che le condizioni relative alla creazione dell'impresa siano chiaramente stabilite in occasione della pubblicazione del bando relativo agli incarichi che si desiderano affidare al partner privato". E ancora: "nel caso della creazione di impresa *ex novo* nel quadro di una procedura d'aggiudicazione d'appalto, in cui la procedura lanciata dall'amministrazione aggiudicatrice mira alla creazione di un'entità mista cui vengono affidati determinati compiti, si rischia di violare i principi di trasparenza e parità di trattamento, perché problematica è la definizione dell'oggetto del contratto" (*Libro verde*, punti 57-59).

Anche il Consiglio di Stato ha affermato che la costituzione, la scelta del socio privato operativo e l'affidamento devono avvenire per servizi "determinati": non è ammissibile una società mista aperta o generalista cui affidare in via diretta, dopo la sua costituzione, un numero indeterminato di appalti o di servizi pubblici¹⁶⁸.

Questo aspetto viene chiarito e specificato nella sentenza della Corte di giustizia europea, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*¹⁶⁹: seguendo quanto già affermato dalla Commissione europea nella Comunicazione interpretativa

¹⁶⁷ Cfr. M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 929 ss.; R. DE NICTOLIS, *Commento*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 295 ss.; F. GUALTIERI, *Società miste ed in house providing: un rapporto da definire*, cit., p. 467 ss.

¹⁶⁸ Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824, cit.

¹⁶⁹ In *Foro amm. CDS*, 2009, 10, 2211.

sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati del 2008, in essa si riconosce la legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico a una società a capitale misto, giudicando conforme al diritto europeo il modello di società mista delineato dal giudice italiano (e poi trasfuso nell'art. 23-bis, co. 2, lett. b, del d.l. n. 112 del 2008; oggi nell'art. 4, co. 12 del d.l. n. 138 del 2011), a talune condizioni.

In tale pronuncia la Corte afferma che il requisito fondamentale che consente di ritenere che non siano violati i principi comunitari in materia di concorrenza è che la società a capitale misto “sia 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”. La società mista con socio scelto con gara e poi affidataria del servizio senza ulteriore procedura ad evidenza pubblica deve, quindi, avere oggetto sociale esclusivo: “deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporta l'obbligo di indire una gara”¹⁷⁰.

Così, anche nella Comunicazione sui partenariati si riconosce la possibilità di adeguamenti, necessari dato che in genere il partenariato è costituito per un periodo abbastanza lungo; ma tale possibilità di adeguamento deve essere prevista e delimitata nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, in modo tale che tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza e si trovino su un piano di parità nel formulare l'offerta. Come riconosciuto nelle conclusioni dall'Avv. Generale Colomer, “l'intento del PPPI non deve mutare durante l'esecuzione, benché non sia vietato adeguarlo alle innovazioni tecnologiche o all'abilità del socio privato, sempre che non siano alterate le condizioni essenziali della gara”¹⁷¹.

Dunque, anche se l'affidamento a questo tipo di società mista rappresenta ormai

¹⁷⁰ In tal senso: Corte giust., 5 ottobre 2000, C-337/98, in www.curia.eu, e Corte giust., 19 giugno 2008, C-454/06, in www.curia.eu.

¹⁷¹ Conclusioni 2 giugno 2009, in www.curia.eu.

un'ipotesi di esternalizzazione, parificata all'affidamento con procedura ad evidenza pubblica a operatore economico privato, permangono dei limiti operativi che risiedono proprio nella configurazione del modello.

Dal punto di vista giuscommerciale, la previsione di un oggetto sociale "esclusivo" e "circoscritto", in funzione dello scopo specifico della società, fissa un parametro di valutazione della conformità degli atti deliberativi dell'assemblea, ai sensi dell'art. 2377 del codice civile, del consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 2388 del codice civile, dei soci, ai sensi dell'art. 2479-ter del codice civile: ciò stabilisce, infatti, nei confronti della generalità dei terzi, che la società è volta ad attuare un partenariato pubblico privato istituzionalizzato, con i conseguenti limiti ai poteri di rappresentanza degli amministratori; tale società è quindi qualificabile come società strumentale a uno specifico programma di cooperazione pubblico-privato¹⁷².

¹⁷² F. GUERRERA, *Lo statuto*, cit., p. 103.

CAPITOLO III

Società *in house*

3.1. Le condizioni per l'affidamento del servizio a società *in house*: la società *in house* come forma di gestione derogatoria.

Il presente paragrafo sarà dedicato all'interpretazione e all'analisi delle problematiche derivanti dalla disciplina degli affidamenti diretti di servizi pubblici locali a società *in house*, contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, già in parte considerate, nell'ottica dell'impatto sulla potestà organizzativa dell'ente locale, nel paragrafo 1.1.

Questa novità normativa, come anticipato, prevede che il conferimento della gestione di servizi pubblici locali in esclusiva avvenga in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (comma 8); e che, in deroga, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui, l'affidamento possa avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house* (comma 13).

In via preliminare, però, occorre qualche considerazione sul fatto che la scelta legislativa ripropone la configurazione dell'affidamento *in house* come derogatorio rispetto all'esternalizzazione, che si era introdotta, come sopra ricordato, con l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, dopo che nel giugno 2011 un *referendum* popolare, con esito positivo, avente ad oggetto proprio questa previsione, ha abrogato quest'ultimo articolo.

Come rilevato dal Governo, nelle memorie presentate nel giudizio di ammissibilità, questo *referendum* ha avuto ad oggetto l'affidamento di svariati e complessi servizi, rispetto a ciascuno dei quali ben diversa era la sensibilità popolare: effettivamente, è prevalsa nell'opinione pubblica l'idea e la volontà di evitare la limitazione degli affidamenti *in house* per il servizio idrico, tanto che il *referendum* si era denominato “*referendum* sull'acqua”, con lo slogan “l'acqua è pubblica”.

Tuttavia, secondo la Corte Costituzionale¹⁷³ il quesito referendario¹⁷⁴ ha perseguito “l’univoco intento di limitare (...) gli eccessi delle cosiddette “privatizzazioni” della gestione dei servizi pubblici locali”, e ha comportato l’effetto di attribuire agli enti locali il potere di optare per l’affidamento della gestione *in house* dei servizi pubblici locali anche in assenza delle condizioni straordinarie richieste dal comma 3 dell’art. 23-*bis*. Infatti, l’abrogazione richiesta riguardava una normativa diretta sostanzialmente a restringere, rispetto alle regole concorrenziali minime comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; del resto, afferma la Corte, “non sarebbe stato possibile formulare un quesito diretto ad abrogare la normativa dell’art. 23-*bis* solo per alcuni settori di servizi pubblici e non per altri. Infatti, avendo l’istituto referendario di cui all’art. 75 Cost. un’efficacia meramente ablativa (e non propositiva o additiva), il quesito non avrebbe mai potuto avere l’obiettivo di abrogare il suddetto articolo solo “nella parte in cui” si applica ad uno o ad alcuni determinati settori di servizi pubblici locali”: non sarebbe stato possibile limitare il *referendum* alla richiesta di abrogazione dei limiti all’affidamento *in house* del servizio idrico.

Proprio per questo il quesito referendario è stato dalla Corte Costituzionale ritenuto rispettare il requisito, richiesto dalla giurisprudenza, dell’omogeneità.

Da ciò, tuttavia, deriva che l’effetto abrogativo conseguente, che ha investito nella sua interezza l’art. 23-*bis*, è stato perseguito nell’intento di escludere le limitazioni agli affidamenti *in house* di tutti i servizi pubblici locali soggetti a quella disposizione, in quanto questa era la “finalità incorporata nel quesito”: ed infatti, la Corte ha sottolineato che la richiesta referendaria è atto privo di

¹⁷³ Nella sentenza che ha giudicato sull’ammissibilità della richiesta, 26 gennaio 2011, n. 24, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹⁷⁴ Intitolato “Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione”: “volete Voi che sia abrogato l’art. 23-*bis* (Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e finanza la perequazione tributaria”, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall’art. 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99, recante “Disposizioni per lo sviluppo e l’internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia”, e dall’art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante “Disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e per l’esecuzione di sentenze della corte di giustizia della Comunità europea”, convertito, con modificazioni, in legge 20 novembre 2009, n. 166, nel testo risultante a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale?”.

motivazione e, pertanto, l'obiettivo dei sottoscrittori del *referendum* va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori, ma esclusivamente dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione, ed all'incidenza del *referendum* sul quadro normativo di riferimento¹⁷⁵. L'obiettiva *ratio* del quesito, dunque, è stata individuata dalla Corte nell'intento di escludere l'applicazione delle norme limitative, rispetto al diritto comunitario, delle ipotesi di affidamento diretto di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico). Per questo motivo la Corte ha ritenuto rispettato il requisito della congruità tra intento referendario e formulazione.

Il rilievo di queste considerazioni emerge laddove si ponga mente al fatto che taluni collegano alla volontà popolare che si esprime con il *referendum* la forza di imporsi al legislatore successivo, sulla base dell'affermazione della Corte Costituzionale che vi sia un "divieto di far rivivere la normativa abrogata"¹⁷⁶ (retroattivamente), che è stato poi declinato, in *obiter dicta* di successive pronunce, come "divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare"¹⁷⁷ (anche per il futuro).

¹⁷⁵ Così, Corte Cost., 30 gennaio 2008, n. 15, in *Foro it.*, 2008, 3, I, 688; Corte Cost., 30 gennaio 2008, n. 16, in *Foro it.*, 2008, 3, I, 686; Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 37, in *Giur. cost.*, 2000, 289; Corte Cost., 10 febbraio 1997, n. 17, in *Giur. cost.*, 1997, 125.

¹⁷⁶ Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 468, in *Giur. cost.*, 1990, 2795: "la caducazione [per via referendaria] dell'art. 56 del codice di procedura civile, come non potrebbe consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta a titolo transitorio, così sottrae all'interprete l'operazione logica di una sua ultra-attività"; Corte Cost., 4 febbraio 1993, n. 33, in *Giur. cost.*, 1993, 240: "le difficoltà, peraltro di natura meramente operativa, che dovessero delinearsi in sede di applicazione della disciplina di risulta - non venendo a incidere su aspetti essenziali del sistema elettorale - potrebbero, in ogni caso, essere ovviate mediante interventi successivi del legislatore ordinario, che, pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere d'intervenire nella materia oggetto di *referendum* senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata (v. sent. n. 468 del 1990)".

¹⁷⁷ Corte Cost., 4 febbraio 1993, n. 32, in *Foro it.*, 1993, I, 646: "nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare (sent. 468 del 1990), il legislatore potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua"; Corte Cost., ord. 9-14 gennaio 1997, n. 9, in www.cortecostituzionale.it: "la normativa successivamente emanata dal legislatore è pur sempre soggetta all'ordinario sindacato di legittimità costituzionale, e quindi permane comunque la possibilità di un controllo di questa Corte in ordine all'osservanza [...] dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare".

Queste affermazioni, infatti, sono parse suggerire che, per valutare la legittimità costituzionale della legge sopravvenuta alla consultazione referendaria, occorra verificare se il più recente dettato legislativo ribadisca i “principi ispiratori” o i “contenuti normativi essenziali” della disciplina già bocciata dagli elettori, quindi riproponga la disciplina abrogata dal *referendum* in via formale o in via sostanziale.

Alcune posizioni¹⁷⁸ hanno sostenuto un vincolo perpetuo per il legislatore. Altre, un vincolo temporalmente limitato: fino alla scadenza della legislatura nella quale si è svolto il *referendum*¹⁷⁹, oppure cinque anni¹⁸⁰, oppure la scadenza della legislatura in cui si verificano modifiche del contesto socio-economico o dello sviluppo del progresso tecnologico tali, da determinare il sopravvenuto anacronismo della scelta referendaria¹⁸¹.

Il d.l. n. 138 del 2011, con l’art. 4, rubricato “Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al *referendum* popolare e alla normativa dell’Unione europea”, ha ridisciplinato la materia escludendo dal proprio ambito applicativo il servizio idrico, ma riproponendo per gli altri servizi sostanzialmente tutta la disciplina abrogata. In particolare, è rimasta la derogatorietà dell’affidamento *in house*, con la differenza che la limitazione della possibilità di ricorrervi, non più legata alle condizioni del mercato, si è prevista automaticamente al di sopra di una certa soglia di valore del servizio.

Per questo, parte della dottrina¹⁸², leggendo la nuova disciplina come scavalcamento dell’esito referendario, vi ha riconosciuto una violazione del principio della sovranità popolare, denunciandone l’illegittimità costituzionale.

¹⁷⁸ M. SICLARI, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Padova 1992, p. 105 ss.

¹⁷⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 854: il corpo elettorale, attraverso le elezioni, attribuirebbe infatti alle Camere un nuovo mandato generale, destinato ad espandersi anche sulle scelte popolari manifestate in via referendaria; A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, p. 317-318.

¹⁸⁰ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna 1991, p. 77: poiché cinque anni è il termine stabilito dalla l. n. 352 del 1970, in cui non può essere riproposto il *referendum* respinto o su cui non si è raggiunto il *quorum*; A. CORASANITI, *Note in tema di referendum elettorale*, in R. Bin (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell’ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino, 1999, p. 97-98.

¹⁸¹ P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, in *Giur. cost.*, 1997, 1, p. 55 ss., secondo cui tale momento dovrebbe essere identificato dal giudice costituzionale; A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 2005, p. 119.

¹⁸² A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Associazione italiana dei*

Tuttavia, l'orientamento dottrinale maggioritario¹⁸³ è nel senso che non vi sia, a parte il divieto di reviviscenza retroattiva delle norme abrogate da *referendum*, alcun vincolo giuridico per il legislatore all'esito referendario, in mancanza di un decisivo appiglio costituzionale: questo problema, in un sistema di democrazia rappresentativa, si risolverebbe in una questione di natura meramente politica, poiché legge e *referendum* sono fonti poste su un piano di perfetta equiparazione gerarchica, e dunque la prima potrà sempre - e in qualsiasi momento - disattendere quanto l'altra ha avuto modo di stabilire, potendo addirittura ribadire, nel dettaglio, la disciplina espressamente bocciata nella consultazione.

La Corte Costituzionale, peraltro, non è mai intervenuta espressamente sul punto, e ha negato la qualifica del comitato promotore del *referendum* come potere dello Stato legittimato a sollevare conflitto di attribuzione con il Parlamento¹⁸⁴.

Passando ad analizzare l'effettiva portata innovativa della disposizione in commento, è da rilevare che in alcuni casi il legislatore aveva già stabilito come unica forma di gestione l'affidamento a terzi, non prevedendo la gestione *in house*.

Ciò era avvenuto per il servizio di trasporto pubblico locale e regionale, ai sensi dell'art. 18, co. 2, lett. a, del d.lgs. n. 422 del 1997, e per il servizio di gestione dei rifiuti, ai sensi dell'art. 202, co. 1, del d.lgs. n. 152 del 2006.

Nell'assetto precedente, infatti, era prescritto che quanto regolava le modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali fosse inderogabile e integrativo delle discipline di settore, non applicandosi il principio "*lex specialis derogat legi generali*". Tuttavia, tale prevalenza della disciplina generale avveniva solo nella

costituzionalisti, 3, 2011; G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., p. 47.

¹⁸³ A. PACE-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, *Le conseguenze giuridiche dei tre referendum sul «nucleare»*, in *Giur. cost.*, 1987, I, p. 3092 ss.; G. AMBROSINI, *Referendum*, Torino, 1993, p. 78 ss.; A. BARBERA-A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, p. 144-146, secondo i quali la strada del controllo successivo di legittimità della legislazione eventualmente approvata dal Parlamento appare di "difficile realizzazione pratica", stanti anche "le difficoltà di un giudizio comparativo [...] i cui contorni sono altamente sfumati"; T.F. GIUPPONI, *Il giudizio di legittimità sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2006.

¹⁸⁴ Ciò è stato affermato nel momento in cui il Comitato promotore del *referendum* del 1993 in materia di finanziamento pubblico ai partiti, aveva voluto sollevare conflitto di attribuzioni di fronte al superamento dell'esito referendario attuato dal legislatore con l'approvazione della l. n. 2 del 1997: secondo la Corte, il ruolo del Comitato come potere dello Stato si esaurisce nella fase antecedente allo svolgimento del *referendum*, non potendo più rappresentare alcun interesse costituzionalmente rilevante e qualificato una volta soddisfatto l'esercizio del voto popolare.

misura in cui essa era più rispondente al canone della concorrenza: in caso diverso le disposizioni settoriali rimanevano ferme, poiché erano autorizzate ad introdurre, al fine di superare assetti monopolistici, regole che assicurassero concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio (art. 113, comma 5 *bis*, T.U.E.L.)¹⁸⁵; inoltre, era escluso dal campo di applicazione dell'articolo 113, oltre al settore dell'energia elettrica e del gas, anche il trasporto pubblico locale.

Invece, con l'art. 23-*bis*, co. 1, del d.l. n. 112 del 2008, così come oggi con l'art. 4, co. 34, del d.l. n. 138 del 2011, i rapporti tra disciplina in essa contenuta e norme settoriali si sono delineati in modo diverso, essendo stato previsto che la disciplina generale si applichi per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche se disciplinati da normative di settore, senza eccezione per quelle proconcorrenziali: “le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili”.

Inoltre, attualmente rientrano nel campo d'applicazione di questa disciplina generale, oltre ai servizi riconosciuti come servizi pubblici locali dalla giurisprudenza (che potrebbero in realtà essere qualificati come servizi strumentali), quali l'illuminazione delle pubbliche vie, l'illuminazione votiva, la manutenzione della segnaletica, la manutenzione di pensiline di tram, la manutenzione di strade della grande viabilità, il teleriscaldamento, anche il servizio di trasporto pubblico locale, che prima era escluso, nonché, argomentando dal comma 34 dell'art. 4 cit., che non lo prevede tra i servizi esclusi e che disciplina il regime transitorio degli affidamenti del servizio di trasporto pubblico regionale ferroviario, anche il servizio di trasporto pubblico regionale, nonostante l'avvenuta abrogazione del co. 34-*bis* che ciò dichiarava espressamente. Sarebbero inoltre sottoposti a tale disciplina anche i servizi per il pubblico affidati negli istituti e nei luoghi della cultura degli enti locali, indicati nell'art. 117 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, qualificati dalla dottrina¹⁸⁶ e dalla più recente giurisprudenza come

¹⁸⁵ Cfr. S. D'ANTONIO, *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 113.

¹⁸⁶ G. PIPERATA, *Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi di cultura*, in *Aedon*, 2010, 1.

servizi pubblici¹⁸⁷; questi consistono nel servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali, nei servizi riguardanti beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito del prestito bibliotecario, nella gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali, nella gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni, nei servizi di accoglienza, ivi inclusi quelli di assistenza e di intrattenimento per l'infanzia, i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica, i centri di incontro, nei servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba, nell'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali.

Sono invece regolati solo dalla disciplina settoriale loro propria in quanto esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 4 cit., in forza della previsione di cui al comma 34, in primo luogo, il servizio idrico integrato, nel rispetto della scelta referendaria espressa nel giugno del 2010 per l'abrogazione dell'art. 23-bis; il servizio di distribuzione del gas (ad eccezione del comma 33, su cui, *infra*, par. 3.5) e dell'energia elettrica, servizi che già si erano esclusi dalla disciplina generale, e il servizio di gestione delle farmacie comunali, servizi che la dottrina¹⁸⁸ ritiene, per varie ragioni, non si possano nemmeno qualificare come servizi pubblici locali.

¹⁸⁷ Corte Cass. SS.UU., 27 maggio 2009, n. 12252, in *Giust. civ.*, 2010, 5, I, 1179; T.A.R. Napoli, sez. VII, 16 settembre 2009, n. 4974, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸⁸ Nel caso dell'energia elettrica, perché l'art. 9 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 prevede che la concessione del servizio di distribuzione sia rilasciata, per ogni ambito comunale, dal Ministero dello sviluppo economico; nel caso del gas naturale, perché l'attività di vendita è sottoposta a autorizzazione ministeriale, e l'attività di distribuzione è oggetto di concessione affidata tramite gara da parte degli enti locali, ma è soggetta a un regime dettato da statuizioni amministrative non locali (art. 14, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164; art. 46 bis, d.l. 1 ottobre 2007, n. 159, conv. in l. 29 novembre 2007, n. 222): in presenza di "assorbenti poteri di governo e regolazione attribuiti al Ministero e all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, le funzioni ancora formalmente riconosciute agli enti locali risultano più che altro espressive della difficoltà di superare radicalmente – in sede di prima fase della riforma – la situazione consolidatasi nel pregresso regime, del tutto privo di una specifica normativa sul settore del gas naturale e quindi rifluente in via residuale nella disciplina generale dei servizi pubblici locali" (S. COLOMBARI-G. CAIA, relazione *La riforma dell'ordinamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Bologna, 24 settembre 2008). Per il servizio di gestione delle farmacie comunali, in particolare, argomenta per la loro inclusione nel servizio sanitario regionale, essendo titolare del servizio non il Comune, che sceglie la forma di gestione, ma le unità sanitarie locali, che indicano le condizioni di erogazione del servizio nella

La possibilità di ricorrere all'affidamento *in house* si è quindi estesa a tutti i servizi che rientrano nel campo di applicazione della disciplina generale, anche a quelli in cui non era stata prevista dalla normativa speciale¹⁸⁹, come nel caso del servizio di gestione dei rifiuti¹⁹⁰ e del servizio di trasporto pubblico.

Peraltro, l'estensione di questa possibilità a servizi in cui si era esclusa, potrebbe rimanere sulla carta, dato che il ricorso all'*in house* si è limitato ai casi in cui il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui. Questa soglia di valore molto basso vale infatti a rendere praticabile l'*in house* in pochi casi. Nel caso, poi, di affidamento di servizio sovracomunale sarebbe praticamente impossibile rientrare in tale soglia.

Sul punto si può però fare una distinzione: se, nel caso di affidamento da parte di un ente locale sovracomunale, il valore da considerare è quello dell'intero servizio affidato, nel caso di affidamento da parte di un Comune a una società *in house* multicomunale, il valore da considerare per la soglia parrebbe dover essere quello relativo al singolo Comune.

Per la prima ipotesi, il legislatore ha poi predisposto una deroga transitoria (esaminata nel paragrafo seguente), che permette per un periodo temporalmente limitato l'affidamento *in house* a livello di ambito.

Per quanto riguarda, invece, la gestione del servizio idrico, escluso dalla disciplina dettata dal d.l. n. 138 del 2011, si applicano i principi generali del diritto europeo e le disposizioni del d.lgs. n. 152 del 2006 rimaste in vigore. Pertanto, gli affidamenti a società *in house* sono condizionati al rispetto dei requisiti posti dal diritto europeo, del controllo analogo e dell'attività prevalente, e, ai sensi dell'art. 150, co. 3, del d.lgs. n. 152 del 2006, dalla presenza di "obiettive ragioni tecniche od economiche", oggetto di valutazione discrezionale da parte dell'ente affidante.

convenzione con la farmacia (S. COLOMBARI, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 2011, 2, p. 419 ss.).

¹⁸⁹ In questo senso, T.A.R. Veneto, sez. I, 2 febbraio 2009, n. 236, in *Foro amm. TAR*, 2009, 7-8, 2000.

¹⁹⁰ Peraltro, coerentemente con questa scelta, l'art. 12 del regolamento attuativo dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, ha indicato, tra le disposizioni abrogate espressamente dalla nuova normativa, l'art. 202, co. 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, che prevedeva come unica forma di gestione del servizio di gestione dei rifiuti l'affidamento a terzi.

A quanto detto si può aggiungere che la Corte Costituzionale ha affermato che dall'ordinamento sono state espunte le società *in house* proprietarie delle reti, che erano previste nell'art. 113, co. 13, del d.lgs. n. 267 del 2000.

Questa disposizione rappresentava un'eccezione all'incapacità delle reti appartenenti agli enti locali, ma ipotesi in cui la titolarità dei beni rimaneva comunque nella sfera pubblica: era infatti previsto che gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non fosse vietato dalle normative di settore, potessero conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali, a società a capitale interamente pubblico¹⁹¹ incapace. Tali società avrebbero dovuto porre reti, impianti e dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali. A tale società gli enti locali avrebbero potuto anche assegnare la gestione delle reti e il compito di espletare le gare per l'affidamento dei servizi.

La configurazione di tali società di diritto speciale¹⁹² era differente a seconda dell'attività svolta: se chiamate solamente ad amministrare i beni di cui erano conferitarie, o chiamate ad espletare le gare, si richiedeva solo che la società fosse a capitale interamente pubblico; se chiamate anche a gestire i beni di cui erano conferitarie, si richiedeva anche la rispondenza al modello dell'*in house providing*. Tale differenza si spiegava¹⁹³ con il fatto che la funzione delle società meramente proprietarie delle reti era unicamente quella di essere proprietarie dei beni strumentali all'esercizio dei servizi, ruolo per il quale non si pone il problema di giustificare forme di affidamento diretto potenzialmente lesive della

¹⁹¹ Un dubbio prospettabile era se il requisito del capitale pubblico si riferisse solo agli enti locali territoriali che fornivano le infrastrutture, o se potesse essere riferito anche alla partecipazione di altri soggetti pubblici, oltre a questi.

¹⁹² G. BASSI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Santarcangelo di Romagna, 2008, p. 250-256, individua come aspetti di diritto speciale il fatto che l'autorizzazione assembleare per le operazioni sulle proprie azioni dovesse essere sottoposta all'approvazione del consiglio degli enti locali, e nel fatto che non si potessero costituire sopra le azioni proprii diritti reali di garanzia (pegno) o di godimento (usufrutto) in favore di terzi.

¹⁹³ G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

concorrenza; che fosse prescritto che avessero capitale interamente pubblico valeva a far salvo il principio della proprietà pubblica dei beni strumentali¹⁹⁴.

Si ricavava peraltro dalla norma che la società conferitaria della proprietà di tali beni poteva svolgere solo i compiti descritti nel comma 13, e non anche essere affidataria *in house* dell'attività di erogazione del servizio all'utenza¹⁹⁵.

La Corte Costituzionale, nella pronuncia 25 novembre 2011, n. 320¹⁹⁶, censurando una disposizione regionale che prevedeva la cessione delle infrastrutture idriche a una società patrimoniale d'ambito¹⁹⁷, ha sostenuto che il comma 13 dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, sia stato abrogato tacitamente, per incompatibilità con il comma 5 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008.

Quest'ultimo aveva disposto (come attualmente dispone l'art. 4, co. 28, del d.l. n. 138 del 2011) che “ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati”; e secondo la Corte questa prescrizione era innovativa rispetto a quanto dettato nel previgente art. 113, co. 2, del d.lgs. n. 267 del 2000, secondo cui gli enti locali non potevano cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, salvo l'eccezione costituita dal conferimento di tali beni alle società di cui al comma 13, perché non aveva riproposto tale eccezione. L'incompatibilità di questa previsione sopravvenuta con la precedente avrebbe

¹⁹⁴ S. D'ANTONIO, *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, 2008, p. 138.

¹⁹⁵ G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

Peraltro il Consiglio di Stato, con l'ord. n. 1610 del 2005, aveva dato risposta al quesito se la società proprietaria potesse controllare o essere collegata alle società affidatarie della gestione di pubblici servizi direttamente riferibili agli *assets* posseduti, affermando che l'attività di gestione delle reti non era incompatibile con l'attività di erogazione di altri servizi, in regime di separazione contabile, salvo che vi fosse l'obbligo legislativamente posto di separazione tra proprietà di reti e gestione del servizio.

¹⁹⁶ In www.cortecostituzionale.it.

¹⁹⁷ La previsione regionale avrebbe inciso sul regime giuridico della proprietà pubblica, andando, pertanto, ascritta alla materia “ordinamento civile”, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. *l*, Cost., in cui le Regioni sono legittimate a disporre solo in attuazione di una specifica normativa statale, che, nella specie, si è ritenuta mancare. Infatti, la proprietà pubblica delle reti – stabilita, per le reti dei servizi che ivi sono disciplinati, dall'art. 23-*bis*, d.l. n. 112 del 2008, e oggi dall'art. 4, d.l. n. 138 del 2011, e dal comma 1 dell'art. 143 del d.lgs. n. 152 del 2006, per le reti idriche – implica, secondo la Corte, l'assoggettamento di queste al regime giuridico del demanio accidentale pubblico.

determinato la sua abrogazione, effetto ribadito nel comma 11 dell'art. 23-bis, secondo il quale l'art. 113 era abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni in esso contenute.

Il giudice costituzionale, con queste affermazioni, parrebbe sovrapporsi a quanto il Governo ha specificato in sede regolamentare, poiché il comma 13 non è stato incluso tra le disposizioni espressamente abrogate dalla nuova disciplina, indicate dall'art. 12 del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 (attuativo dell'art. 23-bis, co. 10, lett. m). Ma secondo la Corte "l'art. 23-bis ha previsto due diverse modalità di abrogazione delle norme previgenti: a) nella lettera m) del comma 10 ha affidato al Governo il potere di «individuare espressamente», con regolamento, le disposizioni abrogate ai sensi dello stesso art. 23-bis; b) nel successivo comma 11, con riferimento al solo art. 113 del TUEL, ne ha disposto l'abrogazione «nelle parti incompatibili con le disposizioni» del medesimo art. 23-bis. Nel primo caso, l'effetto abrogativo è stato differito – conformemente all'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) – al momento dell'entrata in vigore del regolamento di delegificazione; nel secondo caso, invece, tale effetto è conseguito immediatamente dalla vigenza dell'art. 23-bis ed è accertato direttamente dall'interprete”.

La Corte Costituzionale, poi, ha ritenuto che la proprietà delle reti conferita a una società a capitale interamente pubblico incedibile non possa definirsi proprietà pubblica, e quindi sia incompatibile con il loro nuovo assoggettamento al regime demaniale. Infatti, secondo la Corte l'incidibilità del capitale non garantisce il mantenimento del regime giuridico proprio dei beni demaniali: ciò perché – afferma la Corte – “il patrimonio sociale è nozione diversa da quella di capitale sociale: il primo è rappresentato dal complesso dei rapporti giuridici, attivi e passivi, che fanno capo alla società; il secondo è l'espressione numerica del valore in denaro di quella frazione ideale del patrimonio sociale netto (dedotte, cioè, le passività) che è fissata dall'atto costitutivo e non è distribuibile tra i soci. Ne deriva che l'incidibilità delle quote od azioni del capitale sociale – sia essa frutto di una pattuizione fra i soci (art. 2341-bis cod. civ.) o, come nel caso di specie, di una previsione legislativa – non comporta anche l'incidibilità dei beni che costituiscono il patrimonio della società; beni, perciò, che possono liberamente circolare e che integrano la garanzia generica dei creditori (art. 2740 cod. civ.), limitabile solo nei casi stabiliti dalla legge dello Stato nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di ordinamento civile. La sola partecipazione

pubblica, ancorché totalitaria, in società di capitali non vale, dunque, a mutare la disciplina della circolazione giuridica dei beni che formano il patrimonio sociale e la loro qualificazione” (punto 2.1.3).

3.2. L'in house di ambito.

Il comma 32 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, disciplinante il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto previsto nella nuova disciplina, nella lettera *a* permette per un periodo transitorio, cioè al massimo tre anni decorrenti dal 31 dicembre 2012, l'affidamento a società *in house* di ambito, frutto delle integrazioni di precedenti gestioni in affidamento diretto e in economia, tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di ambito o di bacino territoriale ottimale ai sensi dell'art. 3-bis, in deroga alla cessazione alla data del 31 dicembre 2012 prevista per gli affidamenti diretti non conformi alla nuova disciplina.

La disposizione, che non si applica nel caso di processi di aggregazione a livello di ambito o di bacino territoriale che già prevedano procedure di affidamento ad evidenza pubblica, richiede che “la soppressione delle preesistenti gestioni e la costituzione dell'unica azienda in capo alla società *in house* devono essere perfezionati entro il termine del 31 dicembre 2012. In tal caso il contratto di servizio dovrà prevedere indicazioni puntuali riguardanti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente, il livello di investimenti programmati ed effettuati e obiettivi di *performance* (redditività, qualità, efficienza). La valutazione dell'efficacia e dell'efficienza della gestione e il rispetto delle condizioni previste nel contratto di servizio sono sottoposti a verifica annuale da parte dell'Autorità di regolazione di settore”.

L'ambito applicativo di questa disposizione è ristretto ai servizi a rete affidati a livello sovracomunale, ai sensi dell'art. 3-bis del d.l. n. 138 del 2011, che ha previsto che i servizi a rete siano affidati a un unico gestore nell'ambito territoriale individuato dalla regione, ordinariamente di dimensione non inferiore al territorio provinciale (v. *supra*, par. 1.3); dunque, non si applicherà tale deroga nel caso in cui, come consentito dalla medesima disposizione, per ragioni di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di

proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, la dimensione territoriale dell'ambito venga a coincidere con quella comunale.

Il legislatore, pertanto, ipotizza la costituzione di una nuova società risultante dalla "integrazione operativa" di precedenti gestori diretti o in economia, che, essendo affidataria diretta, dovrà possedere i requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per gli affidamenti *in house*, controllo analogo e attività prevalente.

Ciò porta a considerare le problematiche legate alla struttura di questo tipo di società, soprattutto relative all'integrazione del primo requisito, poiché la presenza di più enti pubblici soci richiede la predisposizione di idonei strumenti.

Il requisito del controllo analogo corrisponde a una soggezione-immedesimazione dell'ente *in house* agli enti pubblici che ne detengono il capitale, e tale situazione è riconosciuta dalla Corte di giustizia in presenza di una identità di interessi perseguiti dai soci, di un'attività del soggetto *in house* finalizzata alla cura di tali interessi¹⁹⁸, e di specifici poteri che assumono diversa portata e declinazione rispetto al caso in cui vi sia un unico detentore del capitale.

E in seguito alla riforma del diritto societario operata dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, che ha ridimensionato i poteri di gestione in precedenza attribuiti all'assemblea e ampliato le competenze degli amministratori delle società, configurando un modello in base al quale i soci azionisti investono nell'impresa, mentre gli amministratori ne hanno la responsabilità esclusiva circa l'attività, vi è un'oggettiva difficoltà di modulare gli strumenti del diritto societario in questa direzione.

Una possibile soluzione sarebbe l'utilizzo del sistema di *governance* dualistico, che permetterebbe di attribuire al consiglio di sorveglianza funzioni di vigilanza e di indirizzo, e la competenza a deliberare sulle operazioni strategiche e sui piani

¹⁹⁸ Sulla necessaria identità di interessi tra enti soci, tra le altre, Corte giust., sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, cit., che al punto 50 afferma che "il rapporto tra un'autorità pubblica che sia un'amministrazione aggiudicatrice ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico", ed esclude la possibilità di investimento di capitale privato nel soggetto *in house* poiché esso "obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente". Sulla necessaria finalizzazione dell'attività agli interessi dei soci, tra le altre, Corte giust., sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, in *Foro amm. CDS*, 2005, 10, 2804, punti 67-71, in cui si esclude il controllo analogo per l'acquisto da parte della società di "una vocazione commerciale che rende precario il controllo del Comune". Cfr. C.G.A.R.S., 4 settembre 2007, n. 719, in *Foro amm. CDS*, 2007, 9, 2602: un aspetto interessante della pronuncia è che si afferma che il controllo non sussista se partecipa alla società un altro soggetto, sia pure pubblico, che persegue diversi interessi.

industriali e finanziari della società¹⁹⁹. Qualcuno ha poi individuato come migliore forma societaria per l'*in house* quella della società consortile a responsabilità limitata²⁰⁰. Ma anche nel caso di utilizzo della società a responsabilità limitata, l'art. 2479, co. 1, del codice civile, permette all'atto costitutivo di introdurre altre competenze dei soci, e questa flessibilità del modello è parsa meglio rispondente alle necessità di integrare il controllo analogo²⁰¹.

Nel caso in cui venga utilizzato il modello della società per azioni, si è affermato nella prassi l'utilizzo di un organo extrasocietario (denominato "Assemblea di coordinamento intercomunale" o "Comitato di controllo" o "Comitato di gestione"), costituito dai legali rappresentanti di ciascun ente locale, o loro delegati, con il compito di realizzare il coordinamento e la consultazione tra gli enti locali.

Dal momento che le disposizioni codicistiche che stabiliscono le competenze e i poteri degli organi societari sono inderogabili, clausole statutarie atipiche che attribuiscono all'organo di controllo poteri che si sovrappongono alle competenze dell'assemblea e dell'organo di amministrazione, o che creino nuovi organi sociali atipici, sarebbero nulle *ex art.* 1419, comma 2, codice civile²⁰². Perciò, ci si avvale della convenzione prevista dall'art. 30 del d.lgs. n. 267 del 2000, secondo cui "al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni", che "possono prevedere anche la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo".

La Corte di giustizia europea²⁰³ ha ritenuto che questa configurazione possa valere a integrare il requisito del controllo analogo. Infatti, il giudice europeo, muovendo dal riconoscimento²⁰⁴ che il requisito dell'attività prevalente può ricorrere considerando

¹⁹⁹ S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, cit., p. 217.

²⁰⁰ G. BASSI, op. cit., p. 439-440.

²⁰¹ C. M. SARACINO, *Note in tema di controllo analogo: la lente del giurista tra indici presuntivi e parametri statutari*, in *Foro amm. TAR.*, 2008, 4, p. 1139; R. URSI, *L'affidamento in house, in società pubblico-private e procedure di affidamento. L'in house alla prova delle regole comunitarie*, in *Quaderni del CDE*, 2008, p. 26.

²⁰² G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, Milano, 2007, p. 52.

²⁰³ Corte giust., 13 novembre 2008, C-324/07, e Corte giust., III sezione, 10 settembre 2009, C-573/07, in www.curia.europa.eu.

²⁰⁴ Corte giust., 11 maggio 2006, C-340/04, in *Foro amm. CDS*, 2006, 5, 1335, punti 70 e 71, e Corte giust., sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, in *Foro amm. CDS*, 2007, 4, 1082, punto 62.

l'attività svolta con l'insieme degli enti titolari del capitale, ritiene che la condizione relativa al controllo possa essere soddisfatta tenendo conto del controllo esercitato congiuntamente sull'ente concessionario dalle autorità pubbliche che lo detengono, deliberando, eventualmente, a maggioranza. Secondo la Corte, infatti, il controllo esercitato dall'autorità pubblica deve essere analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento²⁰⁵: "l'importante è che il controllo esercitato sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale"²⁰⁶.

La Corte di giustizia, tuttavia, rimette al giudice nazionale la verifica dell'operatività di tale meccanismo di controllo. A questo proposito, alcune previsioni statutarie potrebbero costituire raccordo efficace tra i poteri dell'organo di controllo e le competenze degli altri organi secondo il diritto societario²⁰⁷, come quella che identifichi come giusta causa di revoca degli amministratori *ex art.* 2383, co. 3, codice civile, il fatto che essi non si conformino alle direttive dell'organo di controllo.

Così, la giurisprudenza interna ha legittimato questo tipo di strutturazione delle società *in house* pluricomunali²⁰⁸, richiedendo che all'organo di controllo siano attribuiti i poteri integranti il controllo analogo: il potere di controllo sulla gestione, attraverso il potere di approvare in via preventiva tutti gli atti più rilevanti della società, come i principali atti di programmazione, quelli di straordinaria amministrazione e il bilancio preventivo; il potere di controllo

²⁰⁵ Corte giust., sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, cit., punto 63.

²⁰⁶ Corte giust., 13 novembre 2008, C-324/07, cit.

²⁰⁷ Cfr. G. BASSI, *Le determinanti del controllo analogo "in forma collettiva" nell'istituto dell'in house providing*, in *Riv. trim. app.*, 2, 2009, pp. 433-434.

²⁰⁸ Il Consiglio di Stato ha rilevato che in presenza di più enti pubblici soci si realizza un fenomeno di cooperazione tra pubbliche amministrazioni, sicché il controllo sulla società deve essere esercitato dall'insieme degli enti soci, e non da ciascuno di essi singolarmente (ord. sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316, in *Foro amm. CDS*, 2004, 1134; cfr. A. LOLLI, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 6, p. 1937 ss.). Nella stessa direzione: T.A.R. Lombardia, sez. III, 16 ottobre 2003, n. 4807, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2855; T.A.R. Pescara, 7 novembre 2006, n. 687, in *Foro amm. TAR*, 2006, 11, 3595; T.A.R. Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1, 265; T.A.R. Brescia, 27 ottobre 2008, n. 1440, in *Foro amm. TAR*, 2008, 10, 2694; Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365, in www.giustizia-amministrativa.it.

In particolare, sul requisito del controllo analogo in forma collettiva: T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, in *Foro amm. TAR*, 2005, 6, 1934; Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365; 26 agosto 2009, n. 5082; 28 settembre 2009, n. 5808, in www.giustizia-amministrativa.it.

sull'attività degli amministratori, attraverso il potere di verificare le modalità di esecuzione dei loro atti, l'obbligo in capo all'organo di amministrazione di informazione periodica sull'esecuzione di questi ultimi, e il potere di proporre all'assemblea la revoca degli amministratori, in caso di non esecuzione di atti o loro esecuzione non conforme alla programmazione; il potere di controllo finanziario e sul perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico, attraverso il potere di approvare gli schemi dei contratti di servizio, il potere di verificare lo stato di attuazione degli obiettivi assegnati, il potere di approvare il bilancio di esercizio. È stato quindi ritenuto²⁰⁹ conforme all'*in house* l'assetto di una società in cui l'organo di coordinamento e controllo è competente ad approvare in via preventiva gli atti più importanti di gestione (come le deliberazioni da sottoporre all'assemblea straordinaria, quelle in materia di acquisti e cessioni di beni e partecipazioni, quelle relative alle modifiche dei contratti di servizio, quelle in tema di nomina degli organi e quelle in ordine al piano industriale), anche se non su quelli di ordinaria amministrazione. Infatti, gli atti di ordinaria amministrazione non potrebbero discostarsi dalle determinazioni preventivamente assunte dall'organo di coordinamento e controllo in ordine a tutte le questioni più rilevanti. Inoltre, il controllo può essere esercitato deliberando a maggioranza: non si deve seguire, infatti, "un approccio atomistico che consideri *singulatim* la posizione di ogni ente locale", ma "un criterio sintetico che traguardi in modo complessivo la collettività dei soci governata in ambito societario attraverso il metodo maggioritario"²¹⁰.

In particolare, sono state considerate atte ad integrare il requisito del controllo analogo le previsioni statutarie che le decisioni relative alle modalità di esecuzione dei servizi sul territorio dei singoli Comuni soci devono essere assunte previo parere favorevole del Comune territorialmente interessato; che l'organo amministrativo deve ogni anno convocare un'assemblea in cui riferire sull'andamento della gestione, sulle operazioni di maggior rilievo effettuate e da effettuare, sullo stato di attuazione dei servizi svolti, e in cui sottoporre, per l'approvazione, il programma di gestione dell'esercizio successivo, e infine in cui richiedere l'autorizzazione per il compimento di atti di amministrazione straordinaria o di atti di amministrazione ordinaria (che comportino obbligazioni a carico della società per un ammontare non inferiore al valore del patrimonio netto

²⁰⁹ Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365, cit.

²¹⁰ Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, cit.

risultante dall'ultimo bilancio di esercizio approvato) non compresi nel programma di gestione approvato²¹¹.

Insieme al controllo esercitato congiuntamente, la giurisprudenza interna richiede che anche i singoli enti soci siano titolari di poteri di controllo individuali sui servizi affidati: si ritiene necessario attribuire a ciascun socio, indipendentemente dalla quota posseduta, poteri di inibizione di iniziative o decisioni che contrastino con gli interessi dell'ente locale.

La giurisprudenza²¹² ha riscontrato tale circostanza in presenza di clausole statutarie che riconoscano il diritto di recesso del socio *ex artt.* 2437, co. 4 e 2473, co. 1, codice civile, nel caso in cui l'attività societaria si ponga in contrasto con gli interessi dallo stesso perseguiti, come nel caso in cui l'organo amministrativo agisca in modo difforme dalle proposte, provenienti dal socio, di iniziative attuative del contratto di servizio; ovvero nel caso in cui l'assemblea deliberi in modo difforme dalle proposte, provenienti dal socio, relative a pretese o diritti della società sugli enti locali nascenti dal contratto di servizio; ovvero nel caso in cui il Comune abbia diritto a far valere la risoluzione o lo scioglimento del contratto di servizio.

3.3. L'attività prevalente come requisito per l'affidamento diretto di servizi alle società *in house*.

L'affidamento diretto a società *in house* è stato riconosciuto dalla giurisprudenza europea come caso di non applicazione delle regole concorrenziali, in quanto consistente nella scelta dell'ente di non ricorrere al mercato e "autoprodurre", mediante una società che non è effettivamente terza rispetto ad esso. Tale mancanza di terzietà, e quindi la legittimità dell'affidamento diretto a questo tipo di società, risiede, per la Corte di Giustizia, nel fatto che essa sia costituita con capitale interamente pubblico²¹³, nel fatto che l'ente pubblico affidante il servizio

²¹¹ Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2009, n. 5808, cit.

²¹² T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 16 ottobre 2007, n. 9988, in *Corriere del merito*, 2007, 12, 1476; T.A.R. Brescia, sez. I, 27 ottobre 2008, n. 1440, cit.; T.A.R. Napoli, sez. VII, 5 dicembre 2008, n. 21241, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, 3433; T.A.R. Milano, sez. III, 10 dicembre 2008, n. 5759, in *Contr. St. enti pubbl.*, 1, 2009, 43.

²¹³ Requisito esplicitato per la prima volta da Corte giust., sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, cit.

eserciti su di essa un “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi, e nella “attività prevalente” svolta dalla società a favore dell’ente affidante²¹⁴.

Il giudice europeo²¹⁵ ha specificato che al fine di integrare il requisito del “controllo analogo”, l’impresa non deve avere una “vocazione commerciale” che lo renda precario. E questa vocazione risulta, tra l’altro, dall’espansione territoriale e materiale delle attività della società, e dalla possibilità di instaurare relazioni con imprese private²¹⁶.

In realtà, come rilevato²¹⁷, l’ente territoriale potrebbe dettare o comunque condividere le scelte della società sottoposta alla propria direzione, di rivolgere la propria attività a obiettivi più di natura commerciale che di pubblico interesse. Ciò che viene a mancare, in questo caso, sembra in verità essere il requisito della “attività prevalente” con l’ente pubblico controllante.

Quest’ultimo ha come *ratio* la necessità di limitare gli affidamenti diretti esclusivamente a favore di soggetti che non siano posti sul mercato poiché operanti solo, o comunque per la maggior parte della loro attività, a favore degli enti pubblici che li detengono²¹⁸, “infatti, un’impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall’ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori”²¹⁹: la società non deve quindi avere “libertà di azione”, e cioè non deve svolgere attività sul mercato.

Ripercorrendo i punti di arrivo della giurisprudenza europea sulle modalità di valutazione del requisito in esame, nella sentenza *Carbotermo*²²⁰ si è stabilito che si debba esaminare da dove provenga la parte largamente maggioritaria del fatturato²²¹, ma che non si debba applicare l’art. 13 della direttiva 93/38, poi

²¹⁴ Requisiti esplicitati per la prima volta da Corte giust., sez. V, 18 novembre 1999, C-107/98, in *Urb. e app.* 2000, 1149.

²¹⁵ Corte giust., 13 ottobre 2005, C-458/03, cit.

²¹⁶ Corte giust., sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, cit.

²¹⁷ F. GUALTIERI, *Società miste ed in house providing: un rapporto da definire*, cit., p. 463 ss.

²¹⁸ Corte giust., sez. V, 18 novembre 1999, C-107/98, cit.; Corte giust., sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, cit.; Corte giust., sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, cit.

²¹⁹ Corte giust., sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, in *Giust. civ.*, 2006, 9, 1663.

²²⁰ Corte giust., sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, cit.

²²¹ Per esempio nella sentenza Corte giust., sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, in *www.curia.eu*, il requisito in esame si ritiene presente poiché il soggetto *in house* realizzava mediamente più del 90% della sua attività con gli enti pubblici controllanti.

trasfuso nell'art. 23 della direttiva 2004/17, che consente l'affidamento diretto di appalti ad un'impresa collegata se almeno l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa negli ultimi tre anni proviene dallo svolgimento di servizi o di lavori o dalla fornitura di prodotti all'amministrazione a cui è collegata, poiché - oltre a riguardare solo gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali - si applica solo a determinati operatori, cioè imprese comuni e imprese dai conti annuali consolidati, aventi modalità di funzionamento che differiscono da quelle delle amministrazioni aggiudicatrici. Si è affermato che è necessario che le prestazioni del soggetto *in house* siano "sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale" e che "ogni altra attività [risulti] avere solo un carattere marginale". Nel caso in cui il soggetto *in house* sia detenuto da diversi enti locali, il requisito può ricorrere qualora esso svolga la parte più importante della propria attività con tali enti complessivamente considerati. Per valutarlo il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative. Inoltre, si deve considerare non solo il fatturato realizzato nel territorio dell'ente controllante, ma il complessivo fatturato realizzato in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni: "non è rilevante sapere chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente. Risulta parimenti ininfluyente sapere su quale territorio siano erogate tali prestazioni". Nella sentenza *Sea*²²² si è, inoltre, affermato che l'estensione dell'attività si desume dalle previsioni dello statuto societario che definiscono l'oggetto sociale: se questo prevede che la società gestisca i servizi pubblici locali riguardanti esclusivamente gli enti pubblici soci e nell'ambito dei territori di competenza di questi ultimi, si può ritenere rispettato il requisito della prevalenza dell'attività a favore degli enti controllanti. Inoltre, secondo la Corte tale requisito è rispettato anche se lo statuto permette di svolgere servizi a favore di soggetti privati, qualora tale attività sia meramente accessoria a quella principale, poiché non impedisce che l'obiettivo principale della società rimanga la gestione di servizi pubblici. Il requisito della prevalenza dell'attività con gli enti locali controllanti consente, infatti, che la società *in house* eserciti un'attività avente un carattere marginale con altri

²²² Corte giust., sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, in *Guida al diritto*, 2009, 46, 80.

operatori diversi da questi enti, e non può essere interpretato nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato.

Alla luce di queste pronunce emerge che per il giudice comunitario il soggetto *in house* si trova limitato operativamente, riguardo ai soggetti possibili contraenti: in via “sostanzialmente esclusiva” devono essere tali l’ente o gli enti pubblici soci (o i soggetti da essi rappresentati); in via solo marginale possono esserlo altri enti pubblici e soggetti privati.

Occorre a questo punto domandarsi, e la questione è sorta perché vi sono disposizioni nazionali che permettono alle società *in house* di concorrere a gare anche *extra moenia* (su questo, *infra*, par. 4.1.), se tali società possano rispettare i requisiti richiesti dall’ordinamento europeo in caso di partecipazione a gare, e in caso di attività extraterritoriale.

Quanto alla possibilità, per le società *in house*, di concorrere a gare, nella prospettiva europea non sembra possibile dare una risposta generale alla domanda se la partecipazione di un soggetto *in house* a gare indette da enti diversi da quello controllante valga a escludere i requisiti del controllo analogo e dell’attività prevalente, dovendosi valutare caso per caso se l’attività oggetto della gara sia attività marginale e accessoria rispetto a quella di cui è affidatario, e non determini una vocazione commerciale che renda precario il controllo esercitato dall’ente pubblico.

Per il giudice europeo, infatti, il requisito della prevalenza dell’attività con gli enti locali controllanti è presente anche quando la società *in house* svolga un’attività a carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti, e – come detto – non può essere interpretato nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato²²³.

Il giudice europeo, inoltre, non ritiene inammissibile che soggetti affidatari diretti concorrano a gare²²⁴, perché, al fine di tutelare la concorrenza, mira a garantire la partecipazione più ampia possibile di offerenti²²⁵; nel caso in cui essi siano organismi di diritto pubblico - come nel caso delle società *in house*²²⁶- si deve

²²³ Corte giust., sez. III, 10 settembre 2009, cit.

²²⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499, in www.giustizia-amministrativa.it.

²²⁵ Cfr. Corte giust. sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, in *Foro amm. CDS*, 2009, 12, 2776, pt. 37, e giurisprudenza ivi richiamata.

²²⁶ Il giudice amministrativo le ha qualificate come tali perché agiscono in base alla delegazione di committenza delle specifiche funzioni comunali (T.A.R. Trieste, sez. I, 30 luglio 2007, n. 521, in

solamente evitare che la loro partecipazione a gare causi distorsioni della concorrenza²²⁷.

Quindi, nella prospettiva comunitaria è ammessa la partecipazione a gare di società a capitale pubblico, in forza del principio di neutralità e parità di trattamento tra imprese pubbliche e private²²⁸; in forza della qualificazione dell'ente pubblico che operi sul mercato come imprenditore, fornitore o prestatore di servizi²²⁹; e in forza del divieto di escludere dalle gare i concorrenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione che costituisce l'oggetto del bando di gara: infatti, l'art. 4 della direttiva 2004/18/CE e l'art. 11 della direttiva 2004/17/CE vietano agli Stati membri di prevedere che i candidati o gli offerenti i quali, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione che costituisce l'oggetto del bando di gara, siano respinti soltanto perché, secondo la normativa dello Stato membro in cui è aggiudicato l'appalto, essi dovrebbero essere persone fisiche o persone giuridiche, e "tale disposizione non stabilisce neppure una distinzione tra i candidati o gli offerenti a seconda del fatto che essi abbiano uno *status* di diritto pubblico oppure di diritto privato", non legittimando le esclusioni fondate sulla

www.giustizia-amministrativa.it, confermata da Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*).

In dottrina, D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, soprattutto p. 284-287, ritiene che *in house providing* e organismo di diritto pubblico siano figure distinte, costituenti due casi di applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici; e per le società *in house* ciò deriverebbe dal rapporto che le lega all'amministrazione controllante, che fa sì che esse ne siano considerate parte, a prescindere dalla sussistenza dei requisiti previsti per l'organismo di diritto pubblico (e, in particolare, l'essere istituite per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale). Tuttavia, tra gli indici utilizzati dalla giurisprudenza per individuare quest'ultimo elemento c'è quello della mancanza di collocazione dell'ente sul mercato, che è caratteristica del soggetto *in house* (e, secondo l'Autore, l'elaborazione di tale indice sarebbe proprio un tentativo di ricondurre l'*in house* alla nozione di organismo di diritto pubblico).

²²⁷ Questo è previsto dal quarto considerando della direttiva 2004/18/CE che, quindi, implicitamente riconosce la possibilità che un organismo di diritto pubblico partecipi in qualità di offerente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico (cfr. Corte giust. sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, cit., pt. 29).

²²⁸ Artt. 345 e 106 TFU (v. *supra*, par. 1.1).

²²⁹ L'art. 1, par. 8, della direttiva 2004/18/CE e l'art. 1, par. 7, della direttiva 2004/17/CE, qualificano come "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi", anche l'ente pubblico (amministrazione aggiudicatrice o impresa pubblica, nella direttiva 2004/17/CE) che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi.

titolarità di *status* di diritto pubblico²³⁰.

È anche ammessa la partecipazione alle gare di soggetti che ricevono da amministrazioni aggiudicatrici sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura - potendo essere tali la sottoscrizione di capitale²³¹ o l'affidamento diretto di altri servizi - che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni²³²; il fatto che un operatore economico abbia una posizione privilegiata determinata da finanziamenti pubblici o aiuti di Stato non può, quindi, giustificare l'esclusione²³³.

Quanto al limite territoriale, invece, l'espansione territoriale dell'attività è considerata un indice della mancanza del requisito del controllo analogo, anche se il giudice europeo non si è mai pronunciato nel senso di ritenere che lo svolgimento di attività *extra moenia*, che si connota come marginale e accessoria, possa pregiudicare il rapporto *in house*²³⁴.

Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 2004 sul *Libro verde sui servizi di interesse generale*, punto 35, invece, espressamente si "auspica che, in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di «autoprodurre» in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l'operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato".

Un'indicazione ancor più esplicita in tal senso si rinviene nel regolamento relativo ai servizi pubblici di trasporto su strada e per ferrovia. Qui, infatti, si considera che l'"operatore interno", peculiare tipologia di soggetto *in house*, non dovrebbe poter partecipare a procedure di gara al di fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale, e che l'autorità che controlla l'operatore interno dovrebbe anche poter vietare a quest'ultimo di partecipare a gare organizzate nel suo territorio (Reg. CE

²³⁰ Corte giust. sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, cit., pt. 31.

²³¹ Così Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

²³² Cfr. Corte giust., sez. VI, 7 dicembre 2000, C-94/99, in *Urb. e app.*, 2001, 46.

²³³ Cfr. Corte Giust., sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, cit., pt. 34 e 40. Però, in caso di offerte anormalmente basse dovute alla circostanza che l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, trova applicazione l'art. 55, par. 3, della direttiva 2004/18, quindi, "in talune circostanze particolari, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano" (sent. cit. pt. 33).

²³⁴ Cfr. G. STANCANELLI, I. MOSCARDI, R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, p. 336.

n. 1370 del 2007, considerando n. 18), e si dispone che tale soggetto possa esercitare la propria attività solo nel territorio dell'autorità competente a livello locale, e non possa partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri organizzate al di fuori di questo (Reg. CE n. 1370 del 2007, art. 5, co. 2).

Quanto al recepimento del diritto europeo nell'ordinamento interno, il legislatore italiano ha codificato i requisiti per l'*in house*, prima nell'art. 113, co. 5, lett. c, poi nell'art. 23-bis, co. 3, del d.l. n. 112 del 2008, e attualmente nell'art. 4, co. 13, del d.l. n. 138 del 2011, in cui fa richiamo, genericamente, ai requisiti per l'*in house* richiesti dall'ordinamento europeo, con un rinvio "flessibile" agli sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia.

La giurisprudenza amministrativa nazionale, per verificare la presenza del requisito della "attività prevalente", effettua un esame dell'ambito operativo delineato nello statuto societario: laddove questo abbia previsto la facoltà di operare al di fuori del territorio comunale e di concludere contratti con terzi, si ritiene non si configuri una società *in house*²³⁵; se, invece, è statutariamente imposto che la società indirizzi la parte più rilevante della propria attività all'ente o agli enti pubblici controllanti, si ritiene soddisfatto il requisito dell'attività prevalente²³⁶. Inoltre, per il giudice amministrativo si deve dimostrare, oltre all'esiguità dei servizi, opere o beni resi al privato o a soggetti pubblici diversi da quelli controllanti, la quasi inesistente valenza di essi nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato²³⁷; e in alcuni casi si è ritenuto che in ogni caso la società *in house* non potesse svolgerli fuori dalla competenza territoriale dell'ente controllante²³⁸.

Seguendo l'orientamento dei giudici comunitari, poi, la Corte Costituzionale²³⁹ ha affermato che si debba dare rilievo non solo a dati quantitativi, ma anche ad aspetti di natura qualitativa, idonei a far desumere la propensione del soggetto *in house* a

²³⁵ Cfr. T.R.G.A. Bolzano, 8 marzo 2007, n. 91, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

²³⁶ Cfr. T.A.R. Milano, 10 dicembre 2008, n. 5759, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

²³⁷ Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, in *Ragiufarm*, 2007, 102, 44. La marginalità dell'attività svolta sul mercato starebbe nella complementarità di tale attività rispetto alle altre gestite *in house*, o nella preordinazione a non disperdere le utilità generate dalla produzione *in house* del servizio (S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, cit., p. 211 ss.).

²³⁸ Cfr. T.A.R. Genova, sez. II, 15 maggio 2008, n. 1013, in *Foro amm. TAR.*, 2008, 5, 1264.

²³⁹ Sentenza 23 dicembre 2008, n. 439, in *Foro amm. CDS*, 2008, 12, 3250.

effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati anche non contigui, in vista di un'eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente.

La giurisprudenza interna, poi, si è allineata su posizioni più restrittive rispetto a quelle del giudice europeo, ritenendo vietata, per i soggetti *in house*, la partecipazione a gare.

Nell'ipotesi di partecipazione a gare *extra moenia*, si ritiene²⁴⁰ che ciò escluda a priori il requisito dell'attività prevalente. E, in generale, anche nel caso di partecipazione a gare non *extra moenia*, si sostiene²⁴¹ che l'inammissibilità derivi dalla necessità di evitare che partecipi a gare un soggetto potenzialmente distorsivo della concorrenza, sia nel mercato pubblico sia in quello privato, in quanto titolare di una situazione di privilegio. Questa, principalmente, consisterebbe nel godere di un "minimo garantito", cioè nell'avere la garanzia dei contratti affidati direttamente, il cui provento, coprendo le spese, permette ulteriori acquisizioni contrattuali con l'offerta di prezzi più bassi.

²⁴⁰ Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, cit.; T.A.R. Genova, sez. II, 15 maggio 2008, n. 1013, in *Foro amm. TAR.*, 2008, 5, 1264; Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2010, n. 7080, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; Cons. Stato, sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

²⁴¹ Cons. giust. amm. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, cit.; Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2010, n. 7080, cit. Così ritiene anche la Corte Costituzionale (sentenza n. 439 del 2008, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 727), che afferma che "il modello operativo in esame non deve costituire il mezzo per consentire alle autorità pubbliche di svolgere, mediante la costituzione di apposite società, attività di impresa in violazione delle regole concorrenziali, che richiedono che venga garantito il principio del pari trattamento tra imprese pubbliche e private (art. 295 del Trattato CE)", e che "una consistente attività "esterna" determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto (...)".

3.4. I limiti operativi stabiliti dal legislatore.

3.4.1. Esame degli analoghi limiti posti alle società strumentali dall'art. 13 del decreto Bersani.

Il legislatore nazionale è intervenuto sulle società a partecipazione pubblica locale ponendovi limitazioni, al fine di salvaguardare la concorrenza, nell'ottica, propria anche del giudice amministrativo e costituzionale, secondo cui la titolarità di affidamenti diretti è di per sé fattore distorsivo della concorrenza, e al fine di contenere la spesa pubblica locale²⁴².

Dapprima, infatti, con diverse disposizioni si è stabilita l'esclusione dei soggetti affidatari diretti dalle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali: da quelle per la scelta del gestore del servizio di trasporto pubblico locale (art. 18, co. 2, lett. a, del d.lgs. n. 422 del 1997), per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas (art. 14, co. 5, del d.lgs. n. 164 del 2000), per l'affidamento del servizio nella disciplina generale (art. 113, co. 6, d.lgs. n. 267 del 2000).

L'articolo 13 del d.l. n. 223 del 2006 ha, poi, introdotto limiti operativi che paiono identici a quelli stabiliti per le società affidatarie dirette di servizi pubblici locali, e che è necessario esaminare anche perché su questi è intervenuta una pronuncia della Corte Costituzionale che sembra offrire un nuovo spunto di lettura del fenomeno dell'*in house* (*infra*, par. 3.5).

Tale disposizione ha limitato l'operatività delle società²⁴³ costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e

²⁴² M.G. VIVARELLI, *Le società pubbliche: le criticità del sistema con particolare riguardo alla necessità di contenimento della spesa pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 1, p. 83 ss.

²⁴³ Anche se nel nostro ordinamento ancora manca un generale riconoscimento legislativo dell'affidamento diretto a società *in house*, salvo che per i servizi pubblici locali (cfr. G. STANCARELLI, I. MOSCARDI, R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, cit., p. 348-357), si è perlopiù ritenuto che la disposizione in esame si applichi a soggetti *in house*: solamente ad essi (per tutti, G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali a tutela della concorrenza*, in *Giust. amm.*, 2007, 4, 705 ss.), o anche ad essi (per tutti, M. CAMMELLI - M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in M. Cammelli-M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., p. 364-366).

servizi strumentali all'attività di tali enti (eccettuati i servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici e le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, che sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti) e per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza.

Quanto all'ambito applicativo della disposizione²⁴⁴, i soggetti destinatari sono le società che rispondono a due ordini di requisiti: uno relativo al capitale sociale, interamente pubblico (regionale o locale) o misto, e uno relativo all'attività prevista nell'oggetto sociale.

Relativamente al requisito del capitale sociale, esso, secondo la giurisprudenza²⁴⁵

²⁴⁴ La corretta definizione dell'ambito applicativo di questa disposizione è stata oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale, di cui i maggiori contrasti sono individuati da Cons. Stato Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 5, 1347: "partendo dalla distinzione fra società strumentali, perché destinate a produrre beni e servizi finalizzati alle esigenze dell'ente pubblico partecipante e società a partecipazione pubblico-privata, esercitate secondo modelli paritetici, in cui il ruolo degli enti territoriali corrisponde a quello di un azionista di una società per azioni (IV sez., 5 marzo 2008, n. 946; V Sez. 16 novembre 2010, n. 8069), la giurisprudenza ha ritenuto applicabile solo alle prime la norma contenuta nel "Decreto Bersani". Il divieto, in tal caso, è stato ritenuto giustificato dall'essere le società strumentali una *longa manus* delle amministrazioni pubbliche, operanti per queste ultime e non già per il pubblico (V sez., 4346/09; 3766/09; 1282/10; 8069/10; n. 77/2011). È stato, invece, ritenuto non operante nel caso di società a partecipazione pubblica che producono beni o servizi per il pubblico (consumatori o utenti) in regime di concorrenza (V sez., n. 8069 cit.). Alcune decisioni più restrittive hanno, poi, ritenuto che il divieto di cui all'art.13 si applichi anche alle cd. società di terzo grado (non costituite da enti pubblici e non destinate a soddisfare esigenze strumentali della P.A.) ove l'assunzione avvenga comunque con una quota di capitale pubblico (sez. V, n. 4829/08), nonché che il divieto abbia portata generale per tutti i soggetti titolari di affidamenti diretti (ancorché preceduti da gara per la scelta del socio), indipendentemente da ogni considerazione sulla legittimità di tali affidamenti (sez. V, n. 417/10). Altre decisioni hanno focalizzato il ruolo svolto dalla specifica missione strumentale della società rispetto all'ente che l'ha costituita o la partecipa per giustificare il divieto legislativo di operare per altri soggetti pubblici o privati (V sez., 5 marzo 2010, n. 1282; n. 8069 del 2010). Infine, alcune decisioni più rigorose hanno affermato che le preclusioni operanti per le società strumentali debbano essere estese anche alle società da queste costituite, anche per attività non strumentali (V sez., 22 febbraio 2010, n. 1037; n. 8069/10 cit.)".

²⁴⁵ T.A.R. Milano, 31 gennaio 2007, n. 140, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1, 11; Cons. Stato, sez. III, parere 25 settembre 2007, n. 322, in *Foro it.*, 2008, 2, 69; T.A.R. Toscana, sez. I, 13 marzo 2009, n. 417, in *Guida al diritto*, 2009, 48, 93. Cfr., in senso critico, D. FLORENZANO, *Le società delle*

è integrato anche dalla partecipazione di enti locali non territoriali, come le Camere di commercio: ci si riferirebbe a tutte le amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici entro un dato ambito territoriale.

Al riguardo, sono poi sorte questioni interpretative in ordine all'integrazione della fattispecie da parte di società indirettamente partecipate dall'ente pubblico.

Si era quindi aperto un contrasto giurisprudenziale: in talune pronunce si dava risposta affermativa²⁴⁶, considerando la norma come non eccezionale, ma anzi attuativa dell'articolo 41 della Costituzione, e che in tali società l'assunzione del rischio avveniva con una quota di capitale pubblico, con ciò solo ponendo in essere meccanismi in potenziale contrasto con il principio della *par condicio* dei concorrenti; in altre pronunce si affermava il contrario²⁴⁷, sulla base della

amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, Padova, 2008, pp. 35-40.

²⁴⁶ T.A.R. Milano, 31 gennaio 2007, n. 140, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 7 ottobre 2008, n. 4829, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lecce 6 maggio 2009, n. 908, in *Foro amm. TAR*, 2009, 5, 1574; T.A.R. Roma 5 gennaio 2010, n. 36, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1, 152; T.A.R. Brescia, sez. II, 27 maggio 2010 n. 2164, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*; deliberazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici 9 maggio 2007, n. 135. In questo senso, parte dei commentatori: I. PAGANI, *Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell'art. 13 del Decreto Bersani?*, in *Urb. e app.*, 2008, 9; P. DELLA PORTA, *Le società previste dall'art. 13 della l. 248/2006. Casistica e brevi note in tema di individuazione soggettiva*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2009, 3; C. CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di "strumentalità"?*, in *Urb. e app.*, 2010, 4, che, in particolare, ritiene applicabili le limitazioni nel caso in cui la società sia detenuta interamente da una società *in house* e nel caso in cui sia controllata *ex art. 2359 c.c.* da società a sua volta controllata.

²⁴⁷ T.A.R. Roma, sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1, 152; T.A.R. Liguria, Genova, II, 9 gennaio 2009, n. 39, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1, 52; T.A.R. Molise, I, 18 luglio 2007, n. 628, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2007, 2-3, 39; Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Tra i commentatori, D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, cit., pp. 63-68; S. ROSTAGNO, *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Giust. amm.*, 2008; P. PACIFICO, *Le partecipazioni societarie indirette nel quadro dell'art. 13 del d.l. 223 del 2006, cd. Bersani*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 7-8, p. 1913 ss.; A. DI LEO, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 8, p. 788 ss.: concordi nel ritenere che la mera presenza di capitale pubblico non è distorsiva della concorrenza e non giustifica l'applicazione dei limiti previsti per le società strumentali, e, d'altra parte, che la società separata è la soluzione individuata dal diritto *antitrust* proprio per evitare distorsioni della concorrenza (art. 8, co. 2-bis della l. n. 287 del 1990).

considerazione che la specialità di questa norma, derogatoria del principio generale di libertà di iniziativa economica, non ne avrebbe consentito l'applicazione analogica a casi diversi da quelli espressamente previsti, e la separazione delle società operanti sul mercato con soggetti terzi (e dei rispettivi bilanci), rispetto a quelle ricadenti nella norma, avrebbe costituito sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza.

A risolvere il contrasto è intervenuta l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato²⁴⁸, giudicando applicabile l'art. 13 del decreto Bersani anche alle società controllate da società strumentali e costituite con capitale di queste. Infatti, la finalità di evitare effetti distorsivi della libera concorrenza, afferma il Consiglio di Stato, si persegue non solo vietando le attività diverse da quelle classificabili come strumentali rispetto alle finalità dell'ente pubblico, ma anche vietando la partecipazione delle società strumentali ad altre società: "in effetti, l'alterazione della libera concorrenza può realizzarsi anche in via mediata, ossia fruendo dei vantaggi derivanti dall'investimento del capitale di una società strumentale in altro soggetto societario costituito con finalità neppure indirettamente strumentali, ma anzi intrinsecamente imprenditoriali"²⁴⁹. Tale principio si evince anche dalla sentenza n. 326 del 2008 della Corte costituzionale, che ha ritenuto che il divieto imposto alle società strumentali di detenere partecipazioni in altre società²⁵⁰ sia volto ad evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, attività loro precluse, e che quindi sia esteso alla detenzione di qualsiasi partecipazione o alla adesione a qualsiasi ente, ma circoscritto alla detenzione di partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse. Da ciò deriva che "sono applicabili alle società controllate da società strumentali e costituite con capitale di queste gli stessi limiti che valgono per le società controllanti, ove si tratti di attività inerenti a settori preclusi a queste ultime. Infatti, l'utilizzazione di capitali di una società strumentale per partecipare, attraverso la creazione di una società di terzo grado, a gare ad evidenza pubblica comporterebbe, sia pure indirettamente, l'elusione del

²⁴⁸ Cons. Stato Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17, cit.

²⁴⁹ Così anche Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1037, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵⁰ L'obbligo di cessione a terzi delle società e delle partecipazioni vietate, abrogato dalla legge finanziaria 2007 (art.1, co. 720, l. 27 dicembre 2006, n. 296), è stato poi ripristinato dalla legge finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, co. 29), con la previsione di un termine di adempimento più volte prorogato, da ultimo con l'art. 71, co.1, lett. e, della l. 18 giugno 2009, n. 69.

divieto di svolgere attività diverse da quelle consentite a soggetti che godano di una posizione di mercato avvantaggiata”. Secondo il giudice, quindi, la previsione dello scorporo di attività non più consentite è da intendere nel senso, compatibile con il divieto imposto alle società strumentali di partecipare ad enti, che si permette di costituire un nuovo soggetto societario destinato a concorrere in pubbliche gare per lo svolgimento di un servizio di interesse generale, che non comporti l’intervento finanziario dell’ente strumentale.

Relativamente al requisito concernente l’attività, la disposizione in esame si applica alle società dedicate alla produzione di beni o servizi strumentali all’attività degli enti pubblici costituenti o partecipanti, in funzione della loro attività, oppure allo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza.

Il primo tipo di attività corrisponderebbe²⁵¹ a quelle, diverse dalle funzioni e dai servizi pubblici in senso proprio, che possono essere oggetto di un appalto di forniture o di servizi, e che quindi sono definibili come strumentali in quanto non erogate al pubblico, ma all’amministrazione, da cui proviene il corrispettivo²⁵², come i servizi informatici o di supporto tecnologico all’attività degli enti pubblici, di pulizia e manutenzione degli immobili e delle attrezzature, di progettazione di interventi infrastrutturali.

Tuttavia, tra le problematiche più rilevanti del disposto in esame rientra proprio la corretta individuazione delle attività e quindi delle società che ricadono nel suo ambito applicativo; molte controversie hanno avuto infatti ad oggetto l’individuazione della categoria delle società eroganti servizi pubblici locali, escluse espressamente dall’ambito applicativo del disposto in esame.

Infatti, permane nel nostro ordinamento l’ambiguità derivante dalla mancata definizione legislativa di servizio pubblico locale, e dell’atto giuridico con cui il gestore è ammesso alla sua erogazione.

²⁵¹ M. CAMMELLI e M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell’art. 13 del d.l. n. 223/2006*, cit., p. 364.

²⁵² Secondo la definizione di appalto data in sede comunitaria nell’art. 1 delle direttive 31 marzo 2004, n. 18 e n. 17, e recepita nel diritto interno dall’art. 3 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163: gli appalti di forniture, di lavori e di servizi sono “contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto fra uno o più enti aggiudicatori di cui all’articolo 2, paragrafo 2, e uno o più imprenditori, fornitori o prestatori di servizi”. Invece, la concessione di servizi è un “contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo”.

Nel caso di servizi pubblici liberalizzati, *nulla quaestio*, per la mancanza di concessione o appalto.

Nei casi di gestione in esclusiva, questa ambiguità si riscontra nel fatto che la giurisprudenza²⁵³ talvolta fa riferimento alla figura dell'”appalto di servizio pubblico”, figura peraltro legislativamente prevista nell'art. 42, co. 4 *bis* del d.lgs. n. 163 del 2006, laddove si fa menzione di servizi pubblici locali affidati tramite contratti di appalto.

Solo in alcune pronunce²⁵⁴ si riconosce come elemento distintivo tra appalti pubblici di servizi e concessione di servizi pubblici il cosiddetto rischio di gestione economica del servizio e la provenienza della remunerazione, conformemente a un orientamento espresso in sede comunitaria²⁵⁵.

Nel nostro ordinamento, infatti, la dottrina non ravvisa un criterio distintivo tra servizio pubblico e servizio strumentale basato sulla configurazione giuridica dello strumento di affidamento, come, rispettivamente, concessione o appalto²⁵⁶.

²⁵³ Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3767, cit., in cui si parla esplicitamente di “appalto di servizio pubblico”, e si afferma che il Decreto Bersani, nell'escludere dalle attività strumentali affidate i servizi pubblici locali, non ha operato alcuna distinzione tra concessioni e appalti, “distinzione che, del resto, sotto il profilo della soggezione ai principi del Trattato UE in materia di libera concorrenza, ha perduto concreta rilevanza (v. d.lgs. n. 163 del 2006, art. 30). Nell'appalto come nella concessione, se l'affidatario è una società a capitale pubblico o misto, tanto il concessionario quanto l'appaltatore verrebbero a fruire di quella posizione di vantaggio che viene ricondotta alla utilizzazione di risorse della collettività locale, di cui non fruisce il concorrente a capitale interamente privato”.

²⁵⁴ Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049, in *Foro it.*, 2009, 3, III, 121. In tal senso anche Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, in cui si riconosce che nel servizio pubblico locale (a differenza dell'appalto di servizi) l'utenza ne sopporta i costi direttamente, mediante pagamento di apposita tariffa, all'interno di un rapporto trilaterale, con assunzione del rischio di impresa a carico del gestore; requisito essenziale della nozione di servizio pubblico locale è che il singolo o la collettività abbiano a ricevere un vantaggio diretto e non mediato da un certo servizio, escludendosi, di conseguenza, che ricorra servizio pubblico a fronte di prestazioni strumentali a far sì che un'amministrazione, direttamente o indirettamente, possa poi provvedere ad erogare una determinata attività; così, anche l'attività di smaltimento dei fanghi derivanti dalla depurazione delle acque si configura come attività strumentale se resa in favore della società che deve erogare il servizio idrico integrato.

²⁵⁵ Corte giust., 7 dicembre 2000, C-324-98, e Comunicazione della Commissione Europea, 2 aprile 2000.

²⁵⁶ B. RAGANELLI, *Le concessioni di lavori e servizi*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, II, Milano, 2007, p. 1015. Cfr. D. FLORENZANO, op. cit., p. 45; B.

Ciò soprattutto nel caso di attività destinate alla collettività ma rette da un contratto di appalto, come nei casi emblematici del servizio di illuminazione e dell'affidamento da parte del concessionario di segmenti del servizio di gestione dei rifiuti²⁵⁷.

Diverso è il caso del servizio di gestione dei rifiuti: anche nel caso in cui la remunerazione del gestore del servizio provenga da una tassa (la "tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani", TARSU) si è rilevato²⁵⁸ che la provenienza della remunerazione deve essere intesa "in senso economico e finanziario e non con riferimento alle particolari modalità di pagamento, dipendenti dal sistema di prelievo, che è un elemento estrinseco e occasionale"; per questo non rileva che, nel caso in cui vi sia un sistema di tassazione e non di tariffe, il concessionario

GILIBERTI, L. R. PERFETTI, I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. 135/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 3, p. 260.

²⁵⁷ La Corte di giustizia non si è, tuttavia, pronunciata sul punto, affermando che "l'affidamento di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani (...), può rientrare, secondo le specificità della contropartita di tale servizio, nella definizione di appalto pubblico di servizi o in quella di concessione di servizi pubblici (...) il contratto in esame nella causa principale potrebbe costituire un appalto pubblico di servizi, in particolare per il fatto che il contratto intervenuto tra la Setco e il Comune di Ponte Nossola per la prestazione dei servizi in oggetto prevede che quest'ultimo versi alla Setco il corrispettivo per i servizi da essa forniti. Un appalto siffatto potrebbe rientrare nella direttiva 2004/18, in quanto appalto di servizi di eliminazione di rifiuti appartenenti alla categoria 16 dell'allegato II A di tale direttiva. La decisione di rinvio, tuttavia, non contiene le informazioni necessarie per determinare se si tratti di una concessione di servizi o di un appalto pubblico di servizi" (Corte giust., sez. III, 10 settembre 2009, n. 573, in www.curia.europa.eu).

Il giudice amministrativo in alcune occasioni ha affermato come, adottando il criterio distintivo della provenienza della remunerazione, un'attività astrattamente riconducibile a servizio pubblico possa invece rientrare tra i servizi strumentali; così, lo svolgimento del ciclo integrato dei rifiuti, se è oggetto di gara di appalto indetta dal concessionario del servizio stesso, essendo remunerato da quest'ultimo, non si può qualificare servizio pubblico anche se astrattamente rivolto alla collettività degli utenti, poiché "gli obblighi scaturenti dal contratto che verrà stipulato con l'impresa aggiudicataria, varranno nei confronti di essa stazione appaltante: se, invero, il rapporto contrattuale riguarda tali due soggetti, specialmente per quanto concerne gli effetti patrimoniali, rispetto allo stesso sono estranei i cittadini-utenti, i quali potranno pretendere la prestazione del servizio dal soggetto concessionario del servizio, e non dalla ditta che opera per conto di detto concessionario (in forza del contratto di appalto)" (T.A.R. Venezia, sez. I, 31 marzo 2008, n. 788, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3, 687).

²⁵⁸ G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di servizio pubblico*, in F. Mastragostino (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, 1998, p. 15.

riceva i propri compensi dall'Amministrazione committente e non direttamente dagli utenti; infatti, la remunerazione proviene, anche se indirettamente, dagli utenti, poiché il compenso del gestore è erogato periodicamente dal Comune, ma il costo del servizio è ripartito tra gli utenti secondo parametri predeterminati, come ad esempio l'estensione dell'unità abitativa e il numero dei componenti del nucleo familiare²⁵⁹. Ciò è reso ancor più evidente con il passaggio (facoltativo) a un sistema tariffario (con la "tariffa di igiene ambientale", TIA).

La giurisprudenza, nella maggior parte dei casi, basa la distinzione sui soggetti destinatari del servizio, affermando che: "la distinzione tra mero servizio e servizio pubblico va ricercata nel beneficiario diretto dello stesso. Di conseguenza ricorre l'ipotesi del servizio pubblico se la prestazione resa dall'appaltatore viene fornita per soddisfare in via immediata le esigenze della collettività o del singolo utente. Costituisce, al contrario, mero servizio strumentale quello le cui prestazioni vengono effettuate direttamente a favore della stazione appaltante"²⁶⁰. I giudici di Palazzo Spada hanno affermato che il carattere della strumentalità sussiste "allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche", per il perseguimento dei loro fini istituzionali. E, ancora, che "solo se l'oggetto sociale contempla una "missione" rivolta al pubblico - e quindi al mercato: un'attività di tipo imprenditoriale - piuttosto che un'esclusiva riserva di attività per una qualche

²⁵⁹ TAR Brescia, sez. I, 26 novembre 2008, n. 1689, in *Foro amm. TAR*, 2008, 6, 1621, e T.A.R. Brescia sez. II, 27 maggio 2010 n. 2164, in www.dirittodeiservizipubblici.it; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012 n. 2537, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

²⁶⁰ Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289, in *Foro amm. CDS*, 2003, 998; T.R.G.A. Bolzano, 8 marzo 2007, n. 91, in *Foro amm. TAR*, 2007, 3, 861; T.A.R. Lazio, II, 5 giugno 2007, n. 5192, cit.; T.A.R. Brescia, I, 27 dicembre 2007, n. 1373, in *Foro amm. TAR*, 2007, 12, 3706; T.A.R. Veneto, I, 31 marzo 2008, n. 788, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3, 687; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600, in *Foro amm. CDS*, 2008, 4, 1107; T.A.R. Genova, 9 gennaio 2009, n. 39, cit. Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, in *Foro amm. CDS*, 2005, 12, 3667, ritenendo che sia servizio pubblico locale quello di cui i cittadini usufruiscono *uti singuli* e come componenti la collettività, purché rivolto alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali qualifica addirittura come tale il servizio di riscaldamento degli edifici comunali, : "è evidente, infatti, che l'utenza del servizio in questione non va individuata, restrittivamente, nei dipendenti comunali, ma si estende al pubblico che si reca negli uffici, e, soprattutto, ai frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani e altri servizi ospitati in immobili comunali".

amministrazione pubblica locale, allora la società non ha carattere strumentale”²⁶¹. Il Consiglio di Stato, poi, ha espressamente respinto il criterio della provenienza della remunerazione, accogliendo una nozione di servizio pubblico fondata su due elementi: “1) la preordinazione dell’attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; 2) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l’espletamento dell’attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità”; di conseguenza, ha affermato²⁶², la configurazione del servizio pubblico è compatibile con diversi schemi giuridici e con differenti modalità di remunerazione della prestazione: quel che conta è che l’attività del gestore sia diretta ad una platea indifferenziata di utenti e che esso sia destinatario di obblighi funzionali alla destinazione al pubblico dell’attività dovuta, mentre non rileva che il gestore sia remunerato dal soggetto aggiudicatore. Ancor più esplicitamente, poi, in una successiva pronuncia²⁶³ si sostiene che l’elemento della allocazione del rischio di impresa in capo al gestore del servizio è funzionale alla distinzione tra contratto di appalto di servizi e concessione di servizi, ai fini dell’individuazione delle norme applicabili ai due istituti, ma risulta ininfluenza quanto alla configurazione dell’appalto di servizi in contrapposizione al servizio pubblico locale; e che si è in presenza di un servizio pubblico locale di rilevanza economica anche quando l’Amministrazione – invece della concessione – pone in essere un contratto di appalto, (rapporto bilaterale, versamento di un importo da parte dell’Amministrazione) sempre che l’attività sia rivolta direttamente all’utenza, e non all’ente appaltante in funzione strumentale all’amministrazione, specificandosi però che l’utenza sia chiamata a pagare un compenso, o tariffa, per la fruizione del servizio (il che nel caso di specie avveniva, trattandosi di servizio di gestione dei rifiuti, per il quale si è già detto).

Tuttavia, si deve rilevare che è proprio la disciplina legislativa che regola le forme di gestione dei servizi pubblici locali, rette dal principio di tipicità²⁶⁴, a stabilire che l’affidamento della gestione di essi avvenga tramite concessione. Infatti,

²⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 230; Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346, in *Foro amm. CDS*, 2009, 7-8, 1727; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, in *Foro amm. CDS*, 2009, 6, 1481; Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, cit.

²⁶² Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651, cit.

²⁶³ Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012 n. 2537, cit.

²⁶⁴ Su cui, in particolare, G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit.

laddove l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 prevede che il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avvenga in favore di soggetti "individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità", pare riferirsi implicitamente allo strumento concessorio; infatti, sono le concessioni ad essere affidate nel rispetto di tali principi del diritto europeo, mentre gli appalti sono compiutamente disciplinati nel codice dei contratti pubblici.

D'altra parte, non è possibile configurare una concessione di un servizio strumentale alla pubblica amministrazione, poiché il servizio è strumentale se rivolto all'ente pubblico, che di conseguenza deve provvedere alla sua remunerazione.

Ulteriore problematica attiene all'applicabilità della disposizione a quelle società *multiutilities* il cui oggetto sociale prevede sia servizi strumentali sia servizi pubblici locali: la giurisprudenza sul punto dà risposta positiva²⁶⁵.

Quanto alle limitazioni operative, si è stabilito che esse devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti; che non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara; che non possono partecipare a società o enti per svolgere attività loro precluse²⁶⁶; e che sono ad oggetto sociale esclusivo.

Nel testo originario della disposizione, era prescritto che tali società dovessero "operare esclusivamente con gli enti costituenti *ed* affidanti"; nella versione attuale, modificata, è invece disposto che queste debbano "operare con gli enti costituenti *o* partecipanti *o* affidanti".

Tuttavia, rimane la prescrizione che esse "non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara".

La conseguenza di questa modifica pare, quindi, quella che si è ampliata la categoria dei soggetti con i quali la società può svolgere la propria attività: non solo gli enti "costituenti e affidanti", ma anche gli enti che, senza aver costituito la

²⁶⁵ T.A.R. Cagliari, sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371, in *Foro amm. TAR*, 2008, 7-8, 2251; T.A.R. Milano, sez. I, 11 gennaio 2010, n. 8, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1, 36.

²⁶⁶ In tal senso Corte Cost., 1° agosto 2008, n. 326, cit.; Cons. Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17, cit.

società le abbiano affidato attività (per previsione legislativa, ad esempio)²⁶⁷, e gli enti che non abbiano costituito la società ma ne abbiano acquisito una partecipazione.

L'eliminazione dell'avverbio esclusivamente pare, invece, che faccia venir meno l'obbligo di svolgere esclusivamente servizi strumentali, con l'impossibilità per la stessa società di erogare servizi pubblici locali (attività destinata agli utenti, e non agli enti pubblici) e fornire contemporaneamente servizi strumentali.

Rimane fermo, dunque, anche se si è eliminato l'avverbio "esclusivamente", che nella formulazione originaria della norma sottolineava il carattere dedicato dell'attività, che nella sostanza rimane la prescrizione che questa deve essere destinata esclusivamente agli enti costituenti o partecipanti o affidanti. Infatti, il testo della disposizione prosegue stabilendo che tali società non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara: se è precluso lo svolgimento di attività a favore di soggetti diversi da quelli costituenti, partecipanti, affidanti, allora esse possono svolgere la propria attività esclusivamente a favore di questi.

La disposizione, in tal modo, mira a "cristallizzare" l'ambito operativo di tali società. Sicché, non solo si impedisce l'acquisizione di servizi in ambiti territoriali diversi, in seguito ad affidamento diretto oppure in seguito alla partecipazione a gare d'appalto indette da amministrazioni diverse da quelle socie ("costituenti o partecipanti"), o diverse da quelle che abbiano già affidato servizi alla società in questione ("affidanti"). Ma si stabilisce, inoltre, che i soggetti ricadenti nella disposizione non possono svolgere prestazioni a favore di soggetti diversi dai soci o da quelli che abbiano già affidato servizi: e questa limitazione si riferisce, secondo la giurisprudenza, a qualsiasi prestazione a favore di soggetti terzi rispetto agli enti costituenti, partecipanti o affidanti, "senza che a nulla rilevi la qualificazione di tali attività"²⁶⁸, cioè indipendentemente dal fatto che si tratti di servizio strumentale o servizio pubblico o attività imprenditoriale svolta con soggetti privati.

È quest'ultimo divieto a sancire la completa chiusura dell'ambito operativo della società: essa non potrà svolgere attività imprenditoriale sul mercato, ma solo attività strumentale a favore dell'amministrazione di riferimento. La società, cioè,

²⁶⁷ Enti affidanti sarebbero gli enti pubblici che in virtù di precise norme statali o regionali possono direttamente rapportarsi alla società (M. CAMMELLI-M. DUGATO, op. cit., p. 367; D. FLORENZANO, op. cit., p. 75).

²⁶⁸ Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651, cit.

non potrà ampliare territorialmente la propria attività, destinandola a favore di altri enti pubblici territoriali, ma non potrà nemmeno destinarla a soggetti pubblici o privati diversi dai soci, anche se nell'ambito territoriale di operatività della società medesima²⁶⁹.

La limitazione posta dalla norma che stabilisce l'esclusività dell'oggetto sociale, invece, significa che i soggetti vincolati non potranno espandere la propria attività non solo territorialmente e rispetto ai soggetti contraenti ma nemmeno in altri settori merceologici o di servizio, non potendo dedicarsi a prestare servizi o produrre beni che già non siano compresi nell'oggetto sociale al momento dell'affidamento: l'oggetto sociale non è modificabile dopo l'affidamento. Come chiarito dal Consiglio di Stato, infatti, tale limitazione non vieta la costituzione delle società *multiutilities*, “ma rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento dette società possano andare a fare altro”²⁷⁰. Si impone, quindi, anche una determinazione analitica dell'oggetto sociale²⁷¹, tale che non sia (come nella prassi solitamente accade) plurimo e variegato²⁷²; e in esso si deve inoltre specificare che i servizi saranno destinati esclusivamente ai soggetti pubblici costituenti, partecipanti, o affidanti²⁷³.

Tale limitazione intende connotare tali società ancor più come “strumentali”: in questo senso l'ambito operativo, sotto il profilo delle attività e servizi svolti, viene ristretto a quello previsto al momento della costituzione o della partecipazione da parte dell'ente locale nella società stessa, evitando un suo successivo ampliamento considerato possibile fonte di squilibri concorrenziali.

²⁶⁹ T.A.R. Veneto, sez. I 2 febbraio 2009, n. 230, cit.

²⁷⁰ Cons. Stato, Ad. Plen, 3 marzo 2008, n. 1, cit.

²⁷¹ D. LAMANNA DI SALVO, *L'affidamento diretto nel decreto Bersani: un'analisi comparativa della novella del 2006 alla luce del diritto comunitario*, in *Giur. merito*, 2007, 7-8, p. 1890 ss.

²⁷² G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, cit., p. 162.

²⁷³ A. SAU, *Le società strumentali*, in M. DUGATO (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008.

3.4.2. I limiti operativi per le società affidatarie dirette di servizi pubblici locali.

Analogamente a quanto previsto dall'art. 13 del decreto Bersani, l'articolo 4, comma 33, del d.l. n. 138 del 2011 ha limitato l'operatività delle società affidatarie senza gara di servizi pubblici locali, cioè, *in primis* – essendo state escluse le società miste con socio privato operativo scelto con gara – le società *in house*²⁷⁴.

Si è prescritto infatti che esse, in quanto non quotate in mercati regolamentati o direttamente o indirettamente controllate da società quotate, non possono acquisire la gestione di “servizi ulteriori”, cioè altri servizi oltre a quelli affidati direttamente²⁷⁵, acquisire la gestione di servizi “in ambiti territoriali diversi” rispetto all'ambito territoriale dell'ente locale affidante²⁷⁶, e, infine, svolgere “servizi o attività per altri enti pubblici o privati”, cioè qualsiasi attività imprenditoriale²⁷⁷ con soggetti diversi dagli enti pubblici che hanno affidato direttamente il servizio²⁷⁸.

²⁷⁴ Sulle altre società affidatarie senza gara: per l'applicazione a cooperative sociali che abbiano stipulato convenzioni in deroga alla disciplina sui contratti pubblici, T.A.R. Bari, sez. I, 6 ottobre 2011, n. 1466, in www.dirittodeiservizipubblici.it; per l'applicazione a imprese private in proroga, T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 giugno 2011, n. 556, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

²⁷⁵ Che può essere ritenuto corrispondente alla limitazione posta dall'articolo 13 del decreto Bersani, relativa all'esclusività dell'oggetto sociale.

²⁷⁶ Che può essere ritenuto incluso nel divieto di cui all'articolo 13 del decreto Bersani, di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati. Infatti, impedire di estendere territorialmente l'attività significa limitarla agli enti pubblici che sono soci o che abbiano già affidato il servizio alla società.

²⁷⁷ Si vieta, quindi, di svolgere servizi o attività, cioè non solo servizi pubblici locali, ma anche attività che non siano servizio pubblico locale, cioè servizi strumentali svolti a favore di soggetti pubblici non soci o attività imprenditoriali svolte con soggetti privati: T.A.R. Toscana, sez. I, 2 febbraio 2010, n. 169, in www.dirittodeiservizipubblici.it, in cui si afferma che il divieto in questione non deve essere inteso come limitato ai nuovi affidamenti di servizi pubblici, poiché questa sarebbe interpretazione contrastante con il dato letterale della legge; Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2011, n. 6974, in *Dir. & giust.*, 23 gennaio 2012. In senso contrario, Cons. Stato, sez. V, 1° aprile 2011, n. 2012; T.A.R. Aquila, sez. I, 25 maggio 2011, n. 293, e 23 giugno 2011, n. 351, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

²⁷⁸ Che può essere ritenuto corrispondere alla previsione dell'art. 13 del decreto Bersani che impedisce di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati.

Riguardo al divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori, in tale concetto dovrebbero farsi rientrare quelli non compresi (e analiticamente indicati) nello statuto sociale al momento dell'affidamento. La volontà del legislatore è di "cristallizzare" l'operatività dei soggetti limitati: essi non possono acquisire la gestione di servizi pubblici locali diversi da quelli individuati al momento della costituzione della società e che sono stati per l'ente locale la ragione della sua costituzione, cioè i servizi pubblici locali previsti nello statuto; si pone cioè il divieto che tali società acquisiscano altri servizi oltre a quelli loro affidati direttamente. In sostanza, quindi, le società cui si applica l'art. 4, co. 33 del d.l. n. 138 del 2011, possono erogare solo i servizi per cui sono state costituite o partecipate dall'ente locale, cioè quelli previsti nello statuto e affidati direttamente, e possono svolgerli esclusivamente per conto dell'ente locale costituente o partecipante o affidante; non possono erogare altri servizi, né rivolgere i servizi erogati a altri enti, né pubblici né privati.

Si tratta, come avvenuto per le società fornitrici di beni o servizi strumentali, di preclusioni che stabiliscono l'esclusività dell'attività svolta dalla società limitata, sia sul piano soggettivo (rispetto ai soggetti con cui si svolge l'attività) sia sul piano oggettivo (rispetto al tipo di attività svolta).

Nel nostro ordinamento, quindi, con tali disposizioni si è stabilito che l'attività delle società *in house* locali non deve essere destinata all'ente controllante solo in via prevalente o quasi esclusiva, ma deve essere esclusivamente rivolta a quest'ultimo; è così venuta meno la possibilità di svolgere attività marginali ed accessorie con altri soggetti. Inoltre, si è vietata l'estensione territoriale dell'attività della società, risultando preclusi anche affidamenti disposti da nuovi enti territoriali che vi facciano ingresso²⁷⁹; e la società *in house* non può estendere la propria attività anche all'interno dell'ambito territoriale dell'ente controllante, essendo precluso a quest'ultimo affidare nuovi servizi alla società²⁸⁰.

La disciplina nazionale sulle società *in house* è dunque più restrittiva di quella europea. Le censure mosse dalla Regione Emilia Romagna (per le limitazioni precedentemente previste nel comma 9 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008) di contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost. per violazione del diritto comunitario, e di

²⁷⁹ In senso contrario, T.A.R. Brescia, sez. II, 17 dicembre 2010, n. 4860, in www.giustizia-amministrativa.it, che afferma: "ciò non può, però, significare anche che altri soggetti pubblici (...) non possano acquistare azioni della società stessa, in modo da ampliare l'ambito di riferimento (e quindi di svolgimento dell'attività) della medesima".

²⁸⁰ In tal senso, T.A.R. Milano, sez. I, 16 giugno 2010, n. 1882, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

contrasto con l'art. 117, co. 4, Cost. per irragionevolezza e non proporzionalità agli scopi di tutela della concorrenza, sono state dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 17 novembre 2010, n. 325²⁸¹, dichiarate inammissibili per genericità: la prima censura, perché non si sono specificate le norme comunitarie che sarebbero state violate, “a prescindere dal fatto che (...) il diritto comunitario consente in ogni caso al legislatore interno di prevedere limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie” (punto 11.2.2), la seconda censura, perché non si sono chiarite le ragioni per le quali la disciplina contenuta nella disposizione censurata sarebbe irragionevole e non proporzionata alla tutela della concorrenza (punto 13.1.3).

Argomenti²⁸² a sostegno della illegittimità comunitaria del divieto di partecipazione gare sono il rilievo che il divieto di partecipazione alle gare in caso di affidamenti diretti introduce una limitazione alla libera circolazione dei servizi, negando l'ingresso nel mercato italiano alle imprese comunitarie che detengano affidamenti diretti, e alla libera circolazione dei capitali, costituendo un disincentivo all'acquisto di partecipazioni azionarie in società italiane gravate da affidamenti diretti, stante l'impossibilità di queste di operare nel mercato; e che le ragioni alla base di tali deroghe al pieno dispiegarsi di quelle libertà, individuabili nella volontà di rafforzare la struttura concorrenziale del mercato nazionale, non sono riconducibili a quelle “imperative ragioni di interesse generale” che la giurisprudenza ritiene prevalenti sulla libera circolazione di capitali e servizi, come quelle relative all'ordine pubblico e alla sicurezza pubblica²⁸³.

²⁸¹ In *Foro it.*, 2011, 5, I, 1332.

²⁸² B. GILBERTI, *L'esenzione per le società quotate dal divieto di partecipazione alle gare di servizio pubblico locale alla luce della giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti infragruppo*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 5, p. 1399 ss.

²⁸³ Corte giust., 4 giugno 2002, C-367/98, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2751, ha giudicato incompatibile con il Trattato il divieto imposto agli investitori cittadini di un altro Stato membro di acquisire più di un numero determinato di azioni in talune imprese, affermando che “motivi di natura economica non possono giustificare ostacoli vietati al Trattato”; Corte. giust., 2 giugno 2005, C-174/04, in *Giust. civ.*, 2005, 9, I, 1981, ha giudicato incompatibile con il Trattato la previsione che disponeva la sospensione automatica dei diritti di voto inerenti a partecipazioni superiori al 2% del capitale sociale di società operanti nei settori dell'elettricità e del gas, appartenenti a imprese pubbliche non quotate e titolari di una posizione dominante, affermando che “l'interesse al rafforzamento della struttura concorrenziale del mercato di cui trattasi in linea generale non può costituire una valida giustificazione delle restrizioni alla libera circolazione dei capitali”.

Altro elemento che merita di essere segnalato è che sulla formulazione precedente della disposizione, contenuta nell'art. 23-bis, co. 9, del d.l. n. 112 del 2008, era sorto l'interrogativo se si dovessero escludere dal campo applicativo della disposizione le società di erogazione dei servizi disciplinati da normativa speciale. La questione investiva il problema del rapporto tra disciplina generale e settoriale, disegnato nel comma 1 dell'art. 23-bis, ove si stabiliva che “le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili”, ma sono “fatte salve” le disposizioni in materia di distribuzione del gas naturale, dell'energia elettrica, in materia di gestione delle farmacie comunali e di disciplina del trasporto ferroviario regionale. Ciò si sarebbe potuto intendere o come inapplicabilità dell'intero articolo, oppure come inapplicabilità solo di quelle disposizioni incompatibili con quanto previsto nella disciplina settoriale. Seguendo quest'ultima lettura, il comma 9 dell'art. 23-bis avrebbe potuto trovare applicazione anche nel caso di società eroganti i servizi fatti salvi dalla nuova disciplina, poiché tale disposizione non era incompatibile con le norme settoriali ad essi relative²⁸⁴.

Il problema interpretativo è stato poi risolto dal legislatore dell'art. 4, co. 34, del d.l. n. 138 del 2011, che ha espressamente previsto i casi di applicabilità della disciplina contenuta nell'articolo ai servizi esclusi. Tra questi, in particolare, è previsto che l'art. 33 si applichi al servizio di distribuzione del gas naturale.

3.4.3. L'applicazione dei divieti al gruppo societario.

I limiti operativi posti dall'art. 4, co. 33, del d.l. n. 138 del 2011 si estendono a tutte le società del gruppo societario di cui fa parte la società affidataria diretta. Infatti, i limiti incombono su “le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per

²⁸⁴ Cfr. T.A.R. Toscana, 2 febbraio 2010, n. 169, in www.dirittodeiservizipubblici.it. In questa pronuncia si è ritenuta applicabile la preclusione del comma 9 a società a loro volta partecipate da società (Coingas s.p.a., Intesa s.p.a., Aimag s.p.a.) affidatarie dirette del servizio di distribuzione del gas; in questo modo il giudice, prescindendo dal servizio affidato, ha applicato le limitazioni operative in ogni caso di affidamento diretto, e solo per la presenza dell'affidamento diretto.

disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero non ai sensi del comma 12”); tali società, inoltre, non possono porre in essere le attività vietate “tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate”²⁸⁵.

L’applicazione all’interno del gruppo societario dei limiti operativi incombenti sulle società affidatarie dirette è conosciuta nell’ordinamento. Già l’art. 113, co. 6, del d.lgs. n. 267 del 2000 prescriveva l’esclusione dalle gare alle società, rispetto all’affidataria diretta, “controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime”. Così anche le normative settoriali: in materia di distribuzione del gas si è estesa l’esclusione alle controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante rispetto alla società affidataria diretta; in materia di trasporto pubblico locale si è estesa alle società controllate o collegate rispetto alla società affidataria diretta, e alle loro controllanti.

Questa estensione è dettata dalla necessità di dotare di effettività i limiti operativi posti alle società affidatarie dirette. Infatti, come riconosciuto dalla giurisprudenza relativa all’art. 13 del decreto Bersani²⁸⁶, l’alterazione della libera concorrenza può realizzarsi anche in via mediata, ed è quindi necessario evitare che le società svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, attività loro precluse, con un’elusione dei divieti.

²⁸⁵ Tra le problematiche derivanti da questa possibilità di integrare il divieto in via indiretta, cioè tramite controllanti o controllate o partecipate, soprattutto vi è il mancato rispetto del principio di proporzionalità, che secondo la giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401; 21 dicembre 2007, n. 452; 1° agosto 2008, n. 326, in www.cortecostituzionale.it) legittima misure limitative della libera iniziativa economica, poiché il disposto si applica anche a soggetti formalmente e sostanzialmente privati, “lontani”, all’interno del gruppo societario, dall’affidatario diretto (E. TRENTI, *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica*, in *Quaderni delle Istituzioni del federalismo*, 2011, 2, p. 47 ss.).

²⁸⁶ Corte Cost., 1° agosto 2008, n. 326 e Cons. Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17, cit.

3.5. Le società *in house* nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Le società *in house*, nella lettura data dalla Corte Costituzionale in alcune pronunce, sarebbero strumenti attraverso i quali l'ente controllante svolge attività amministrativa in forma privatistica, sarebbero "società semi-amministrazioni" e non "società-impresa"²⁸⁷.

La Corte Costituzionale, con la pronuncia I agosto 2008, n. 326²⁸⁸ ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto Bersani, in quanto lo ha ritenuto non lesivo delle competenze legislative attribuite alle Regioni dall'art. 117, co. 4, della Costituzione²⁸⁹, in materia di organizzazione amministrativa.

Infatti, ha considerato che la disposizione impugnata mira a distinguere le società regionali e locali che svolgono "attività amministrativa in forma privatistica", cioè "attività amministrativa, di natura finale o strumentale" svolta per conto dell'ente, da quelle svolgenti attività di impresa, cioè attività di "erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti) in regime di concorrenza", al fine di "definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private", distinguendo società che sono da considerarsi pubbliche amministrazioni e che svolgono attività amministrativa in forma privatistica, dalle società che, pur essendo costituite con capitale pubblico, svolgono attività di impresa; e al fine di "separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti

²⁸⁷ Per utilizzare la terminologia usata nel Rapporto Assonime pubblicato nel 2009 sui "*Principi di riordino del quadro giuridico delle Società Pubbliche*", a commento del quale G. SCIULLO, *Sul riordino del quadro giuridico delle società pubbliche secondo il Rapporto Assonime*, in *Giust. Amm.*, 2009, 3; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, p. 253 ss.; A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 8, p. 889 ss.

²⁸⁸ In *Foro amm. CDS.*, 2008, 7-8, 2013. A commento della pronuncia R. URSI, *La Corte Costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1, p. 12 ss.; G. FIENGO, *Limiti alla capacità giuridica per le imprese pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali*, in *Rass. Avv. Stato*, 2008, 3, p. 167 ss.

²⁸⁹ La Corte Costituzionale con questa sentenza ha, invece, dichiarato inammissibili la questione di legittimità costituzionale rispetto agli articoli 114, 118, 119 e 120 Cost., in quanto generica e non autonomamente argomentata; la questione di legittimità costituzionale rispetto agli articoli 3 e 41 Cost. in quanto prospettata rispetto a parametri costituzionali diversi da quelli relativi al riparto di competenze tra Stato e Regioni.

allo stesso tempo attività di impresa, beneficiando dei privilegi dei quali può godere in quanto pubblica amministrazione”.

La disposizione, dunque, è parsa riconducibile a due materie di competenza legislativa esclusiva statale, ai sensi dell’art. 117, co. 2, Cost.: quella dell’ordinamento civile e quella della tutela della concorrenza.

Le limitazioni, inoltre, sono state ritenute dalla Corte proporzionate rispetto al fine di tutelare la concorrenza, poiché “mirano ad assicurare la parità nella competizione, che potrebbe essere alterata dall’accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati”, e poiché il divieto di detenere partecipazioni in altre società o enti è volto a “evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, le attività loro precluse”, vietando, così, non qualsiasi partecipazione ma solo quelle in enti o società che operano in settori loro preclusi.

Nella sentenza 23 dicembre 2008, n. 439²⁹⁰, la Corte Costituzionale riprende questi assunti con riferimento al settore dei servizi pubblici.

In tale pronuncia si dichiara l’illegittimità costituzionale di un articolo della legge della Provincia autonoma di Bolzano che prevedeva che il requisito della prevalenza dell’attività delle società *in house* con l’ente controllante fosse da valutare “in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate”: ciò si è giudicato contrastante con il diritto europeo - che, come sopra ricordato, richiede una valutazione più ampia, relativa non solo ad aspetti quantitativi ma anche qualitativi - e con le esigenze di tutela della concorrenza, che “impongono di tenere distinto lo svolgimento di attività amministrativa posta in essere da una società di capitali per conto di una pubblica amministrazione dal libero svolgimento di attività di impresa”, al fine di “evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività di impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione”²⁹¹.

La Corte Costituzionale, con tali affermazioni, inquadra le società *in house* di erogazione di servizi pubblici locali tra le società che non svolgono attività di impresa ma attività amministrativa in forma privatistica.

Occorre, dunque, individuare la ragione di tale ricostruzione, per comprenderne gli effetti.

²⁹⁰ In *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 727.

²⁹¹ La pronuncia riporta le parole della sentenza Corte Cost. n. 326 del 2008, cit., punto 8.3.

Questa è individuabile nella considerazione che questa tipologia di società non rientra pienamente nella fattispecie dell'impresa, ai sensi dell'art. 2082 c.c., poiché ne manca il primo elemento, costituito dallo svolgimento di un'attività di produzione o di scambio di beni o di servizi sul mercato. Tali società, svolgendo la propria attività per "autoconsumo", sono qualificabili al più come "impresa per conto proprio"²⁹², fattispecie che la prevalente dottrina non considera riconducibile alla nozione di imprenditore.

La dottrina prevalente²⁹³ (come le poche e risalenti pronunce in materia)²⁹⁴ ha sostenuto, infatti, che il fine dell'impresa è la produzione o lo scambio di beni o

²⁹² A dire il vero, il requisito della destinazione del prodotto allo scambio, applicato all'ente pubblico, in passato si è ritenuto dovesse essere interpretato non come destinazione al mercato ma all'esterno e dietro corrispettivo. Questo, anche perché "la tematica elaborata con riferimento alla impresa per proprio conto non sembra del tutto estensibile di per sé agli enti che perseguono fini generali, e per i quali il perseguimento di questi fini concreta comunque un'attività per proprio conto, talché ogni attività pubblica autonomizzata di produzione concreterebbe quell'ipotesi" (F.A. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, La costituzione economica*, Padova, 1977, p. 422-424). In questo senso F. GALGANO, voce *Imprenditore*, in *Dig. disc. privat.*, Torino, 1992, p. 12, secondo il quale l'attività di chi produce per sé beni o servizi può essere qualificata come un'attività economica professionalmente esercitata – e quindi essere attività di impresa – se l'attività di chi produce per proprio conto dà luogo a un processo produttivo dotato di autonoma rilevanza, con la costituzione di una autonoma organizzazione che svolga un'attività capace di remunerare con i ricavi il costo dei fattori produttivi: sarebbe questo il caso degli stabilimenti costituiti dallo Stato o da altri enti pubblici per produrre beni o fornire servizi ad altri settori dell'amministrazione statale o dell'ente pubblico cui appartengono, se separati dalla restante organizzazione statale e assoggettati al criterio della economicità, ricevendo il pagamento dei servizi resi in base a un prezzo che copre le spese. In parte diversamente, V. OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, p. 673, secondo il quale, poiché l'impresa presuppone la produzione di beni e servizi per il mercato, gli stabilimenti, organizzati dalla stessa amministrazione e diretti a produrre beni o a fornire altri servizi di cui essa sola si serva non hanno di regola *natura* di impresa (anche se, afferma l'Autore, possono essere *configurati* come impresa, nel senso di essere assoggettati al criterio di economicità).

²⁹³ In senso contrario W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, p. 103 ss., e quanti sostengono che l'autoconsumo non sia incompatibile con l'imprenditorialità se non esclude l'economicità dell'attività, la potenziale remunerazione dei fattori produttivi: G. OPPO, *Scritti in onore di G. Valeri*, III, Milano, 1955, p. 77 ss.; P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. privat.*, Torino, 1992, p. 53; G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, 2004, p. 18. Per V. AFFERNI, *Gli atti di organizzazione e la figura dell'imprenditore*, Milano, 1973, p. 255, non rileva che concretamente non si produca per il mercato, ma che l'attività, avuto riguardo alle modalità di svolgimento, sia potenzialmente organizzata per produrre per il mercato.

servizi sul mercato, e che quindi la destinazione del prodotto al mercato o a terzi è caratteristica dell'impresa: alcuni fanno derivare ciò dalla funzione dell'imprenditore di mediatore tra produzione e consumo²⁹⁵, altri dall'elemento della professionalità²⁹⁶, altri ancora dall'elemento della economicità²⁹⁷.

L'attività di erogazione di servizi pubblici viene generalmente considerata attività di impresa in quanto destinata a una pluralità di utenti, e quindi "sul mercato"; come la dottrina ha messo in luce²⁹⁸, è attività imprenditoriale, con alcuni tratti di specialità dati dalla presenza di una componente non economica costituita dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, i cui costi vengono però compensati dal pubblico, garantendo in questo modo l'economicità complessiva dell'attività: la gestione dei servizi pubblici locali è attività di impresa regolamentata per la realizzazione degli interessi pubblici.

Ma se tale attività viene destinata solo agli utenti impersonati dall'ente pubblico controllante, è inquadrabile come attività amministrativa svolta in forma privatistica per conto dell'ente, e non come attività di impresa. E ciò è quello che avviene nel caso delle società *in house*, che per la loro conformazione non possono svolgere la propria attività sul mercato.

Effettivamente, sia le società *in house* che forniscono servizi strumentali, sia quelle che erogano servizi pubblici locali, svolgono la propria attività, rispettivamente, per "autoconsumo" o "autoproduzione", e non un'attività di produzione o di scambio di beni o di servizi *sul mercato*.

²⁹⁴ Cass., 15 ottobre 1954, n. 3735, in *Giur. comm.*, 1954, 2497: non è imprenditore chi costruisce una casa in economia; Corte App. Roma 18 dicembre 1956, in *Dir. fall.*, 1957, II, 123: non è imprenditore la cooperativa che assegna ai soci gli alloggi costruiti.

²⁹⁵ A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 8; G. FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1959, p. 87 ss., per il quale il fine di produrre o scambiare per il mercato è l'unico che possa giustificare lo statuto giuridico dell'impresa; R. FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, Milano, 1970, p. 13; M. GHIDINI, *Lineamenti del diritto dell'impresa*, Milano, 1979, p. 18; A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990, p. 62 ss.; G. COTTINO, *L'imprenditore (diritto commerciale)*, Padova, 2000, p. 68; B. LIBONATI, *Diritto commerciale*, Milano, 2005, p. 9.

²⁹⁶ R. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, p. 25; F. GALGANO, *Diritto commerciale*, Bologna, 2008, p. 26; F. FERRARA-F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, p. 29.

²⁹⁷ M. MONTANARI-E. PEDERZINI, *L'imprenditore e il mercato*, Torino, 2007, p. 17.

²⁹⁸ A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico: l'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001.

La dottrina, già in passato e prima di questa sentenza, aveva così posto in rilievo che le prime dedicano la propria attività esclusivamente agli enti pubblici soci; mentre le seconde – che parimenti la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 439 del 2008, distingue dalle società che svolgono attività di impresa – trovano “definita la propria attività produttiva con riferimento ad un’unica domanda, quella dell’amministrazione controllante”: anche nell’ipotesi di attività svolta per conto dell’amministrazione, essendo gli utenti e le prestazioni definite dall’amministrazione stessa, “il prestatore *in house* indirizza la parte principale della propria attività all’amministrazione aggiudicatrice e non ad una pluralità determinata o indeterminata di destinatari (il “mercato”)”²⁹⁹. Pertanto, “sia il prestatore *in house* che opera nei confronti dell’amministrazione controllante, sia il prestatore *in house* che opera per conto dell’amministrazione controllante, destinano direttamente a questa la maggior parte della propria produzione: nel primo caso ciò avviene fisicamente, mentre nel secondo si realizza con la destinazione principale della propria attività agli utenti individuati dall’amministrazione e nei limiti in cui l’amministrazione ha trasferito all’ente *in house* la produzione di servizi e funzioni di propria competenza. L’attività del prestatore *in house* non è rivolta al mercato, poiché è attività che può essere svolta solo dall’amministrazione in regime esclusivo (funzioni) ovvero trova il limite della porzione della domanda che l’amministrazione controllante ha inteso organizzare come servizio pubblico”³⁰⁰.

Tale tipologia societaria è parsa poi priva del principale carattere dell’autonomia imprenditoriale, cioè la capacità di destinare liberamente al mercato i propri prodotti, operando esclusivamente nell’interesse economico delle organizzazioni controllanti: “l’attività principale e l’oggetto sociale dell’organizzazione *in house* non sono liberamente scelti dai soci in ragione del maggiore utile economico che una determinata scelta d’impresa possa assicurare alla società e poi ai soci stessi. L’interesse del socio alla produzione *in house* – anche ove si tratti di attività rivolta agli utenti (servizi pubblici) – è *ex lege* vincolato alla soddisfazione dei fini pubblici attribuiti alla cura dell’ente pubblico socio”³⁰¹.

Pertanto, il requisito dell’attività prevalente è parso limitazione talmente forte, facendo sì che la società *in house* non possa rivolgersi in via principale a qualsiasi

²⁹⁹ D. CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, cit., p. 287.

³⁰⁰ D. CASALINI, op. ult. cit., p. 266.

³⁰¹ D. CASALINI-R. CAVALLO PERIN, *L’in house providing: un’impresa dimezzata*, cit.

mercato di beni o servizi, che è stata definita “impresa dimezzata”³⁰². Dal momento che, però, la legislazione nazionale ne ha limitato l’operatività con la volontà di tutelare la concorrenza – come sopra ricordato, più restrittivamente rispetto a quanto imposto dal diritto europeo – vietando totalmente la possibilità di operare sul mercato, si può affermare che nell’ordinamento attuale le società *in house* non possono essere definite soggetti imprenditori³⁰³.

La Corte Costituzionale, oltre ad aver collocato le società *in house* all’esterno dell’iniziativa economica pubblica, ha affermato che esse svolgono “attività amministrativa in forma privatistica”.

Con tale espressione Amorth indicava l’attività che pur non essendo formalmente amministrativa è sostanzialmente tale: “sebbene venga esplicata dalle pubbliche amministrazioni per realizzare la loro destinazione fondamentale e sia quindi attività amministrativa in senso proprio (...), non è però retta da norme esclusive agli enti pubblici, bensì da norme che valgono pure, anzi soprattutto valgono per i comuni soggetti giuridici: persone fisiche ed enti privati”³⁰⁴; elemento caratteristico di tale tipologia di attività, secondo l’Autore, è il punto di realizzazione delle finalità costitutive della pubblica amministrazione (essendo tutta l’attività dell’amministrazione finalizzata al pubblico interesse): l’attività che realizza immediatamente quella finalità o che rispetto ad essa è strumentale, è attività amministrativa.

Da questo l’Autore distingueva – distinzione in seguito ritenuta da taluni priva di rilevanza³⁰⁵ – l’attività privata della pubblica amministrazione, “puramente

³⁰² D. CASALINI-R. CAVALLO PERIN, op. cit.

³⁰³ In tal senso, D. CASALINI-R. CAVALLO PERIN, op. cit., affermano che la società *in house* possa qualificarsi come non imprenditore ove sia preclusa del tutto dalla legge o dallo statuto ogni produzione per conto o a favore di enti non di controllo.

³⁰⁴ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell’attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, p. 464. Si introdusse, poi, il concetto di attività amministrativa di diritto privato con carattere istituzionale, posta in essere cioè da amministrazioni pubbliche che agiscono esclusivamente in regime di diritto privato: M. S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 995; S. A. ROMANO, voce *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, p. 535 ss.

³⁰⁵ Si è, infatti, osservato che la pubblica amministrazione agente *iure privato* è sempre attività funzionalizzata, pertanto tale distinzione sarebbe stata irrilevante (F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967, p. 290-296); la dottrina più recente ne ha sottolineato la mancanza di rilievo pratico poiché la disciplina contrattuale comunitaria si applica a entrambe le tipologie di contratti (M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione dell’attività amministrativa per contratti*,

accessoria rispetto al raggiungimento delle finalità costitutive delle pubbliche amministrazioni”, poiché con essa gli enti pubblici, con mero intento economico, “traggono i mezzi patrimoniali necessari, esclusivi o integrativi di altri, per il raggiungimento delle loro finalità”: in questo caso, per Amorth, “la sostanza aderisce pienamente alla forma”, perciò tale attività sarebbe stata sottoposta al regime del diritto privato³⁰⁶.

La Corte Costituzionale ha ripreso questa terminologia per differenziare il regime giuridico delle società che svolgono queste attività.

L’ente territoriale minore può infatti costituire o partecipare a una società perché questa svolga attività strumentale alla propria attività istituzionale, oppure perché eroghi un servizio pubblico a favore della collettività da esso rappresentata; l’oggetto sociale di questa consiste in un’attività volta immediatamente al raggiungimento delle finalità costitutive dell’ente territoriale minore, e pertanto è qualificabile come “attività amministrativa in forma privatistica”.

Diversamente, l’ente territoriale minore può costituire o partecipare a una società perché questa eroghi servizi al pubblico (anche non alla sola comunità territoriale di riferimento), in concorrenza con altri operatori, non sottoposta a limiti operativi in quanto non affidataria diretta³⁰⁷; l’oggetto sociale di questa consiste in un’attività di impresa.

Ed infatti, la Corte Costituzionale, nella sentenza 326 del 2008, ha chiarito che mediante l’art. 13 del decreto Bersani “non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative”: gli enti territoriali possono costituire o partecipare a società poste sul mercato, non in posizione di contiguità rispetto all’ente locale, cioè non titolari di affidamento diretto di servizi o non costituite o partecipate per svolgere un servizio strumentale alla pubblica amministrazione, svolgenti attività imprenditoriale in competizione con imprese private, svincolate da limiti operativi.

Milano, 1996, p. 24-29; cfr. R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 191 ss.).

³⁰⁶ A. AMORTH, op. cit., p. 465.

³⁰⁷ Cfr. R. URSI, *La Corte Costituzionale traccia i confini dell’art. 13 del decreto Bersani*, cit., p. 11 ss.

Il *discrimen* tra le due tipologie di società, società semi-amministrazioni e società-imprese³⁰⁸, per la Corte Costituzionale risiede nell'oggetto sociale: si avrà attività amministrativa in forma privatistica se l'oggetto prevede che la società svolga, per conto della pubblica amministrazione, attività di natura finale o strumentale (cioè, rispettivamente, servizio pubblico locale o servizio strumentale); si avrà attività d'impresa di enti pubblici se l'oggetto prevede che la società operi effettivamente in regime di concorrenza erogando servizi al pubblico (consumatori o utenti).

La collocazione all'interno di una di queste tipologie è funzionale ad individuare il regime giuridico applicabile alla società: quella che svolge attività amministrativa in forma privatistica è sottoposta a regime speciale, di tipo pubblicistico, caratterizzato da stringenti limiti operativi; quella che svolge attività di impresa è sottoposta al regime giuridico dell'impresa, quanto all'assenza di limiti operativi, poiché ad essa, anche se presenta elementi di contiguità con la pubblica amministrazione, dati dalla titolarità del capitale sociale, non è estendibile il regime previsto per le società semi-amministrazioni.

Le limitazioni operative alle società locali, fornitrici di servizi strumentali alla pubblica amministrazione o erogatrici di servizi pubblici locali, troverebbero dunque applicazione solo per quelle *in house* affidatarie dirette di servizi pubblici locali, e quelle costituite o partecipate allo scopo di fornire servizi strumentali alla pubblica amministrazione. Infatti, il legislatore ha individuato in queste tipologie di società elementi di contiguità, rispetto all'ente territoriale, tali da configurarle come "semi-amministrazioni": per le società *in house*, l'elemento del "controllo analogo" le priva di terzietà rispetto all'amministrazione; per le società appositamente create o partecipate da uno o più enti pubblici per "autofornirsi" un servizio, il carattere di semi-amministrazione deriverebbe dal vincolo funzionale ad esse impresso dalla volontà dell'ente costituente o partecipante.

Le altre società locali, nelle quali il rapporto con la sfera pubblica non comporta nessun privilegio (minimo garantito), sono svincolate dai limiti operativi previsti, non essendovi alcun pericolo di alterazione della concorrenza³⁰⁹.

³⁰⁸ Cfr. Rapporto Assonime *Principi di riordino del quadro giuridico delle Società Pubbliche*, 2009, cit.

³⁰⁹ Relativamente all'art. 13 del Decreto Bersani, cfr. T.A.R. Roma, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Roma, sez. III, 14 aprile 2008, n. 3109, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Roma, 14 maggio 2008, n. 4064, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Roma, sez. III, 30 giugno 2008, n. 6333, in www.giustizia-amministrativa.it; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture,

Altra problematica da considerare riguarda la conformità al diritto europeo della scelta legislativa di porre tali limiti operativi, che si traducono in cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica.

L'art. 4, par. 1, della direttiva 2004/18/CE, infatti, dispone che “i candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche”. Con ciò si prescrive, nell'ottica della massima apertura alla concorrenza, che gli Stati membri non possono richiedere una particolare forma giuridica dell'operatore economico per ammetterlo a partecipare alle gare³¹⁰; e, come chiarito della Corte di giustizia³¹¹, tale disposto implica anche il divieto per gli Stati membri di richiedere che l'operatore rivesta le caratteristiche di soggetto imprenditore per l'ordinamento nazionale.

Tali divieti per il legislatore statale, però, valgono solo per i soggetti autorizzati dal diritto nazionale a “fornire la prestazione di cui trattasi”. Infatti, si riconosce agli Stati membri il potere di regolare la capacità giuridica, autorizzando o no a fornire prestazioni sul mercato³¹². E tra i motivi che possono giustificare tale

parere 31 luglio 2008, n. 213; T.A.R. Roma, sez. III, ordinanza, 26 settembre 2008, n. 4620, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Torino, sez. I, 24 ottobre 2008, n. 2676, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 6 novembre 2009 n. 10891, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, in *Foro amm. CDS*, 2009, 7-8, 1912; T.A.R. Bari, sez. I, 6 febbraio 2009, n. 209, in *Foro amm. TAR*, 2009, 2, 515; T.A.R. Veneto, sez. I, 2 febbraio 2009, n. 230, in *Riv. Corte conti*, 2009, 2, 228; T.A.R. Aosta, sez. I, 20 febbraio 2009, n. 9, in *Foro amm. TAR*, 2009, 2, 322.

³¹⁰ Corte giust., sez. IV, 18 dicembre 2007, C-357/06, in *Foro amm. CDS*, 2007, 12, 3348: “a norma dell'art. 26 n. 2, della direttiva 92/50, le amministrazioni aggiudicatrici non possono escludere gli offerenti, già autorizzati nello Stato di provenienza, soltanto per il fatto che non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche (in questo caso quella di società per azioni)”.

³¹¹ Corte giust., sez. IV, 23 dicembre 2009, in *Foro amm. CDS*, 2009, 12, 2776, in cui si è giudicata illegittima l'esclusione delle Università dalla partecipazione a gare di appalto, esclusione motivata dal fatto che esse non siano soggetti imprenditori: la mancanza dei caratteri dell'imprenditore come individuati dall'ordinamento italiano non può legittimare per ciò solo l'esclusione dalle gare.

³¹² Così come riconosciuto da Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3638, in *www.dirittodeiservizi pubblici.it*, che in particolare giudica legittimo il provvedimento di esclusione adottato nei confronti di un'impresa che rivesta la forma giuridica di società semplice: “infatti, l'art. 10, L. n. 109/94 e l'art. 34, lett. a, del d.lgs. n. 163/06, non contrastano con i principi

mancata autorizzazione, per la giurisprudenza vi può essere la circostanza che l'attività in questione non sia compatibile con i fini istituzionali e statutari del soggetto³¹³.

Questa circostanza si può affermare che ricorra nel caso delle società locali limitate dall'articolo 13 del decreto Bersani e dall'art. 4, co. 33, del d.l. n. 138 del 2011, poiché le società in questione sono state appositamente create o partecipate per fornire servizi solo all'ente pubblico o alla comunità dallo stesso rappresentata, non per svolgere attività d'impresa sul mercato, e non risulterebbe compatibile con tale fine l'attività svolta per altri soggetti.

In questo caso, inoltre, la mancata autorizzazione a fornire prestazioni sul mercato si giustificerebbe anche con la volontà di attuare il quarto considerando della direttiva 2004/18/CE, che delega gli Stati membri ad adottare disposizioni in grado di evitare che la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati.

Tali società, infatti, da un parte godono di quel "minimo garantito", che le connota come organismi di diritto pubblico, secondo l'orientamento più recente, che lega tale qualificazione al non operare in regime concorrenziale sopportando i rischi economici connessi all'attività imprenditoriale³¹⁴, poiché esse non assumono (o non assumono pienamente) il rischio di impresa in quanto non assumono il rischio della gara per ottenere l'affidamento, avendo così la certezza di ricevere remunerazione³¹⁵, se titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali, dall'utenza, se affidatarie dirette di servizi strumentali, dalla pubblica amministrazione. Dall'altra parte, si caratterizzano per una posizione di contiguità

comunitari di libera concorrenza e massima partecipazione, i quali consentono comunque, ai Paesi membri dell'Unione, di valutare l'opportunità di affidare la realizzazione di lavori e servizi a determinate categorie di imprese; e l'art. 2249 c.c., che esclude la possibilità, per le società semplici, di svolgere un'attività commerciale, appare norma ragionevole e non discriminatoria, in virtù del peculiare regime di responsabilità della società semplice verso i terzi, rispetto a quello che connota, viceversa, le altre categorie sociali. Peraltro la regola contenuta nel c.c. è coerente con l'art. 4, par. 1, direttiva 2004/18/CE che lascia agli Stati membri la possibilità di riconoscere o meno a determinati soggetti la relativa capacità giuridica".

³¹³ Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3638, cit.

³¹⁴ Cfr. Corte giust., 16 ottobre 2003, C-283/00, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2719; Corte Cass., SS.UU., 7 aprile 2010, n. 8225, in *Giust. civ.*, 2010, 7-8, 1635.

³¹⁵ Cfr. D. MASETTI, *Le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali e loro limiti funzionali*, in *Giustamm.*, 10, 2007.

rispetto all'ente pubblico socio che, nella valutazione del legislatore (come della giurisprudenza), le rende potenzialmente distorsive della concorrenza.

Si può quindi affermare che, in modo conforme al diritto europeo, con le disposizioni sopra esaminate il legislatore italiano ha esercitato la scelta di non autorizzare l'esercizio di attività commerciale e imprenditoriale da parte di queste società.

CAPITOLO IV

Società a capitale pubblico locale concorrenti a procedure ad evidenza pubblica per il conferimento della gestione di servizi pubblici locali, e società a capitale pubblico locale eroganti servizi liberalizzati

4.1. La possibilità per le società affidatarie dirette di servizi pubblici locali di concorrere a gare.

4.1.1. Analisi delle previsioni normative.

Varie sono le previsioni normative che hanno disposto deroghe all'esclusione degli affidatari diretti dalla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali.

L'art. 15, co. 10, del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, prevede che “i soggetti titolari degli affidamenti o delle concessioni di cui al comma 5 del presente articolo [cioè quelle in essere durante il periodo transitorio] possono partecipare alle prime gare successive al periodo transitorio, su tutto il territorio nazionale (...), senza limitazioni”.

Per la scelta del gestore del servizio di trasporto pubblico locale, l'art. 18, co. 2, lett. a), del d.lgs. n. 422 del 1997, nel testo modificato dal d.lgs. n. 400 del 1999 e vigente fino all'abrogazione operata da l. n. 166 del 2002, disponeva che l'esclusione “non opera limitatamente alle gare che hanno ad oggetto i servizi già espletati dai soggetti stessi”. La l. n. 99 del 2009 ha, poi, reintrodotto la deroga limitatamente alle imprese ferroviarie, disponendo che l'esclusione “non si applica alle imprese ferroviarie affidatarie di servizi pubblici relativamente all'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto servizi già forniti dalle stesse”. In questi casi, in presenza sia di una anticipata cessazione degli affidamenti in corso sia dell'impossibilità di procedere a regime ad affidamenti diretti, i soggetti *in house* si sarebbero trovati del tutto esclusi dal mercato. Ed in questa situazione – come riconosciuto dalla Corte Costituzionale – la possibilità di partecipare alle gare per l'affidamento dei servizi forniti, senza limiti territoriali, è previsione di diritto transitorio ragionevole, perché tiene conto delle esigenze dello stesso principio di libertà di iniziativa economica e della libertà di

concorrenza, intervenendo “per impedire una serie di ostacoli operativi e concorsuali con rischi - connessi all’immobilizzo di ogni acquisizione di mercato - per il successivo reinserimento e quindi per la sopravvivenza di categorie di imprese esistenti e legittimamente operanti”³¹⁶.

Per l’affidamento dei servizi rientranti nella disciplina generale, prima l’art. 35, co. 2, della l. 28 dicembre 2001, n. 448, poi il comma 15-*quater* dell’art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, aggiunto dall’art. 4, co. 234, della l. 24 dicembre 2003, n. 350, hanno disposto che l’esclusione degli affidatari diretti non opera nei casi “in cui si tratti dell’espletamento delle prime gare aventi per oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa”. Tale deroga ha avuto come *ratio* non quella di garantire la sopravvivenza di imprese che a regime avrebbero potuto essere nuovamente affidatarie dirette, dato che con il d.l. n. 269 del 2003 si era reintrodotta l’affidamento diretto a società *in house*, ma quella di consentire la partecipazione alle gare di soggetti dotati dei requisiti di capacità e professionalità derivanti dai pregressi affidamenti, “permettendo alle imprese affidatarie dirette, che si erano date una struttura per porsi in concorrenza sul libero mercato, di non dissipare i notevoli investimenti cui avevano dato luogo”³¹⁷. Per questo la giurisprudenza³¹⁸ l’ha interpretata come limitata alla possibilità di partecipare alle gare indette nell’ambito territoriale in cui le società erano gestori uscenti.

Attualmente, l’art. 4, co. 33, del d.l. n. 138 del 2011, prevede che “i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell’ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero, purché in favore di soggetto diverso, ai sensi del comma 13 [cioè mediante affidamento diretto a società *in house*]”.

Questa è una deroga alle limitazioni operative, sopra esaminate, poste ai soggetti affidatari diretti nella prima parte del medesimo comma. E rappresenta una deroga anche al diritto europeo, laddove permette che società *in house* concorrano a qualsiasi gara svolta su tutto il territorio nazionale, e quindi anche *extra moenia*: così, infatti, si consente che queste indirizzino la propria attività a enti diversi da

³¹⁶ Corte Cost., 31 luglio 2002, n. 413, in *Giur. cost.*, 2002, 2977.

³¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7401, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³¹⁸ Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651, in www.giustizia-amministrativa.it e Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7401, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

quelli controllanti, anche al di là del limite delle attività accessorie e marginali che l'ordinamento europeo accetta, facendo venir meno i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente e, pertanto, la legittimità dell'affidamento diretto, di cui sarebbe titolare un ente non più qualificabile come *in house*.

Tale disposizione, originariamente, riproduceva il comma 9 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, dopo le modifiche apportate dal d.l. n. 135 del 2009, prevedendo che “i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere³¹⁹ su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti”.

Si trattava di una norma di diritto transitorio in quanto si sarebbe applicata solo una volta dopo l'entrata in vigore della disposizione, e non nel caso di successive gare³²⁰; ma era problematico individuare la gara cui ci si riferiva. La “cessazione del servizio” si poteva, infatti, intendere³²¹ “sul piano soggettivo”, come cessazione del servizio per la società che avrebbe concorso alla gara³²², oppure si poteva intendere “sul piano oggettivo”, come scadenza dell'affidamento del servizio presso l'ente locale che avrebbe indetto la gara³²³.

Argomenti a favore della prima tesi erano che l'uso dell'espressione “cessazione del servizio” rimandava a quella del comma 32 del medesimo articolo

³¹⁹ La formulazione della norma prescinde dalla titolarità di altri affidamenti diretti, di servizi diversi da quelli oggetto di gara, secondo T.A.R. Liguria, sez. II, 21 ottobre 2009, n. 2897, in www.dirittodeiservizipubblici.it; in senso contrario, T.A.R. Milano, sez. I, 16 giugno 2010, n. 1845, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³²⁰ G. CAIA, *I servizi pubblici di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in E. Follieri e L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, p. 539. Diversamente, T.A.R. Brescia, 9 marzo 2011, n. 384, in www.dirittodeiservizipubblici.it, ha inteso la prima gara come la prima effettuata dopo una gestione *in house*, anche precedentemente all'entrata in vigore della disposizione (nel caso di specie, la gara era stata effettuata nel 2003). Altra questione è quella se si dovesse riferire la deroga a una gara soltanto (così T.A.R. Torino, sez. I, 14 gennaio 2011, n. 26, in www.dirittodeiservizipubblici.it), oppure a più “prime gare”.

³²¹ Cfr. T.A.R. Umbria, sez. I, 31 maggio 2011, n. 152, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³²² In tal senso, T.A.R. Umbria, sez. I, 31 maggio 2011, n. 152, cit.

³²³ In tal senso, T.A.R. Brescia, sez. II, 17 dicembre 2010, n. 4860; T.A.R. Brescia, 9 marzo 2011, n. 384; T.A.R. Brescia, sez. II, 25 maggio 2011, n. 763, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Così G. CAIA, *I servizi pubblici di rilevanza economica*, cit., p. 538; L. BERTONAZZI, *Il trasporto pubblico locale nell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 588.

(precedentemente, del comma 8 dell'art. 23-*bis*), ove la cessazione si riferisce alla scadenza anticipata degli affidamenti non conformi alla nuova disciplina; inoltre, si poteva ritenere che la norma avesse lo scopo di controbilanciare tale scadenza anticipata imposta dal legislatore. Pertanto, l'ambito applicativo della deroga sarebbe stato ristretto alle società titolari di affidamenti non conformi alla nuova disciplina, e la cessazione del servizio si sarebbe riferita alla cessazione anticipata del servizio gestito dalla società concorrente.

Argomento a favore della seconda tesi era che nel caso in cui la società non fosse stata più titolare di affidamenti diretti, avrebbe potuto liberamente concorrere alle gare come qualsiasi altro operatore economico³²⁴, non ricadendo nelle preclusioni previste per gli affidatari diretti; pertanto la norma, interpretando la nozione di cessazione del servizio in senso soggettivo, sarebbe stata inutile³²⁵ e non coordinata con la previsione – contenuta nell'art. 4, co. 9, del d.l. n. 138 del 2011, e precedentemente nell'art. 3, co. 2, del d.P.R. n. 168 del 2010 – che riconosce la generale possibilità che le società a capitale interamente pubblico concorrano alle gare per l'affidamento di servizi pubblici locali. La *ratio* della disposizione, che si sarebbe applicata a tutte le società affidatarie dirette (anche non destinate a scadere anticipatamente in quanto conformi alla nuova disciplina) sarebbe stata quella di bilanciare le limitazioni operative loro poste³²⁶.

³²⁴ G. CAIA, *I servizi pubblici di rilevanza economica*, cit., p. 538; L. BERTONAZZI, *Il trasporto pubblico locale*, cit., p. 588.

³²⁵ In senso contrario, T.A.R. Umbria, sez. I, 31 maggio 2011, n. 152, cit., che afferma, relativamente alla deroga in esame, che “presupposto fondamentale per ammettere la partecipazione alla gara è quello che il soggetto non sia più affidatario del servizio oggetto di gara”.

³²⁶ In questo senso (anche se relativamente all'art. 23-*bis*, co. 9, del d.l. n. 112 del 2008, prima della modifica apportata dal d.l. n. 135 del 2009), si è affermato che tali limitazioni operative non sono direttamente imposte “dal legislatore comunitario (che detta una normativa proconcorrenziale, sempre migliorabile dal legislatore nazionale, al quale sul punto restano margini di discrezionalità, purché esercitata nella stessa “direzione proconcorrenziale” propria del diritto comunitario, Corte Cost. 325/2010) ma frutto di una scelta del legislatore nazionale per limitare gli effetti anticoncorrenziali, anche indiretti, del fenomeno dell'affidamento diretto; tale divieto non può quindi che essere letto alla luce della sua *ratio* e del contesto della disciplina della concorrenza cui afferisce. Esso non è e non può essere finalizzato ad espellere comunque dal mercato dei soggetti che hanno la potenzialità di operarvi in termini concorrenziali (questo esito infatti sarebbe paradossalmente anti-concorrenziale e quantomeno sproporzionato) ma solo a limitare i vantaggi indiretti che un affidamento diretto può consentire, ferma l'attribuzione agli

Entrambe le interpretazioni presentavano profili problematici. La prima rendeva di fatto inapplicabile la disposizione, poiché dopo la cessazione dell'affidamento la società non sarebbe più stata qualificabile come affidataria diretta e quindi non sarebbe ricaduta nelle preclusioni alla partecipazione alle gare stabilite per gli affidatari diretti.

La seconda, invece, poteva essere considerata non conforme al diritto europeo. Infatti, consentire a tutti i soggetti affidatari diretti di espandere il proprio campo d'azione territoriale partecipando a gare *extra moenia* non sarebbe stato supportato dalla finalità di consentire la loro sopravvivenza, dal momento che la previsione si sarebbe dovuta applicare anche a società *in house* che avrebbero potuto continuare a essere tali a regime³²⁷.

La Corte di giustizia ha riconosciuto legittima la predisposizione da parte dell'ordinamento nazionale di un regime transitorio di deroga al diritto europeo, volto a permettere alle parti di sciogliere i rispettivi rapporti in maniera accettabile, sotto il profilo economico e di tutela dell'interesse pubblico, garantendo la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento³²⁸; e anche la Corte Costituzionale ha dichiarato legittime simili previsioni tese a garantire la stessa libertà di iniziativa economica e la libertà di concorrenza³²⁹, esigenze che assumono maggior rilievo quando l'ordinamento dispone la cessazione anticipata degli affidamenti in corso. Ma nel caso della disposizione in commento, proprio a causa della sua applicabilità a tutte le società affidatarie dirette, sarebbero stati difficilmente individuabili le ragioni economiche o contrattuali e i diritti

affidatari diretti di una via di "transito" verso il mercato" (T.A.R. Torino, sez. I, 26 novembre 2010, n. 4214, in www.dirittodeiservizipubblici.it).

³²⁷ Infatti, l'art. 4, co. 13, del d.l. n. 138 del 2011, come sopra visto, consente affidamenti a società *in house* al di sotto di una soglia di valore economico del servizio, pari alla somma di 200.000 euro annui (e se questi sono affidamenti in corso non cessano anticipatamente, ai sensi del comma 32, lett. a, del medesimo articolo); precedentemente, erano ammessi (e quindi conformi e non destinati a cessare anticipatamente) affidamenti a società *in house* motivati dalla mancanza di efficace e utile offerta del servizio sul mercato, previo invio, se il servizio avesse superato le soglie indicate nell'articolo 4 del d.P.R. n. 168 del 2010 (come stabilito dal d.l. n. 135 del 2009), di un'analisi di mercato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale doveva emanare un parere sulla sussistenza di questo requisito.

³²⁸ Corte giust., 17 luglio 2008, C-347/06, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³²⁹ Corte Cost., 31 luglio 2002, n. 413, cit. In questo senso anche Corte Cost., 1° febbraio 2006, n. 29, in *Giur. cost.*, 2006, 1, che ha affermato che "proprio una corretta attuazione del nuovo regime di divieti ha richiesto, ragionevolmente (...) una disciplina transitoria per consentire un complessivo riequilibrio e un progressivo adeguamento del mercato".

salvaguardati, pertanto si sarebbe potuta ritenere non ragionevole e proporzionata, e quindi in contrasto con il diritto europeo.

L'attuale formulazione dell'art. 4, co. 33, dopo le modifiche apportate dall'art. 9 della l. 12 novembre 2011, n. 183, non presenta queste problematiche, poiché ha individuato diversamente l'ambito di applicazione della deroga e le gare che ne sono oggetto. Infatti, è previsto che questa si applichi solo ai soggetti che non potranno essere nuovamente affidatari diretti del servizio da loro gestito, perché è stata indetta o è stata adottata la decisione di indire una procedura competitiva ad evidenza pubblica per il relativo affidamento, oppure perché è stata adottata la decisione di affidare il servizio a società *in house* diversa. Inoltre, non si fa più riferimento, come in precedenza, alla "prima gara successiva alla cessazione del servizio", ma si autorizza la partecipazione alle gare indette anche prima di questo momento, durante l'ultimo anno di affidamento del servizio gestito dal soggetto che beneficia della deroga.

Non si tratta, dunque, di una norma di diritto transitorio, quale erano la precedente versione del disposto e le altre disposizioni, sopra richiamate, che hanno previsto la deroga all'esclusione degli affidatari diretti dalla partecipazione alle gare, essendo applicabile anche per i futuri affidamenti *in house*.

La finalità della disposizione è quella di permettere il reinserimento nel mercato di società che non saranno nuovamente destinatarie di affidamento diretto da parte dell'ente controllante, finalità che corrisponde a quella dell'art. 5, par. 2, lett. b), del regolamento europeo n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto su strada e per ferrovia. In questo, infatti, si ammette che un operatore interno, che corrisponde a un affidatario *in house*, partecipi a una procedura di gara anche fuori del territorio dell'ente controllante, "da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta, a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta". Poiché l'autorità locale ha scelto di non riaffidare direttamente il servizio all'operatore interno, la norma consente a quest'ultimo, prima della scadenza del proprio affidamento, di partecipare a procedure di gara per acquisire la gestione di servizi anche in altri contesti territoriali, al fine di reinserirlo nel mercato.

4.1.2. Le problematiche: la mancanza di alterità rispetto all'ente affidante e la possibile rottura del vincolo funzionale.

Il fatto che una società *in house* partecipi a una gara indetta dall'ente controllante, circostanza che è consentita dalle norme richiamate nel paragrafo precedente, pone una serie di problematiche.

L'ordinamento europeo non stabilisce che le società partecipate dall'ente aggiudicatore debbano essere escluse dalle gare da questo indette; e la giurisprudenza europea in materia di *in house providing* prescrive, laddove la società partecipata dall'amministrazione aggiudicatrice non presenti i requisiti dell'*in house*, l'applicazione della normativa sugli appalti e le concessioni, perciò presupponendo la possibile partecipazione di tale società alla procedura indetta secondo tali normative³³⁰. Allo stesso modo, la giurisprudenza nazionale riconosce che “le garanzie offerte dalla procedura dell'evidenza pubblica valgono ad escludere che la partecipazione all'interno della società da parte dell'ente pubblico che bandisce la gara possa rappresentare di per sé un fattore distorsivo della concorrenza”³³¹.

Tuttavia, l'affidamento *in house* nasce proprio come alternativa alle gare pubbliche, come ipotesi in cui non si applica il diritto europeo della concorrenza perché non vi è un contratto tra due persone giuridiche sostanzialmente distinte³³², ma l'attribuzione di compiti a un soggetto assimilabile a un proprio organo (si parla di “delegazione interorganica”³³³). La società *in house* è infatti

³³⁰ Così si è affermato che “nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate” (Corte Giust., sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, in *Foro amm. CDS*, 2004, 3023).

³³¹ Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499, cit. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, cit.; Cons. Giust. Amm. Sic., 24 dicembre 2002, n. 692, in *Urb e app.*, 2003, 711.

³³² Cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 14 dicembre 2011, n. 1823, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³³³ Conclusioni dell'Avv. generale A. La Pergola, 19 febbraio 1998, C-360/96, in www.curia.europa.eu; conclusioni dell'Avv. generale G. Cosmas, 1° luglio 1999, C-107/98, *ivi*; conclusioni dell'Avv. generale P. Léger, 15 giugno 2000, C-94/99, *ivi*; Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, 12 aprile 2000, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 12, 1253.

ontologicamente “non terza” rispetto all’ente locale che esercita su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici³³⁴, pur avendo personalità giuridica ed essendo quindi persona giuridica formalmente distinta dall’ente³³⁵.

Invece, la partecipazione a gare indette per il conferimento della gestione di un servizio presuppone la possibilità di concludere un accordo tra volontà distinte³³⁶, tra due “centri di interesse”³³⁷, tra due soggetti negoziali dotati di autonomia decisionale³³⁸.

Proprio per queste ragioni si sono espresse perplessità sulla stipulazione di contratti di servizio con le società *in house*, anche se l’esperienza reale la registra³³⁹, per la rilevata mancanza di bilateralità del contratto, intesa come

³³⁴ Cfr. soprattutto Corte giust., sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, cit., pt. 60-61.

³³⁵ È, infatti, l’art. 4, co. 13, del d.l. n. 138 del 2011, a prevedere la società *in house* come forma di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Il legislatore, dunque, ha scelto di attribuire all’affidatario *in house* di servizi pubblici locali forma societaria, ed esso – pur essendo organo dell’ente controllante, in genere privo di personalità giuridica, spettando essa solo all’ente – ha la personalità giuridica che l’ordinamento riconosce alle società ai sensi dell’art. 2331 c.c. (sulla possibilità che il legislatore attribuisca la personalità giuridica a un organo della pubblica amministrazione, con riferimento alle aziende speciali: Corte cost. 12 febbraio 1996, n. 28, in *Giur. cost.*, 1996, 255; v. F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004).

³³⁶ Anche se non appare ancora risolto il problema dell’inquadramento giuridico dell’atto di affidamento di pubblico servizio (cfr. B. GILIBERTI, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 2011, 1, p. 183 ss.; F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, annali I, Milano, 2007), rimane fermo che esso instaura un rapporto sinallagmatico di tipo contrattuale tra ente locale e gestore del servizio pubblico locale.

³³⁷ La nozione di parte di un contratto è intesa, infatti, come “«centro» (o nucleo) intorno al quale si dispone l’interesse di ciascun paciscente, e poiché, nel contratto di scambio, due sono i paciscenti (parti), due sono i «centri d’interesse»” (F. MESSINEO, voce *Contratto*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, IX).

³³⁸ Cfr. Corte giust., sez. V, 18 novembre 1999, C-107/98, in *Urb. e app.*, 2000, 1149: “la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, è applicabile ove un’amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti (...)”.

³³⁹ In realtà dubbia è la qualificazione giuridica del contratto di servizio come vero e proprio contratto, dal momento che alla sua stesura provvede unilateralmente l’ente locale, essendo previsto che esso venga allegato ai capitolati di gara (art. 113, co. 11, del d.lgs. n. 267 del 2000): per alcuni trattasi di accordo interamente privatistico, per altri, invece, di accordo amministrativo

riferibilità del regolamento trasfuso nell'accordo a due distinti centri di interesse³⁴⁰.

In astratto, dunque, appare problematica la configurabilità di un accordo tra ente controllante e società *in house*³⁴¹, e, di conseguenza, la possibilità che questa concorra in gare di appalto o procedure per l'affidamento di servizi pubblici locali, indette dall'ente stesso.

Un altro problema che viene in considerazione, dato il conflitto di interessi in capo all'ente socio che aggiudica o affida un'attività a una società dallo stesso partecipata, è quello di assicurare l'imparzialità delle procedure di gara³⁴². A tale esigenza risponde l'art. 4, commi da 18 a 27, del d.l. n. 138 del 2011, che ha previsto una disciplina delle incompatibilità per lo svolgimento di incarichi inerenti la gestione dei servizi e per i componenti della commissione di gara, e ha disposto che la verifica del rispetto del contratto di servizio e ogni aggiornamento e modifica dello stesso siano sottoposti alla vigilanza dell'organo di revisione economico-finanziario dell'ente (v. *infra*, par. 4.5), anche se la problematica permane per le gare cui partecipino società *in house* prima del rinnovo delle nomine degli amministratori, poiché tale disciplina si applica alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del d.l. n. 138 del 2011.

Per quanto riguarda, invece, la partecipazione di società *in house* a gare indette da enti diversi da quello controllante, sorge il problema del rispetto del vincolo funzionale, cui è astretta l'attività di diritto privato svolta dagli enti territoriali minori, e che la giurisprudenza ha ritenuto vincolare anche l'attività delle società a partecipazione pubblica locale, in quanto attività che impegna risorse provenienti da una comunità locale (v. *infra*, par. 4.8).

sostitutivo di provvedimento o di concessione-contratto (cfr. M. CAPANTINI, *Contratti di servizio e affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 809-810).

³⁴⁰ F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 261. Sulla inesistenza di soggetti autonomi e quindi di un negozio: M. CAPANTINI, op. ult. cit., pp. 816-821.

³⁴¹ Cfr. F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, p. 248, per il quale, ad essere coerenti con l'insegnamento comunitario, laddove vi è una relazione *in house* non è dato ipotizzare una messa in gara poiché "la gara presuppone un mercato, almeno potenziale, ossia l'obiettivo di raggiungere un accordo economico tra soggetti distinti".

³⁴² Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, segnalazione del 28 dicembre 2006, n. AS375, in *Foro it.*, 2007, III, 226.

La giurisprudenza amministrativa e costituzionale lo hanno identificato nella necessaria destinazione delle risorse a beneficio della cittadinanza facente parte dell'ente³⁴³, nel perseguimento di un interesse obiettivamente sentito dalla collettività comunale³⁴⁴, nel vantaggio per la comunità locale derivante dall'attività svolta dall'ente³⁴⁵, nel rapporto servente o di collegamento strumentale dell'attività di diritto comune svolta dall'ente territoriale con le finalità sue proprie, in quanto ente esponenziale degli interessi della comunità da esso rappresentata³⁴⁶; alla luce di questo l'autonomia degli enti locali, si è affermato, "non può intendersi come libertà di fini idonea a legittimare ogni esigenza che travalichi i limiti circoscrizionali degli stessi"³⁴⁷.

Relativamente alla questione della partecipazione a gare *extra moenia* di società a partecipazione pubblica, il rispetto del nesso funzionale si è valutato guardando all'incidenza dell'attività extraterritoriale sul servizio reso nell'ente di riferimento: e infatti, presupposto per l'attività extraterritoriale delle società a partecipazione pubblica locale è l'erogazione del servizio nel territorio dell'ente socio.

L'assunzione di altri impegni al di fuori dell'ambito territoriale degli enti locali di cui la società è espressione, si è affermato, si traduce nella sottrazione di parte dell'organizzazione societaria (uomini, beni e risorse) alle esigenze della comunità locale, per la sua utilizzazione in scopi estranei a quelli per i quali la società stessa è stata costituita³⁴⁸, e non deve essere tale da recare pregiudizio alla collettività di riferimento senza apprezzabili ritorni di utilità, da valutarsi in relazione all'impegno profuso e agli eventuali rischi finanziari corsi³⁴⁹; occorre, dunque, che l'attività extraterritoriale da un lato contribuisca al migliore

³⁴³ Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 1988, n. 1291, in *Consiglio di Stato*, 1989, I, 1503; Corte Conti, sez. II, 19 settembre 1988, n. 175, in *Foro amm.*, 1988, 3899; Corte Conti, sez. I, 27 aprile 1978, n. 39, in *Foro it.*, 1978, 476, III; Corte Conti, sez. II, 2 novembre 1988, n. 214, in *Riv. amm. R. It.*, 1989, 335.

³⁴⁴ T.A.R. Valle d'Aosta, 19 dicembre 1988, n. 81, in *Finanza locale*, 1990, 1047.

³⁴⁵ Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 1988, n. 926, in *Foro Amm.*, 1988, 12.

³⁴⁶ Corte Cost., 19 maggio 1988, n. 562, in *Finanza locale*, 1988, 1427; Corte Cost., 21 luglio 1988, n. 829, in *Giur. cost.*, 1988, I, 3969; Corte Cost., 2 febbraio 1990, n. 51, in *Quaderni regionali*, 1990, 1000.

³⁴⁷ T.A.R. Milano, sez. III, 13 marzo 1991, n. 69, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁴⁸ T.A.R. Firenze, sez. I, 15 gennaio 2001, n. 24, in *Foro Amm.*, 2001, 1279; T.A.R. Parma, 2 maggio 2002, n. 240, in *Foro amm. TAR*, 2002, 1565.

³⁴⁹ Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Foro Amm.*, 2001, 9; Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1469; Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2003, n. 2467, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1614.

perseguimento dell'interesse della collettività locale, e dall'altro non si traduca in un aumento di costi per essa, come aumento di tasse o tariffe, o in un peggioramento del servizio³⁵⁰; e in talune pronunce³⁵¹ si è dato particolare rilievo alla seconda condizione, ritenendo rispettato il vincolo funzionale nel caso in cui l'attività extraterritoriale non incidesse negativamente sulla gestione del servizio affidato dal Comune.

Invece, le disposizioni che hanno previsto la partecipazione delle società *in house* a gare svolte anche *extra moenia* (l'articolo 4 del d.l. n. 138 del 2011, che riconosce ai soggetti affidatari diretti la possibilità di “concorrere su tutto il territorio nazionale a gare”) consentono che si verifichi l'eventualità che la società, una volta venuto meno l'affidamento *in house*, non sia affidataria del servizio nel territorio dell'ente controllante, ma lo sia presso altri enti territoriali, essendo risultata aggiudicataria nelle gare indette da questi ma non presso l'ente di riferimento. E questa situazione corrisponde a una rottura del vincolo funzionale, così come individuato dalla giurisprudenza amministrativa, poiché esso presuppone che la società locale svolga la propria attività (anche) nel territorio dell'ente pubblico socio.

4.2. La possibilità per le società a capitale interamente pubblico di partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, in assenza di divieti previsti dalla legge.

L'art. 4, co. 9, del d.l. n. 138 del 2011, stabilisce – così come, precedentemente, l'art. 3, co. 2, del D.P.R. n. 168 del 2010 – che “le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge”.

Tale previsione deve coordinarsi con il comma 33 del medesimo articolo, che pone alle società affidatarie di servizi pubblici locali senza gara il divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, e di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati anche partecipando a gare, dunque

³⁵⁰ Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843, in *Foro it.*, 2005, III, 385; Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, cit.

³⁵¹ Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, cit.

prescrivendo uno specifico divieto di concorrere a queste ultime. Si applica, dunque, solo alle società a capitale interamente pubblico non affidatarie dirette, prevedendo per esse la possibilità di concorrere ad ogni tipo di gara, anche se indetta da ente diverso dal controllante, anche se indetta *extra moenia* oppure per l'affidamento di servizi diversi da quelli già gestiti dalla società.

Pur essendo ipotizzabile la costituzione di società a capitale interamente pubblico locale non destinate a ricevere affidamenti diretti³⁵², si sono espresse perplessità sulla loro configurabilità in concreto³⁵³; rientrano comunque nella categoria le “ex società *in house*”, aggiudicatarie nelle gare previste dall'art. 4, co. 33, del d.l. n. 138 del 2011.

In queste, non più destinatarie di affidamenti diretti, le clausole statutarie che le hanno configurate come *in house* non saranno più necessarie. Quelle volte a integrare il controllo analogo possono, quindi, essere modificate in modo tale da ricondurle all'ordinario schema di *governance* societaria delineato dal codice civile, così come quelle che dispongono il vincolo della prevalenza dell'attività con l'ente controllante; secondo taluni, peraltro, con il comma 9 si consente la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi pubblici locali “alle sole società a capitale interamente pubblico che, essendo prive dei requisiti necessari per l'affidamento diretto *in house*, possano qualificarsi come soggetti sostanzialmente terzi rispetto alla stazione appaltante”³⁵⁴.

Da quanto detto emerge che le società a capitale interamente pubblico considerate dalla previsione in commento si caratterizzano per essere società che svolgono attività di impresa, attraverso le quali gli enti territoriali esercitano la propria libertà di iniziativa economica, ai sensi dell'articolo 41 della Costituzione, entro i limiti previsti dal legislatore nell'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007, che ha stabilito che le pubbliche amministrazioni non possono costituire né assumere

³⁵² Cfr. Corte Cost. 17 novembre 2010, n. 325, cit., punto 8.1.2, in cui si afferma che il bilanciamento tra l'interesse alla tutela della concorrenza e quello degli enti locali a gestire i servizi pubblici locali con propria società è stato attuato in modo non irragionevole “consentendo alle società a capitale (interamente o parzialmente) pubblico, quando non ricorrano le condizioni per l'affidamento diretto, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio, al pari di ogni altro imprenditore o società (comma 1 dell'art. 23-bis)”.

³⁵³ Tra gli altri, F. FRACCHIA, *Imprese pubbliche regionali e locali*, in *Enc. giur. Treccani*, aggiornamento 2008, afferma che “in concreto difficilmente può ipotizzarsi una iniziativa societaria in materia di servizi pubblici da parte di un ente senza garanzia di risultato (*rectius*: sicurezza dell'affidamento diretto)”.

³⁵⁴ M. DUGATO, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, cit., p. 55.

partecipazioni in società non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ammettendo la costituzione e l'assunzione di partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale.

4.3. Le società miste quotate.

Per le società miste quotate è stata prevista una “disciplina derogatoria della disciplina derogatoria” cui sono sottoposte le altre società a partecipazione pubblica locale, essendo state escluse dal campo di applicazione di numerose previsioni di stampo pubblicitario.

Questa scelta legislativa di favore è stata dettata dall'esigenza di non pregiudicare il valore di mercato di queste società, per tutelare il risparmio e i mercati finanziari. Ma è stata anche letta come trattamento sbilanciato, in cui “i tempi lunghi previsti per l'attuazione del decremento della quota del socio pubblico e la probabile conservazione in capo allo stesso del controllo di fatto fanno sorgere qualche sospetto sulle ragioni di fondo di tali benefici”³⁵⁵.

In particolare, in materia di reclutamento di personale non si applicano le disposizioni contenute nell'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008 né l'art. 4, co. 17, del d.l. n. 138 del 2011, che vincolano all'adozione di procedure trasparenti e imparziali le altre società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali. In materia di incompatibilità, poi, si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti e non gli artt. 19 e seguenti del d.l. n. 138 del 2011.

Il comma 11 dell'art. 35 della l. n. 448 del 2001, poi, prevede un'eccezione alla proprietà pubblica di reti, impianti e altre dotazioni, disponendo la conservazione della proprietà di queste in capo alle società per azioni quotate in borsa (e alle società per azioni i cui enti locali soci avessero già deliberato al 1° gennaio 2002 di avviare il procedimento di quotazione in borsa concluso entro il 31 dicembre 2003), di cui, alla data di entrata in vigore della legge n. 448 del 2001, gli enti locali detenessero la maggioranza del capitale, salvo il diritto di uso perpetuo e inalienabile a favore degli enti locali; l'art. 12 del D.P.R. n. 168 del 2010 non ha

³⁵⁵ S. VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati*, in C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società “pubbliche”*, cit., p. 219.

compreso questa tra le disposizioni abrogate dall'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008.

Altro elemento di differenziazione del regime di queste società è rappresentato dal fatto che non sono assoggettate a limiti operativi, pur se destinatarie dirette. Così è stabilito dall'art. 4, co. 33, del d.l. n. 138 del 2011: quanto in esso prescritto “non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile”³⁵⁶.

³⁵⁶ L'esclusione delle società controllate da società quotate, introdotta dal d.l. n. 138 del 2011, non presente nell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, ha superato l'orientamento giurisprudenziale in base al quale la deroga all'applicazione dei limiti operativi stabilita per le società quotate non si sarebbe applicata alle società da queste controllate (T.A.R. Brescia, sez. II, 28 agosto 2009, n. 1577; T.A.R. Milano, sez. I, 16 giugno 2010, n. 1845; Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7964, in www.dirittodeiservizipubblici.it); le argomentazioni di tale lettura restrittiva, sono ripercorse nell'ultima pronuncia, in cui si afferma che i limiti operativi degli affidatari diretti rafforzano i principi di tutela della concorrenza e di parità di accesso al mercato, e “tale scelta ha il preciso scopo di inibire l'accesso al mercato a quelle imprese per le quali la quota di mercato detenuta non è stata il frutto di una competizione paritaria con altri operatori economici ma è avvenuta in maniera anomala, senza il previo esperimento di una gara pubblica”, per questo la deroga a tale principio soggiace ad un'interpretazione letterale e restrittiva della norma, e “se anche fosse vero che tale interpretazione incide negativamente sui conti economici della quotata (...), poiché la società da essa controllata non può partecipare alle gare, è altrettanto vero che la stessa (...) beneficia in via indiretta degli affidamenti che [la controllante] ha ottenuto senza il confronto competitivo fra imprese. Il che determina non già un impoverimento, ma semmai un bilanciamento fra il vantaggio determinato dalla quota di mercato riservata ed il pregiudizio arrecato dalla disciplina ostativa”).

In senso critico, B. GILIBERTI, *L'esenzione per le società quotate dal divieto di partecipazione alle gare di servizio pubblico locale alla luce della giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti infragruppo*, cit., che, argomentando a favore di un'interpretazione non restrittiva dell'esenzione dal divieto di partecipazione alle gare, ha posto la questione su una prospettiva differente, sostenendo, condivisibilmente, che nel ragionare intorno ai rapporti di specialità tra norme “si può affermare che una norma A (l'esenzione per le quotate dal divieto di partecipazione alle gare) è eccezionale rispetto alla norma B (il divieto di partecipazione alle gare per gli affidatari diretti), ma, se la norma B è a sua volta eccezionale rispetto alla norma C (il generale principio della massima apertura delle gare alla concorrenza, che declina l'ancor più generale principio di libertà di iniziativa economica), il parametro di riferimento per valutare l'eccezionalità della disposizione A è costituito dalla norma C e non dalla norma B. Ne consegue, muovendo sempre dallo schema proposto, che se la norma A (l'esenzione per le quotate dal divieto di partecipazione alle gare) esprime una regola in linea con quella desumibile dalla norma C (il generale principio della massima apertura delle gare alla concorrenza, che declina l'ancor più generale principio di libertà di iniziativa economica e quelli comunitari di libera circolazione dei servizi e dei capitali), a

Ciò significa che, anche se titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive – realtà di molte di queste società, ex-municipalizzate ancora titolari di concessioni affidate direttamente – oppure se affidatarie della gestione di reti, impianti, e altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, separata dall'attività di erogazione dei servizi, possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, e svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, sia direttamente, sia tramite loro controllanti o altre società che siano da esse controllate o partecipate, sia partecipando a gare.

A prescindere dalle considerazioni di politica legislativa³⁵⁷, si può osservare che l'aver escluso tali società dai limiti operativi posti agli affidatari diretti è in linea con la loro qualificabilità come società-imprese, per natura rivolte al mercato. L'affidamento diretto di cui sono titolari queste società, infatti, non deriva da situazioni di contiguità rispetto all'ente locale giuridicamente rilevanti, cioè dalla presenza di elementi che lo consentono a norma del diritto europeo in materia, ma da pregressi atti di affidamento che cesseranno, senza possibilità di rinnovo, una volta scaduto il contratto di servizio.

Parallelamente a queste disposizioni di favore, il legislatore ha però disciplinato il regime transitorio degli affidamenti a tali società attuando un'inversione di tendenza netta rispetto alle previgenti disposizioni in cui si era sollecitata la

differenza della norma B (il divieto di partecipazione alle gare per gli affidatari diretti), la norma A non può ritenersi speciale, spettando tale ultima qualificazione soltanto alla norma B”, concludendo che “l'esenzione per le quotate, in questa prospettiva, non costituisce norma eccezionale, sicché, in linea di principio, può ritenersi che non sussistano preclusioni alla sua applicazione a quelle società che siano interamente partecipate da società quotate in borsa”; inoltre, l'estensione della deroga previste per le quotate in favore delle loro controllate appariva in linea con la considerazione che “società madre e la sua affiliata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa”, nel caso in cui l'affiliata, nonostante abbia personalità giuridica distinta, non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma applichi sostanzialmente le istruzioni impartite dalla società madre, situazione presunta nel caso in cui la società madre detenga il 100% del capitale della sua affiliata (Trib. I grado U.E., sez. IV, 27 ottobre 2010, T-24/05, in *Foro amm. CDS*, 2010, 10, 2061).

³⁵⁷ Commentata criticamente da D. ARTUS, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 5, p. 471; C. DE VICENTI, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo?*, in www.astrid-online.it; G. BASSI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., per il quale appare difficile sostenere che il momento concorrenziale possa essere individuato nelle procedure aperte previste dal mercato regolamentato per la negoziazione dei valori mobiliari.

creazione e il mantenimento di tali società (con la l. n. 448 del 2011 e la l. 350 del 2003)³⁵⁸, incentivando la dismissione delle partecipazioni in tali società. Infatti, l'art. 4, co. 32, lett. *d*, del d.l. n. 138 del 2011, prevede che “gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione in capo a soci pubblici detentori di azioni alla data del 13 agosto 2011, ovvero quella sindacata, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015”.

4.4. Sulla possibilità di costituire o assumere partecipazioni in società non affidatarie dirette e la configurabilità di società a capitale pubblico locale eroganti servizi liberalizzati.

I servizi pubblici locali di rilevanza economica costituiscono, come è stato osservato³⁵⁹, “una risorsa economica contesa”, tra privati e pubblici operatori; “per i pubblici poteri è una risorsa ancora da trattenere sotto l'influenza ed il dominio istituzionale e, soprattutto, da sfruttare più che possibile per la realizzazione di economie da reinvestire nelle altre politiche pubbliche”.

Alla luce di questa considerazione, è da valutare la possibilità, nell'attuale ordinamento, che gli enti territoriali minori *ex novo* costituiscano o assumano partecipazioni in società non affidatarie dirette, e che mantengano partecipazioni in società eroganti servizi liberalizzati o *ex novo* le costituiscano o ne acquistino partecipazioni.

³⁵⁸ G. CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, cit., p. 536, che rileva problematiche di contrasto con il principio di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento.

³⁵⁹ G. PIPERATA, *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, in *Ist. Fed.*, 2009, p. 325 ss.

Queste tipologie di società costituiscono forme di impresa pubblica locale: l'attività di erogazione di servizi pubblici locali di rilevanza economica, distinta dall'attività meramente economica svolta dall'ente, nell'inquadramento dato dalla dottrina pubblicistica, è comunque qualificabile come esercizio di attività di impresa, qualora svolta da soggetti dotati della capacità di destinare le proprie attività al mercato, cioè da soggetti diversi da quelli svolgenti attività amministrativa in forma privatistica, secondo la distinzione operata dalla Corte Costituzionale.

Nel presente paragrafo, dunque, dopo aver chiarito preliminarmente questi elementi definatori, si ripercorrono le questioni relative all'iniziativa economica pubblica, al ruolo del pubblico alla luce della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, e all'autonomia privata degli enti pubblici.

L'attività di erogazione di servizi pubblici locali è stata dalla dottrina distinta dall'attività meramente economica dell'ente³⁶⁰. Tuttavia, l'erogazione di servizi di rilevanza economica si caratterizza per essere attività economica, attività di impresa³⁶¹, come riconosciuto dalla Corte Costituzionale³⁶² e dalla

³⁶⁰ Cfr. F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973; F.A. ROVERSI MONACO, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, 2005, p. 909; G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., p. 730.

Peraltro, questa distinzione si rinviene anche nella giurisprudenza che ha affermato l'incompatibilità dell'azionariato municipale con la municipalizzazione dei pubblici servizi: diversamente ci si sarebbe trovati di fronte a una gestione diretta del servizio in violazione delle forme di assunzione diretta tipizzate tassativamente (Cons. Stato, sez. I, parere 6 marzo 1956, n. 373, in *Riv. amm.*, 1957, 284); successivamente, però, si ritenne ammissibile l'azionariato comunale nell'ipotesi in cui la società avesse ad oggetto un pubblico servizio (Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 1969, n. 1181, in *Cons. Stato*, 1969, I, 2164).

Vi è poi chi ritiene che non vi sia spazio, con riferimento all'ente locale, per un'attività economica che non sia comprendibile nella definizione di pubblico servizio (V. MARTELLI, *Servizi pubblici e società per azioni*, Milano, 1997, p. 184).

Si è poi rilevato (M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, p. 14), che la distinzione tra attività economica e servizio pubblico non descrive la realtà in modo soddisfacente, da un lato perché l'utilizzazione per lo svolgimento di servizi pubblici di strumenti privatistici, tradizionalmente dedicati alle attività economico-imprenditoriali, e l'estensione a questi delle regole che governano la competizione tra imprese di diritto comune, hanno reso impalpabile il *limen* tra ordinaria attività lucrativa e servizi pubblici economici; dall'altro lato perché pare che attraverso le forme di gestione dei servizi pubblici possano esercitarsi la gran parte di funzioni pubbliche.

³⁶¹ Infatti, "i maggiori oneri che chi svolge il servizio incontra per fornirlo ad un prezzo antieconomico, dovranno venire coperti dall'ente che richiede l'assunzione di questo

giurisprudenza³⁶³ relativa all'art. 13 del decreto Bersani; l'attività di servizio pubblico rispetto all'attività meramente economica dell'ente sta in rapporto di specie a genere: si connota per un *quid pluris* rispetto all'attività economica, cioè l'obbligo di servizio pubblico, e la *ratio* dell'intervento corrisponde alla garanzia di un risultato, non alla mera presenza nel settore economico.

Si tratta dunque (anche) di attività economiche che sono svolte da soggetti qualificabili come imprese, e, nel caso siano svolte da società a partecipazione pubblica locale, qualificabili come imprese pubbliche locali³⁶⁴, ad eccezione dei casi in cui non si connotino come tali perché svolgenti attività amministrativa in forma privatistica (*supra*, par. 3.5).

La nascita del concetto di impresa pubblica, peraltro, nel nostro ordinamento si è collocata³⁶⁵ proprio in ambito locale, con le aziende speciali, che hanno costituito le prime forme di intervento diretto nell'economia da parte dei pubblici poteri; solo in seguito l'impresa pubblica si è svolta a livello nazionale con l'Enel e le altre figure di ente pubblico economico direttamente imprenditore, l'Iri e l'Eni, le altre *holding* nazionali e le ipotesi di partecipazione azionaria pubblica.

comportamento” (V. OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, in *Enc dir.*, XX, 1970, p. 672; cfr. G. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico: l'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, cit.)

³⁶² Corte Cost., n. 326 del 2008, cit., che afferma che si avrà attività d'impresa di enti pubblici se l'oggetto sociale della società prevede che questa operi effettivamente in regime di concorrenza erogando servizi al pubblico (consumatori o utenti).

³⁶³ T.A.R. Roma, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Roma sez. III, 14 aprile 2008, n. 3109, cit.; T.A.R. Roma, 14 maggio 2008, n. 4064, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Roma, sez. III, 30 giugno 2008, n. 6333, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, parere 31 luglio 2008, n. 213; T.A.R. Roma, sez. III, ordinanza, 26 settembre 2008, n. 4620, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Torino, sez. I, 24 ottobre 2008, n. 2676, cit.; T.A.R. Lazio, Sez. III *ter*, 6 novembre 2009 n. 10891, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, in *Foro amm. CDS*, 2009, 7-8, 1912; T.A.R. Bari, sez. I, 6 febbraio 2009, n. 209, in *Foro amm. TAR*, 2009, 2, 515; T.A.R. Veneto, sez. I, 2 febbraio 2009, n. 230, in *Riv. Corte conti*, 2009, 2, 228; T.A.R. Aosta, sez. I, 20 febbraio 2009, n. 9, in *Foro amm. TAR*, 2009, 2, 322.

³⁶⁴ Essendosi, infatti, prescritta la forma societaria, per l'erogazione di questi servizi pubblici non si possono configurare le “imprese pubbliche sociali”, “di erogazione”, che in passato si erano distinte dalle aziende di produzione (A.M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, p. 614).

³⁶⁵ G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, cit., p. 39.

Tale concetto apre diverse questioni: il fondamento e i limiti dell'iniziativa economica pubblica, il rapporto fra attività economica pubblica e privata, il fondamento e i limiti della autonomia privata degli enti pubblici.

La base legittimante dell'iniziativa economica pubblica è l'art. 41 della Costituzione, che riconosce contestualmente iniziativa economica pubblica e privata, prevedendo, al comma 3, che "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali", in tal modo equiparandole; e nell'art. 42, co. 1, che stabilisce che "i beni economici appartengono allo Stato, a enti o a privati": il costituente ha con ciò posto le basi di un'economia mista³⁶⁶.

Sul piano nazionale, se l'Ottocento si caratterizzava per il liberismo³⁶⁷, il Novecento, nel periodo post-bellico soprattutto, si è caratterizzato per la realizzazione dello stato assistenziale e l'interventismo pubblico in economia; lo sviluppo economico era stato assunto come funzione dello Stato, in quanto fattore del benessere collettivo; lo Stato interveniva non solo come regolatore ma anche come imprenditore, al fine di realizzare obiettivi di politica economica o di politica sociale³⁶⁸. Si è poi ravvisato un declino dell'economia mista, a partire dagli ultimi decenni del diciannovesimo secolo, con la politica delle privatizzazioni, secondo una filosofia neoliberista motivata da "un generale mutamento delle condizioni e degli spazi entro i quali si svolge la competizione economica, che non sono più, nell'odierna economia globalizzata, le condizioni di una competizione suscettibile di decisivi correttivi politici, né sono più gli spazi di una competizione a carattere prevalentemente nazionale"³⁶⁹. A ciò è da

³⁶⁶ Tra tutti, F.A. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, cit., p. 385 ss.; A.M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, p. 747 ss.

³⁶⁷ Ma con l'art. 41, in realtà il costituente ha dato atto di quanto costituiva da tempo un dato di comune esperienza (F.A. ROVERSI MONACO, op. ult. cit.): l'art. 7 del Codice del commercio del 1882, in effetti, non vietava l'attività di impresa degli enti pubblici, ma, disponendo che "lo Stato, le Province e i Comuni non possono acquistare la qualità di commercianti, ma possono fare atti di commercio e per questi rimangono soggetti alle leggi e agli usi commerciali", impediva l'applicazione allo Stato delle regole valedoli per le persone dei commercianti, *in primis* l'assoggettamento a fallimento (O. RANELLETTI, *Diritto finanziario*, Milano, 1927-8, ora in N. D'AMATI-C. COCO (a cura di), *Lezioni di diritto finanziario*, Milano, 2009).

³⁶⁸ F. MERUSI-G.C. SPATTINI, voce *Intervento pubblico nell'economia*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

³⁶⁹ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010, p. 214.

aggiungere che con l'ingresso nell'Unione europea, oltre alla questione della tutela della concorrenza, che in realtà lascia impregiudicato il ruolo del pubblico imprenditore, il rispetto del patto di Maastricht ha imposto vincoli ai bilanci degli Stati membri, che, nel contesto della crisi economico-finanziaria, ha spostato la questione sul problema del contenimento della spesa pubblica.

In tale contesto, però, è stato rilevato³⁷⁰, in Italia non si è nei fatti mai realizzato il passaggio dallo Stato imprenditore e programmatore allo Stato regolatore. Questo, anche perché la politica delle privatizzazioni, partite dagli anni novanta, è stata motivata non da scelte politiche pro mercato (come in Inghilterra o in Spagna), dall'obiettivo di una completa uscita dello Stato dall'economia, ma dalla ragione prima di rispettare i vincoli comunitari e di risanare le finanze pubbliche: le privatizzazioni si sono intensificate in periodi critici per la finanza pubblica, che sono anche quelli caratterizzati da stringenti vincoli da parte dell'Unione Europea; ed infatti il piano delle privatizzazioni è stato intrapreso nel 1992 in concomitanza con la stipula del Trattato di Maastricht, in base al quale il ripianamento da parte dello Stato di perdite delle imprese partecipate si configura come aiuto di Stato ed è in quanto tale sanzionato; preso atto del *deficit* cronico di molte di queste, si è optato per la loro dismissione; le privatizzazioni successive sono state volte a risanare la finanza pubblica per aderire all'euro; quelle più recenti sono volte a rispettare il vincolo del 3% sul disavanzo dello Stato³⁷¹.

Il ruolo pubblico si è mantenuto, in particolare, nel settore dei servizi pubblici locali, settore in realtà a sé stante³⁷²; occorre, dunque, individuare le ragioni dell'intervento del pubblico come imprenditore, che deve in ogni caso garantire il perseguimento di obiettivi di pubblico interesse, nel settore dei servizi pubblici locali.

Relativamente alle municipalizzazioni dell'inizio del secolo scorso, si era affermato³⁷³ che la produzione diretta municipale³⁷⁴, ancorché di carattere

³⁷⁰ E. BARUCCI-F. PIEROBON, *Stato e mercato nella Seconda Repubblica*, Bologna, 2010, p. 272.

³⁷¹ E. BARUCCI-F. PIEROBON, op.ult.cit, p. 79 ss., che però rilevano che l'impatto delle privatizzazioni sul debito negli ultimi anni si è affievolito perché il Patto di stabilità ha spostato l'attenzione dal debito al deficit, con il vincolo del 3% in rapporto al PIL, che ha portato a rallentare le dismissioni in società profittevoli (p. 82 ss.).

³⁷² Cfr. G. CAIA, voce *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990.

³⁷³ U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, cit., p. 282 ss.

³⁷⁴ Che comunque non sarebbe valsa a far qualificare il Comune come produttore, rimanendo questo pur sempre uno spenditore del reddito ottenuto dalla municipalità, secondo G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902, p. 49 ss.

industriale e svolgentesi in concorrenza con la produzione privata, differiva da questa negli indirizzi e nei risultati. Non si sarebbe trattato semplicemente di una forma di produzione, ma di un intervento talvolta non rientrante nel concetto di produzione di ricchezza e non giustificato da intento economico, ma motivato da “motivi d’ordine igienico o d’ordine morale”, in cui il Comune appariva più come “benefattore, come tutore d’interessi affatto diversi da quelli d’indole economica”; in quest’ottica, dunque, oltre alla funzione economica la municipalizzazione avrebbe avuto una funzione sociale.

E i principali motivi, di tipo economico e di tipo politico-sociale, a sostegno dell’esercizio diretto dei servizi si individuavano nella diminuzione dei costi delle prestazioni o dei prodotti, nella municipalizzazione semplice (cioè l’assunzione del pubblico servizio), a beneficio del bilancio comunale, e nella municipalizzazione complessa (cioè la gestione diretta da parte del Comune), a beneficio dei consumatori, risolvendosi in una diminuzione dei prezzi; nei profitti a favore del Comune, rendendo possibile la riduzione dei debiti e la diminuzione del carico tributario gravante sui cittadini; nel raggiungimento di un più ampio benessere sociale, non perseguendo il mero intento economico del minimo costo e del massimo profitto; nella eliminazione della necessità di un controllo continuo e delle dispendiose controversie nei confronti di concessionari e appaltatori; nella maggior tutela del personale (“sopprimendo lo sfruttamento operaio”).

Insieme a questi vantaggi, tuttavia, si individuavano talune altre problematiche della municipalizzazione, che principalmente derivavano da difetti sostanziali dell’ente pubblico come industriale. Ma a questi difetti si replicava sottolineando la funzione sociale della municipalizzazione, che faceva sì che l’esercizio diretto del servizio da parte del Comune dovesse essere condotto con criteri diversi da quelli dell’imprenditore privato, i cui intenti e metodi spesso non sarebbero convenuti alla gestione socialmente più utile di certi servizi pubblici, poiché “se fosse altrimenti, l’unico vantaggio che potrebbe riconoscersi alla municipalizzazione sarebbe quello della devoluzione dei profitti a beneficio di una collettività anziché di un solo o di pochi individui, sarebbe dunque un mero vantaggio finanziario. Ed allora alla proclamazione di esso ben si opporrebbe che il Comune riuscirebbe probabilmente un cattivo industriale, realizzerebbe meschini profitti e creerebbe impaccio al normale svolgimento della vita economica nazionale”.

Queste osservazioni sono ben adattabili alla situazione attuale, ove le ragioni economiche oggi si connotano anche come ragioni sociali: le ragioni di un

intervento pubblico nel settore dei servizi pubblici locali pare possano ritenersi, oltre alla garanzia del risultato, consistente nel soddisfacimento degli obblighi di servizio pubblico, il contenimento dei prezzi, e la loro diminuzione rispetto a quelli che i privati in concorrenza potrebbero erogare, attraverso il reinvestimento degli utili nel servizio e per abbassare le tariffe, nel rispetto del requisito dell'economicità.

In contrapposizione a ciò, però, si potrebbe osservare che la contendibilità del mercato dei servizi pubblici locali è dato certo, che testimonia la presenza di operatori privati in grado di erogarlo, e in maniera probabilmente più efficiente rispetto al pubblico.

A questo riguardo, peraltro, alcune recenti letture³⁷⁵ del principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale lo ritengono applicabile anche alle attività economiche, e ai servizi di interesse economico generale: esso prescriverebbe la preferenza per l'impresa privata, ove non sussistano circostanze particolari che la rendano inadeguata alla gestione del servizio nel singolo caso concreto.

Altre posizioni³⁷⁶, invece, ritengono che questa previsione costituzionale possa riferirsi solo al privato sociale. Sul rilievo che manchi, nel nostro ordinamento, una disposizione come quella contenuta nella Carta del lavoro fascista del 1927, il cui art. 9 prevedeva che "l'intervento dello stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello stato", si è negato che nel nostro ordinamento sia presente un principio secondo il quale possano istituirsi imprese pubbliche soltanto laddove l'iniziativa economica privata non sia presente.

³⁷⁵ D. SORACE, *Note sui "servizi pubblici locali" dalla prospettiva della libertà di iniziativa economica e non dei privati*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, p. 1146 ss.; ID., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss., sostiene che sia principio generale del nostro diritto pubblico "che una iniziativa pubblica, anche se si risolve in una attività imprenditoriale, deve avere giustificazione in un interesse pubblico, giustificazione a prima vista difficile da scorgere se privati sono in grado di svolgere tale attività". G.C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010, ritiene che la riforma delle forme di gestione dei servizi pubblici locali del 2008, rendendo eccezionale la produzione interna, diano attuazione al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

³⁷⁶ V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit.; S. GIOVANNINI, *Sussidiarietà orizzontale e amministrazione condivisa*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2011, 1-2, p. 5 ss., rileva che la sussidiarietà orizzontale non possa applicarsi a forme di esternalizzazione dell'azione pubblica, per la mancanza del presupposto dato dalla "autonomia iniziativa".

Il governo, al momento dell'emanazione del d.l. n. 112 del 2008, sembrò aderire alle tesi che ritengono applicabile il principio di sussidiarietà orizzontale ai servizi pubblici locali di rilevanza economica. Infatti, come accennato (*supra*, par. 1.2), l'art. 23-*bis* prevedeva che un regolamento governativo avrebbe dovuto limitare, individuandoli espressamente, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità e accessibilità del servizio pubblico locale, e ciò secondo diversi criteri tra cui quello di sussidiarietà orizzontale (art. 23 *bis*, co. 10, lett. g).

In realtà, però, non pare ci si possa richiamare a questo principio, il cui significato non è al momento condiviso, per ritenere residuale l'intervento pubblico; anche nel caso in cui vi siano altre imprese private, dunque, come nel caso in cui il settore sia liberalizzato, o nel caso in cui per la gestione del servizio si debba essere selezionati con gara, è prospettabile l'intervento pubblico.

Peraltro, la letteratura economica³⁷⁷, da un lato riconosce che l'impresa privata, con un più efficiente utilizzo dei fattori, garantisca maggiore efficienza produttiva rispetto a quella pubblica, che presenta limiti nella definizione degli obiettivi, nel *commitment* delle autorità pubbliche, nelle relazioni principale-agente, negli incentivi dei manager a investire per perseguire gli obiettivi del principale, e in cui i meccanismi di *governance* per allineare gli obiettivi dei manager a quelli del principale sono meno efficaci rispetto a quelli dell'impresa privata; dall'altro lato si riconosce anche che i risultati del confronto Stato-mercato regolato riguardo al benessere della comunità non sono invece conclusivi: il confronto tra imprese pubbliche e private non dovrebbe riguardare solo la loro produttività e profittabilità, ma anche il *welfare* della comunità, qualità dei servizi e accessibilità da parte della popolazione, costo finale per il cittadino, perseguimento di obiettivi di lungo periodo.

Tale intervento, che si attua attraverso la costituzione o la partecipazione in società, rende necessario esaminare l'ulteriore problematica della autonomia privata degli enti pubblici.

Questa, secondo alcune letture³⁷⁸ sarebbe generale e illimitata per tutti gli enti pubblici che, per il fatto stesso di essere persone giuridiche, godono di una

³⁷⁷ Cfr. E. BARUCCI-F. PIEROBON, *Stato e mercato*, cit., p. 71.

³⁷⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 352: "la posizione di autonomia privata e la legittimazione negoziale delle amministrazioni pubbliche sono regolate dalle norme di diritto positivo relative alle persone giuridiche. Se si accede alla tesi prevalente, secondo cui le

generale capacità di diritto privato, con le sole deroghe per singoli enti pubblici o per singoli tipi di enti pubblici, stabilite positivamente.

Secondo altre³⁷⁹, invece, nel nostro ordinamento le persone giuridiche pubbliche avrebbero solo una capacità funzionale, cioè limitata dai loro scopi.

persone giuridiche private nel nostro diritto positivo hanno soggettività piena e legittimazione illimitata, per le persone giuridiche pubbliche valgono le stesse regole, non sussistendo norme che ad esse, per dette persone, derogano. Deroghe sussistono per singoli enti pubblici o per singoli tipi di enti pubblici, se e in quanto previste da norme espresse. Se esistono, esse peraltro non vanno spiegate in termini di limitazione di capacità o di capacità speciali, ma, come in diritto privato, in termini di legittimazioni negoziali limitate”.

V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, p. 21 ss., afferma, invece, che l'autonomia degli enti pubblici è limitata da valutazioni di carattere finalistico, data la finalizzazione complessiva dell'azione amministrativa al servizio della collettività alla quale appartengono le risorse che le organizzazioni pubbliche utilizzano nel loro agire, ma solo nel caso in cui si svolga “attività amministrativa di diritto privato”, non anche nel caso in cui si svolga “attività privata delle amministrazioni pubbliche”: in quest'ultimo ambito le amministrazioni, come soggetti di diritto comune, svolgono un tipo di attività che non è amministrazione in senso sostanziale, come cura necessaria di interessi della collettività: diversa è, in questi due casi, la posizione che sul piano costituzionale fa capo all'amministrazione, poiché quando utilizza gli strumenti di diritto privato come strumenti di amministrazione pubblica si trova comunque nella posizione di autorità pubblica che opera nell'interesse della collettività, negli altri casi l'amministrazione opera come soggetto dell'ordinamento cui, per il principio di uguaglianza, è da applicarsi il diritto comune; nel primo caso il riferimento costituzionale è l'art. 97, in questi ultimi il riferimento è l'art. 3 e gli artt. 41 e 42, laddove si tratti, rispettivamente, di attività di impresa o di mera gestione patrimoniale.

³⁷⁹ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit.; C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1937, p. 154 ss.; S. ROMANO, *Autonomia*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 22: l'autonomia degli enti pubblici “è, per definizione, una autonomia funzionale”, cioè pur sempre limitata al perseguimento degli scopi che le figure soggettive pubbliche devono perseguire *ex lege*; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, p. 139 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 111 ss.: l'amministrazione “è assoggettata al principio di legalità e come tale è incompatibile con una posizione di autonomia privata”; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, p. 232 ss., il quale in *L'ambito territoriale e i rapporti della società con i soci terzi*, in F. Trimarchi (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, cit., p. 178, afferma però che il vincolo di finalità per i Comuni, che sono enti a fini generali, è molto blando, e che l'autonomia degli enti locali non trova la sua fonte di legittimazione nella legge, ma trova nella legge il limite al proprio esercizio, dal che deriva che la legittimità degli atti dell'ente territoriale è da valutarsi sotto il profilo della compatibilità, non della rispondenza, al dettato normativo, individuando la lesione di leggi, non se l'atto sia previsto da leggi.

Questo secondo orientamento è seguito dal Consiglio di Stato in recenti pronunce, in cui si è affermato che “in presenza di una società pubblica il principio di legalità impone – come del resto in tutti i casi in cui l’amministrazione utilizza strumenti privatistici – che la stessa persegua anche l’interesse pubblico che è quello poi che giustifica la decisione di partecipare o costituire una società”, e che l’art. 3 della l. n. 244 del 2007 ha posto un limite all’impiego dello strumento societario “non tanto per assicurare, come, invero, dichiarato nella parte iniziale della disposizione stessa, la tutela della concorrenza – che di per sé lo strumento dell’impresa pubblica non potrebbe pregiudicare – quanto per garantire, in coerenza con l’esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell’interesse pubblico”³⁸⁰.

La costituzione e il mantenimento di società o di partecipazioni in società di erogazione di servizi pubblici locali, risponde a questi requisiti.

Da un lato, infatti, sono riconducibili agli scopi istituzionali degli enti, svolgendo un’attività che, seppur economica, è di servizio pubblico; dall’altro lato è lo stesso

Quanto al limite funzionale applicato specificamente all’attività di impresa, F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione. Cit.*, p. 314 ss. e 378 ss.; A.M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., p. 601, afferma che limite costituzionale all’iniziativa economica pubblica è il rispetto del principio di legalità, della riserva di legge, che si ricava dall’art. 97 Cost.: questo, disponendo che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, “comporta che nessuna pubblica amministrazione può essere istituita se non per legge o in base a una legge e può dedicarsi ad attività non rientranti nei fini istituzionali, eccedendo perciò dai compiti attribuitigli direttamente dalla legge che la regola o da altre disposizioni emanate in attuazione di tale legge. È questa la ragione per cui un Comune non può legittimamente mettersi a fabbricare o vendere giocattoli (...)”.

Quanto alle conseguenze sull’attività *ultra vires*, per parte della dottrina (tra tutti, A.M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit.) questa sarebbe l’invalidità dei negozi posti in essere, da considerare nulli per esorbitanza dell’ente dai limiti segnati dalla legge alla sua capacità giuridica o per la trasgressione di norme preclusive aventi carattere imperativo (art. 1418 c.c.); la giurisprudenza è in senso contrario, affermando al validità da punto di vista civilistico di atti posti in essere dalle persone giuridiche pubbliche e private anche al di fuori del proprio scopo (cfr. Cass. SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 10, 2139, che afferma che “nel nostro ordinamento non vige il sistema del *nec ultra vires* (che caratterizza invece l’attività delle persone giuridiche di diritto pubblico nel sistema anglosassone) e, pertanto, sia le persone giuridiche pubbliche che private hanno la medesima capacità giuridica, per cui la p.a. può porre in essere contratti di diritto privato in assenza di specifici divieti”).

³⁸⁰ Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2012, n. 1574, in www.dirittodeiservizipubblici.it, che richiama la sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 10 del 2011, che si è sopra analizzata (par. 1.4).

legislatore che esplicita questa possibilità, autorizzandola nell'art. 3 della l. n. 244 del 2007.

L'attuale ordinamento, quindi, consente la presenza di diverse tipologie societarie a partecipazione pubblica per l'erogazione di servizi pubblici: per quelli gestiti in esclusiva le società considerate nei paragrafi che precedono, ma anche le società di nuova costituzione che concorrano a procedure competitive ad evidenza pubblica per il conferimento del servizio; per i servizi liberalizzati, è consentito non solo il mantenimento, ma anche la costituzione o assunzione di partecipazioni *ex novo* in società che lo erogano, in concorrenza con altri operatori privati.

4.5. Par condicio e conflitti di interesse nelle procedure ad evidenza pubblica cui concorrano società a partecipazione pubblica.

Nel diritto europeo, la necessità di tutelare la concorrenza nelle pubbliche gare cui partecipino società a capitale pubblico si articola in due esigenze. La prima è quella di garantire la partecipazione alle gare di tutti i soggetti: a questa corrisponde il principio di neutralità e parità di trattamento tra imprese pubbliche e private (v. *supra*, parr. 1.1 e 3.3). La Corte di Giustizia ha precisato che il principio di parità di trattamento non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammetta a partecipare ad una procedura di aggiudicazione organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni³⁸¹, o che sono da essa partecipati³⁸².

La seconda esigenza è quella di garantire che la concorrenza non sia falsata a causa della partecipazione alla gara di soggetti che rientrano nella categoria degli organismi di diritto pubblico. Questa è espressa nel quarto considerando della direttiva 2004/18/CE, secondo cui “gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati”.

La giurisprudenza nazionale ha negato l'ammissibilità della partecipazione a gare di società a capitale pubblico, talvolta anche prescindendo dalla presenza dei

³⁸¹ *Ex multis*, Corte giust., sez. VI, 7 dicembre 2000, C-94/99, in *Urb. e app.*, 2001, 46.

³⁸² Corte Giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 453.

caratteri dell'organismo di diritto pubblico, valutando distorsiva della concorrenza la titolarità di "privilegi".

Questi sono stati individuati dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nelle "asimmetrie informative di notevoli dimensioni (...) in grado di eludere sostanzialmente il rischio di impresa"³⁸³.

La giurisprudenza amministrativa, invece, li ha per lo più individuati nell'avere in partenza un mercato protetto, derivante da affidamenti diretti³⁸⁴. Soprattutto in una pronuncia del Consiglio di giustizia amministrativa della regione Sicilia, in un passo che di seguito si riporta, è stato affermato³⁸⁵ che tali affidamenti diretti fanno sì che l'impresa usufruisca, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, "vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi": "il privilegio economico non necessariamente si concretizza, brutalmente, nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese. Anche in questo senso, il privilegio non necessariamente si realizza in modo semplicistico introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche, ed in maniera più sofisticata, garantendo all'impresa una partecipazione sicura al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali, in sintesi: un minimo garantito. Non è necessario che ciò determini profitto, purché l'impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale. In una tale situazione, è fin troppo evidente che ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto

³⁸³ Deliberazione 9 maggio 2007, n. 135, in www.autoritalavoripubblici.it.

³⁸⁴ T.A.R. Roma, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, in *Giur. it.*, 2007, 12, 2880; T.A.R. Brescia, sez. II, 27 maggio 2010, n. 2164, in www.dirittodeiservizipubblici.it, in cui si afferma che vi può essere distorsione della concorrenza se la quota di mercato detenuta non è stata "il frutto di una sana conquista, ottenuta all'esito di una competizione paritaria con gli altri operatori economici", ma è stata acquisita "in maniera anomala, senza sottoporsi al meccanismo selettivo capace di individuare l'offerta oggettivamente migliore"; nei medesimi termini T.A.R. Brescia, sez. I, 26 novembre 2008, n. 1689, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³⁸⁵ Cons. Giust. Amm. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, in www.giustizia-amministrativa.it; così anche Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, cit.

maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali. Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la *par condicio* delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorto di una semplice elusione del sistema delle gare. Potenzialmente ciò induce ed incoraggia il capitalismo di Stato e conduce alla espulsione delle imprese private marginali”.

Alla necessità di evitare conflitti di interesse e di tutelare la *par condicio* tra i concorrenti nelle procedure competitive ad evidenza pubblica per il conferimento della gestione di servizi pubblici locali, il legislatore ha risposto con disposizioni volte a evitare elementi potenzialmente distortivi della concorrenza, conseguenti alla sostanziale coincidenza tra soggetti affidanti e affidatari, nel caso in cui questi ultimi siano società partecipate dai primi. Tali disposizioni ammettono, dunque, la partecipazione a gare di società a capitale pubblico, anche se affidatarie dirette, e così superano le anzidette posizioni giurisprudenziali.

In particolare, nei commi 22-26 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, sono state individuate, per garantirne l'imparzialità, cause di incompatibilità dei membri della commissione, di cui al medesimo art. 4, co. 11, lett. e, nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia, deputata alla valutazione delle offerte. Essi non devono aver svolto né svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativo alla gestione del servizio di cui si tratta; coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale; sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi; è prevista, poi, l'applicazione, ai componenti delle commissioni di gara, delle cause di astensione previste dall'art. 51 del codice di procedura civile; infine, nell'ipotesi in cui alla gara concorra una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso.

Nel caso in cui sia gestore del servizio una società partecipata dall'ente affidante, sorge poi la problematica di garantire il controllo sulla gestione, il cui presupposto è la scissione tra compiti di gestione e funzioni di controllo³⁸⁶.

A questa esigenza rispondono le disposizioni contenute nei commi 19-21 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, che stabiliscono le incompatibilità per i gestori: gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti; il divieto si applica anche nel caso in cui tali funzioni siano state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali, e opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale; alle società quotate nei mercati regolamentati, invece, si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti; inoltre, non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società, la carica di amministratore (cioè sindaco, anche metropolitano, presidente di provincia, consigliere comunale anche metropolitano e provinciale, componente di giunta comunale, metropolitana e provinciale, presidente di consiglio comunale, metropolitano e provinciale, presidente, consigliere e assessore di comunità montana, componente degli organi delle unioni di Comuni e dei consorzi fra enti locali, nonché componente degli organi di decentramento).

Inoltre, la nuova disciplina contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, prevede, al comma 18, che in caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a società *in house*, e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono

³⁸⁶ Già agli inizi del Novecento si osservava che sarebbe stato conveniente stabilire per i servizi municipalizzati un'amministrazione a parte, distinta da quella comunale, per avere i vantaggi di "una proficua autonomia", affidando la direzione dell'impresa a "elementi liberi e competenti" (G. RICCA SALERNO, op. cit., p. 782).

sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione economico-finanziaria³⁸⁷ di cui agli artt. 234 e seguenti del d.lgs. n. 267 del 2000, ferme restando le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del decreto.

4.6. La questione della natura delle società a partecipazione pubblica e del relativo regime, e la distinzione tra società “di mercato”, svolgenti attività di impresa, e società “semi-amministrazioni”, svolgenti attività amministrativa in forma privatistica.

Il legislatore ha dettato disposizioni di stampo pubblicistico³⁸⁸ per le società erogatrici di servizi pubblici locali, disposizioni speciali e derogatorie rispetto al diritto del codice civile.

In primo luogo, quanto all'applicabilità della disciplina dei pubblici appalti, il comma 6 dell'art. 3-*bis*, del d.l. n. 138 del 2011, ha disposto che “le società affidatarie *in house* sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni; il comma 15 dell'art. 4, d.l. n. 138 del 2011, che “le società cosiddette «in house» e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni”. Il comma 16, invece, ha specificato una delle condizioni di applicabilità dell'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Questo stabilisce che le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico e hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato

³⁸⁷ Si tratta di un organo titolare della funzione di vigilanza sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione delle risorse economiche dell'ente locale, composto da tre membri (uno solo nei Comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti, nelle unioni dei Comuni e nelle Comunità montane), eletti per tre anni dai consigli degli enti locali, e scelti uno tra gli iscritti al registro dei revisori contabili, uno tra gli iscritti nell'albo dei dottori commercialisti, e uno tra gli iscritti nell'albo dei ragionieri.

³⁸⁸ A.M. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, in *Istituzioni del federalismo / Quaderni*, 2, 2011, p. 69 ss.

in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società eroganti servizi pubblici locali (e quindi, il disposto trova applicazione solo nei casi di gestione in esclusiva del servizio), non siano tenute ad applicare la normativa sui pubblici appalti per la realizzazione dell'opera pubblica o la gestione del servizio per le quali sono state specificamente costituite, se la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica, il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita, e la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo. Il comma 16 ha specificato, per le società eroganti servizi pubblici locali, la prima condizione, stabilendo che questo articolo si applica se la scelta del socio privato è avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

In secondo luogo, quanto al reclutamento del personale e al conferimento degli incarichi, l'art. 18, co. 2-*bis*, del d.l. n. 112 del 2008 ha esteso l'ambito applicativo delle disposizioni che stabiliscono a carico delle amministrazioni divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche "alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione (individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell' art. 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311)". Le predette società – prosegue la norma - adeguano inoltre 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.

Il comma 6 dell'art. 3-*bis*, del d.l. n. 138 del 2011, ha disposto poi che le società affidatarie *in house* "adottano, con propri provvedimenti, 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 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e

delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori”.

Il comma 17 dell’art. 4, del d.l. n. 138 del 2011, invece, che non si applica alle società quotate, ha previsto che “fermo restando quanto previsto dall’articolo 18, comma 2-*bis*, primo e secondo periodo, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, 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 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”. Questi consistono nella “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; nella “adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire”; nel “rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori”; nel “decentramento delle procedure di reclutamento”; nella “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 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”.

Infine, previsioni derogatorie sono quelle, che si sono esaminate, che pongono limiti all’operatività delle società.

Questo essendo l’attuale assetto normativo, è da rilevare che la giurisprudenza³⁸⁹ in passato ha talvolta superato il dato positivo, estendendo l’applicazione della disciplina pubblicistica in forza di una pretesa natura pubblica delle società in questione, riconosciuta in base agli indici di pubblicità degli enti³⁹⁰: se ne è, così,

³⁸⁹ La prima pronuncia amministrativa è quella che affermò la natura di ente pubblico dell’Agip: Cons. Stato, sez. IV, 19 gennaio 1938, in *Giur. it.*, 1938, III, 109, contraddetta poi da Corte Cass, SS.UU, 7 marzo 1940, n. 1337, in *Foro it.*, 1941, I, 199, giudice che però aveva qualificato come ente pubblico la Banca d’Italia.

³⁹⁰ Individuati in dottrina da G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 54 ss.; L.R. LEVI, *La persona giuridica pubblica (concetto ed elementi distintivi)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 591 ss.; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I,

osservata la struttura e il funzionamento, cioè la costituzione, i poteri speciali attribuiti ad alcuni azionisti, il controllo pubblico e il tipo di attività svolta³⁹¹, affermandosi che “devono considerarsi pubbliche anche le società che svolgono attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenute a operare come pubbliche amministrazioni (...) nella considerazione dell’evoluzione della nozione di pubblica amministrazione attualmente riferita (...) non al regime giuridico formale cui gli enti sottostanno quanto piuttosto ai dati sostanziali che ne caratterizzano la struttura, l’attività e la funzione”³⁹². Così, si sono definite le società miste come modulo organizzativo dell’ente locale a preminente connotazione pubblicistica³⁹³: in realtà, secondo queste letture, ci si servirebbe della struttura organizzativa della società, che rimane tale solo formalmente, mancando la sostanza e quindi la natura dell’istituto.

Milano, 1950, p. 150 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1957, p. 103 ss.; Id. *Enti pubblici ed enti privati d’interesse pubblico*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, p. 518, in cui però osservava che “l’operatore giuridico non deve preoccuparsi eccessivamente se, superando vecchie mentalità, deve classificare come privato un ente che presenti elementi di pubblicità. Gli è che non sono sufficienti uno o più di siffatti elementi a far considerare un ente come pubblico. In presenza di una disciplina e di un regime particolari fissati dall’ordinamento, la posizione giuridica dell’ente certamente non mancherà di godere di una sua tipica configurazione. Peraltro non è possibile, in assenza di indizi sicuri e decisivi, configurarlo come pubblico, vale a dire come soggetto differente da quelli comuni, in quanto appartenente all’organizzazione dello Stato, e pertanto ammesso a fruire di un regime speciale. Ciò risponde al noto principio, in virtù del quale, in mancanza di una chiara volontà legislativa, nel campo del diritto va applicata la disciplina comune e non quella speciale”.

³⁹¹ Cons. Stato, sez. II, 28 febbraio 1996, n. 366, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1428; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2000, n. 4082, in *www.giustamm.it*; Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885, in *Foro it.*, 2001, III, 71; Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Foro it.*, 2002, III, 554; Cons. Stato, 25 giugno 2002, n. 3448, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1355; Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2004, n. 315, in *www.giustamm.it*: si afferma che è necessario procedere a un’adeguata istruttoria, volta a considerare assetto e funzionamento interno della società, al fine di stabilire se ci si trovi davanti a un caso di privatizzazione solo formale dell’esercizio di funzioni, tale da sottrarre la società “a un inquadramento nella sfera del diritto privato e configurare una *longa manus* dell’amministrazione”; Cons. St, sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 308, in *Riv. Corte Conti*, 2006, 1, 246.

³⁹² Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5830, in *Riv. amm. app.*, 2005, 4, 342.

³⁹³ In questo senso Cons. Stato, ad. gen., 16 maggio 1996, n. 90, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1640.

Questa ricostruzione si è avvalsa del principio della neutralità della forma societaria rispetto al conseguimento dello scopo pubblicistico; scopo di per sé non in contrasto con il fine societario lucrativo previsto dall'art. 2247 del codice civile.³⁹⁴

Dall'attribuzione della natura pubblica alle società a partecipazione pubblica, poi, è conseguita l'estensione della disciplina dettata per gli enti pubblici³⁹⁵.

In dottrina, allo stesso modo, taluni hanno ritenuto³⁹⁶ che la forma societaria data dal legislatore a un soggetto non sia vincolante; ciò, in base talvolta a un giudizio di derogatorietà delle norme di diritto singolare rispetto alle norme di diritto societario comune³⁹⁷; si è poi elaborata la nozione di ente pubblico in forma societaria³⁹⁸.

³⁹⁴ Tra tante, Cons. St, sez. VI, 14 dicembre 2001, n. 1303, in *www.giustamm.it*; Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Foro it.*, 2002, III, 554: "ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto la forma societaria è neutra; le società di capitali possono essere un'articolazione organizzativa dell'ente".

³⁹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2002, n. 2724, in *www.giustamm.it*; Cons. Stato, Ad. Plen., 23 luglio 2004, n. 9, in *www.giustamm.it*; Corte dei Conti, sez. giur. Lombardia, delib. n. 114 del 2006, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

La nozione di "ente pubblico sostanziale", dunque, deriverebbe principalmente dall'impostazione sostanzialista della Corte di giustizia europea (C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, cit., p. 93 ss.)

³⁹⁶ La tesi della non vincolatività della qualificazione data dal legislatore è seguita da A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, Milano, 1942, ma in una prospettiva diversa, poiché l'Autore affermò che anche gli enti qualificati dal legislatore come pubblici potessero avere natura privatistica, essendo in realtà da qualificare come società commerciali, se il lucro – distribuito ai soci - era fine insieme al fine pubblico.

³⁹⁷ F. CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, 1947; G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, in *Foro it.*, 1941, I, p. 199 ss.; F. GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 282 ss.; F.A. ROVERSI MONACO, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1973, p. 801: "soltanto una serie di deviazioni dallo schema societario privatistico che siano tali da concretare una disciplina in senso pubblicistico sostanzialmente difforme da quella dettata dal codice civile permetterebbe di affermare la natura pubblica di una società per azioni, ma questo è un problema di diritto positivo".

³⁹⁸ M.S. GIANNINI, *Persone giuridiche pubbliche e private*, in *Stato e diritto*, 1940, p. 128 ss.; G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, in *Foro it.*, 1941 I, p. 199 ss.; A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche*, cit.; G. ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, Milano, 1953, p. 97 ss.; G. MIELE, *Attualità e aspetti della distinzione tra persone giuridiche pubbliche e private*, in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1960; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977; M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Cons. Stato*, 1977, p. 797 ss.; G. VISENTINI,

Altra parte della dottrina³⁹⁹, invece, ha sostenuto la natura in ogni caso privata, anche se speciale, della società, ritenendo che la qualificazione come società per azioni costituisca un rinvio al corpo normativo dettato per le società dal codice civile.

In questo senso si è affermato⁴⁰⁰ che “il rapporto che si instaura tra ente politico e la società si configura come rapporto di servizio nel senso che questa deve fornire al primo, e per questo agli utenti, le utilità che il servizio comporta, conformemente alla qualità e nella misura dall’ente richieste”, ma questo rapporto non deve necessariamente avere carattere pubblico, né deve intercorrere necessariamente con soggetti pubblici (in tal senso viene paragonato al rapporto di impiego): la natura privata della società risponde anche alle esigenze del legislatore che ha voluto una struttura più agile rispetto agli enti pubblici; si tratta di un ente soggetto al mercato, infatti è possibile il suo fallimento; e “pur essendo l’attività della società connessa con il soddisfacimento di fini pubblici, l’interesse pubblico relativo rimane all’esterno della società, pertinendo esso all’ente pubblico titolare del servizio”.

Su questa posizione si è collocata la Corte di cassazione⁴⁰¹, che ha prevalentemente sostenuto la natura privata delle società a partecipazione pubblica.

Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale, Milano, 1979; G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, p. 226 ss.

³⁹⁹ S. CASSESE, *Azionariato di Stato*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959; Id, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, Milano, 1962: l’Autore ha sostenuto l’irrelevanza giuridica della qualificazione come ente pubblico perché questo *nomen* non era in grado di evocare una disciplina unitaria di genere, prevista solo in norme di specie riferite solo ad alcuni enti pubblici; V. OTTAVIANO, *Sull’impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 1013 ss.; G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche “privatizzate”*, in *Riv. delle società*, 1994, 4, p. 740 ss.; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

⁴⁰⁰ V. OTTAVIANO, *Relazione introduttiva*, in F. Trimarchi (a cura di) *Le società miste per i servizi locali*, *Atti del convegno, Messina, 22-23 Novembre 1996*, cit.

⁴⁰¹ Tra tante, Corte Cass. SS.UU., 6 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. amm.*, 1995, 1052, secondo cui le società per azioni costituite dai Comuni e dalle Province a norma dell’art. 22, co. 3, della l. n. 142 del 1990, per la gestione di pubblici servizi, previa costruzione od acquisizione delle opere ed infrastrutture necessarie, operano come persone giuridiche private, nell’esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l’ente pubblico, nei confronti del quale hanno assunto l’obbligo di gestire il servizio; atteso che, da un lato, il rapporto tra l’ente territoriale e la società non è riconducibile né alla figura della concessione di pubblico servizio, né all’ipotesi di concessione per la costruzione di opere pubbliche e che, dall’altro, non è consentito all’ente pubblico locale di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull’attività della società mediante l’esercizio di poteri autoritativi e discrezionali.

In questo senso, dopo un percorso giurisprudenziale in cui si era affermata la giurisdizione contabile⁴⁰² sui danni arrecati da amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, si è ritenuto dirimente, per escluderla, la natura giuridica privatistica del soggetto danneggiato e del suo patrimonio, e il rilievo che “le disposizioni del codice civile sulle società per azioni a partecipazione pubblica non valgono a configurare uno statuto speciale per dette società e che (alla luce anche di quanto indicato nella relazione al codice) la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta”⁴⁰³.

Corte Cass. SS.UU., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, I, 2726, sentenza di regolamento di giurisdizione, afferma che la partecipazione pubblica a una società (sia che si presenti come tale al momento della sua costituzione, sia che diventi tale per l’acquisto successivo di quote), qualsiasi ne sia la misura, non muta la qualificazione privatistica; attengono quindi alla giurisdizione del giudice ordinario le delibere comunali che riguardano i comportamenti da tenere in assemblea.

⁴⁰² A partire da Corte Cass. SS.UU., 22 dicembre 2003, n. 19667, in *Giur. it.*, 2004, 1830. La sottoposizione al controllo della Corte dei Conti, riguarda, invece, più che la natura della società, la provenienza delle risorse.

⁴⁰³ Il nuovo orientamento è stato inaugurato con la sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Riv. Corte Conti*, 2009, 6, 218, secondo cui spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all’azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti (nella specie, consistenti nell’aver accettato indebite dazioni di denaro al fine di favorire determinate imprese nell’aggiudicazione e nella successiva gestione di appalti), non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all’autonoma personalità giuridica della società, 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 ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Sussiste invece la giurisdizione di quest’ultima quando l’azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell’ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell’ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l’impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio (in questo senso, SS.UU. 7 luglio 2011, n. 14957; SS.UU. 12 ottobre 2011, n. 20940; SS.UU. 5 luglio 2011, n. 14655, in www.dirittodeiservizipubblici.it).

In ultimo, Corte Cass. SS.UU., 9 marzo 2012, n. 3962, in www.dirittodeiservizipubblici.it, afferma che la natura di organismo di diritto pubblico non è di ostacolo alla giurisdizione del giudice ordinario per danni inferti direttamente al patrimonio della società per azioni, perché si tratta di istituti che operano su piani differenti e quindi rispondono a diversi principi normativi ed a diverse finalità: il primo attiene alla disciplina di derivazione comunitaria in materia di procedure di aggiudicazione ad evidenza pubblica di appalti e quindi di scelta da parte della società del contraente privato, mentre la seconda alla responsabilità amministrativa-risarcitoria

Recentemente, invece, si è dato rilievo al dato fenomenico della varietà tipologica della società a partecipazione pubblica⁴⁰⁴, soprattutto in relazione al tipo di attività svolta.

Così, si sono ripresi temi oggetto in passato di riflessioni che avevano posto in luce che l'impresa pubblica era stata legislativamente sottoposta alla medesima disciplina di quella privata⁴⁰⁵, e che quindi dal riconoscimento della qualifica di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 del codice civile, facevano conseguire la necessità del rispetto del requisito di economicità. Nel recente dibattito, infatti, si distingue tra società pubbliche che sono semi-amministrazioni⁴⁰⁶ e società pubbliche che sono imprese, e che dovrebbero essere sottoposte alla disciplina societaria civilistica.

Questa distinzione si muove come auspicio di un riordino della disciplina delle società pubbliche da parte dello stesso legislatore, non come superamento del dato positivo⁴⁰⁷.

dell'amministratore o del dipendente nei confronti della società (nello stesso senso, Corte Cass. SS.UU., 5 luglio 2011, n. 14655, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 12, 2596).

⁴⁰⁴ G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.*, 2006, p. 1000; 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*, cit., p. 1 ss.; C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società "pubbliche"*, cit., p. 1 ss.

⁴⁰⁵ M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 227; V. OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1962, p. 267 ss.; Id., voce *Impresa pubblica*, in *Enc. dir.*; F.A. ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, in F. GALGANO (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, La costituzione economica* (introduzione al Trattato), cit.; V. OTTAVIANO, *Enti pubblici economici e natura della loro organizzazione per l'esercizio dell'impresa*, in *Cons. Stato*, 1990, II, p. 1541 ss.; M. CARABBA, voce *Impresa pubblica*, in *Dig. Disc. Pubbl*, 1993, p. 178.

⁴⁰⁶ Sulla funzionalità dell'applicazione di un regime non privatistico, e quindi sulla non incidenza di esso sulla natura giuridica del soggetto: G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 827; G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche, Quaderni della rivista Serv. pubbl. e app.*, n. 1, 2004, p. 91 ss.; M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, supplemento al fasc. 4, p. 67.

⁴⁰⁷ Anche in passato si è rilevata, peraltro, la difficoltà di dare dignità sistematica a "una realtà normativa fatta di disposizioni emanate caso per caso, per tappare buchi o soddisfare esigenze

Ma si può leggere anche come necessità, anche per esigenze di certezza, di ritenere vincolante il dato positivo, costituito dal fatto che il legislatore ha dettato nel codice civile il regime giuridico delle società per azioni, il cui statuto è unico e non può essere derogato che dalla legge stessa.

Il “superamento” della forma privatistica per applicare la disciplina pubblicistica avviene per dare applicazione a un ordinamento sovrastatale, quello europeo, con la figura dell’organismo di diritto pubblico, ma in questo caso si tratta comunque di un “superamento” che trova base nell’ordinamento positivo, cioè nelle direttive e nella disciplina dettata per il loro recepimento, ed è funzionale all’applicazione di questa disciplina⁴⁰⁸.

Alla luce di questa considerazione, e ritenendo vincolante l’etichetta di società data dal legislatore alle società miste, ma anche a quelle *in house*, deve leggersi la distinzione effettuata dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 326 del 2008 e n. 439 del 2008, tra società che svolgono attività amministrativa in forma privatistica e società che svolgono attività di impresa.

Questa distinzione non mira ad applicare alle società che svolgono attività amministrativa in forma privatistica una disciplina pubblicistica che, in forza di interpretazioni sostanzialiste, superi il dato normativo; queste, solo descrittivamente possono essere definite rette da disciplina di diritto speciale di tipo pubblicistico.

La distinzione operata dalla Corte mira invece a delimitare l’ambito applicativo delle disposizioni pubblicistiche poste a tutela della concorrenza: è quindi nozione funzionale all’applicazione delle regole sulla concorrenza, e in particolare dei limiti operativi, implicitamente ribadendo (*a contrario*) la piena applicabilità del regime di diritto comune per le società che svolgano attività di impresa, laddove non espressamente derogato dal legislatore.

Non risultano, infatti, sottoposte ad alcuna limitazione operativa le società locali destinate a partecipare alle gare per l’affidamento di servizi pubblici locali o a erogare il servizio nel mercato liberalizzato; esse sono prive della posizione di

contingenti”, tale che l’inquadramento sistematico sarebbe solo “un esercizio costruzionistico, il tentativo di concettualizzare una normativa atomistica”, di effettuare una “razionalizzazione dell’esistente”, non esente da pericoli, poiché muovendo dai concetti, e non dalle norme, si può arrivare ad affermare precetti che nella realtà normativa non esistono (così, criticando le letture secondo le quali il diritto speciale delle società privatizzate era giustificabile solo come diritto transitorio, valevole sino alla privatizzazione sostanziale, G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche “privatizzate”*, cit.).

⁴⁰⁸ G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”?*, cit., p. 801 ss.

contiguità con l'ente pubblico data dall'affidamento diretto, individuata dal legislatore come potenzialmente distorsiva della concorrenza⁴⁰⁹.

Se quanto detto è vero, le società che secondo la Corte non sono soggetti imprenditori non possono intendersi escluse dal fallimento, in assenza di una previsione positiva che ciò disponga; anche perché, essendo società, sorgono le esigenze di tutela dell'affidamento dei terzi tipiche della disciplina societaria.

L'art. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 prevede, così come l'art. 2221 del codice civile, che "sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici"; tali ultimi sono soggetti, laddove previsto da legge (art. 2), alla liquidazione coatta amministrativa, procedura speciale (artt. 194 ss.) che ha natura amministrativa e non giurisdizionale, e in cui prevale sulle esigenze di soddisfazione dei diritti dei creditori il soddisfacimento del pubblico interesse.

Quanto alla possibilità di ritenere escluse dal fallimento le società a partecipazione pubblica, in dottrina di sono prospettate diverse tesi.

Per coloro che seguono la teorica dell'ente pubblico in forma societaria, ravvisati gli indici di pubblicità nella società, questa sarebbe ente pubblico e in quanto tale esclusa dal fallimento; in senso contrario, per coloro che sostengono la natura privatistica data dalla forma societaria esse sono sempre fallibili⁴¹⁰.

Anche in giurisprudenza vi sono diversi filoni interpretativi.

In talune occasioni si è affermata l'esclusione delle società a capitale pubblico dalla fallibilità, perché ritenute enti pubblici: ciò, in virtù della qualificazione

⁴⁰⁹ Vietare l'attività extraterritoriale alle società pubbliche-imprese, prive di situazioni di contiguità con l'ente locale, contrasterebbe da una parte con il diritto comunitario, poiché limiterebbe la libertà d'impresa e quindi le libertà di circolazione più di quanto necessario, proporzionale e indispensabile per tutelare la concorrenza stessa; dall'altra parte, contrasterebbe con la tutela costituzionale della libera iniziativa economica, non potendo ricomprendersi nell'utilità sociale o nei fini sociali che possono essere le uniche ragioni per una sua limitazione (A. PERICU, op. cit, p. 547 e ss.).

⁴¹⁰ R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1955, 138; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1986, p. 5; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il fallimento. Il presupposto soggettivo*, in G. Ragusa Maggiore e C. Costa (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento. Trattato*, I, Torino, 1997, p. 217; A. CHIOZZI, *I presupposti del fallimento, la qualità dell'imprenditore commerciale*, in L. Panzani (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2000, I, p. 58; F. APRILE, *Art. 1*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare, commentario*, Padova, 2007, p. 9; U. APICE-S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare. Normativa ed adempimenti*, Torino, 2008, p. 25.

come soggetto pubblico in presenza di determinati indici sintomatici⁴¹¹; in virtù del fatto che la società eroghi servizi pubblici essenziali⁴¹², poiché “ha natura di ente pubblico quella società di capitali in cui vi sia stato il trasferimento dell’esercizio di una pubblica funzione - di modo che la medesima va a rivestire la qualifica di organo indiretto della p.a.”.

Nello stesso senso, è stata ritenuta la fallibilità di tali società in assenza di questi elementi di pubblicità: laddove cioè queste svolgono attività imprenditoriale, non di servizio pubblico, rivolta anche ad altri soggetti diversi dai soci⁴¹³; quando queste possano essere comunque inquadrare nella sfera del diritto privato per il tipo di disciplina statutaria e per le modalità con le quali operano⁴¹⁴; assumendo rilievo la circostanza che il funzionamento della società non sia condizionato dai poteri pubblicistici dell’ente pubblico che la controlla, bensì da quelli privatistici esercitati dagli organi statuari secondo le regole del diritto societario⁴¹⁵.

Altri orientamenti, invece, affermano la fallibilità di ogni tipologia di società a partecipazione pubblica: questo perché, si afferma, “il rilievo pubblico di alcune società di diritto privato permette l’applicazione di determinati istituti di natura pubblicistica, in presenza di specifiche disposizioni di legge, ma non consente di qualificare l’ente come pubblico e di sottrarlo alla ordinaria disciplina codicistica. Ne consegue che se, in ambito concorsuale, manca una specifica disciplina che preveda l’applicabilità alle società in mano pubblica dell’esonero dal fallimento propria degli enti pubblici, le stesse rimangono assoggettate a tale procedura, al pari delle altre società di diritto privato”⁴¹⁶.

Un’altra prospettazione è possibile, anche alla luce della qualificazione che si è proposta dalla Corte Costituzionale delle società *in house* come soggetti che non svolgono attività di impresa. Questa trova base sul fatto che la qualifica di

⁴¹¹ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 713: nella fattispecie, gli indici della natura sostanzialmente pubblica della società sono stati ravvisati nelle limitazioni statutarie all’autonomia degli organi societari, nell’esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale, nell’ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo Stato e nell’erogazione da parte dello Stato di risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi previsti per la raccolta differenziata.

⁴¹² Trib. Catania, decreto 26 marzo 2010; Trib. Patti, 6 marzo 2009, in *www.ilcaso.it*.

⁴¹³ App. Torino, decreto 15 febbraio 2010, in *www.ilcaso.it*.

⁴¹⁴ Trib. Velletri, 8 marzo 2010, in *Riv. dottori comm.*, 2010, 2, 413.

⁴¹⁵ Trib. Nola, 17 giugno 2010, in *www.ilcaso.it*.

⁴¹⁶ App. Napoli, decreto 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 6, 690; App. Torino, decreto 15 febbraio 2010, in *www.ilcaso.it*.

imprenditore è condizione di applicabilità delle procedure concorsuali, sicché le società *in house* non dovrebbero essere assoggettate alle procedure di fallimento non in quanto enti pubblici ma perché non costituiscono impresa⁴¹⁷.

Da questo punto di vista, però, è da sottolineare che nella sentenza della Corte Costituzionale la qualificazione di determinate società come società che svolgono attività amministrativa in forma privatistica e non attività di impresa è funzionale, e circoscritta, all'esigenza di tutelare la concorrenza; dunque, ponendosi su un piano completamente diverso da quello in esame, non sarebbe valida argomentazione. Inoltre, seguendo questa impostazione, si creerebbe un pericoloso vuoto di tutela per i creditori della società e una grave alterazione del mercato, perché tali società sarebbero le uniche società non sottoposte ad alcun tipo di procedura concorsuale, neanche la liquidazione coatta amministrativa⁴¹⁸.

4.7. Il vincolo funzionale.

Il tema del vincolo funzionale per le società locali è stato affrontato *supra*, nei parr. 1.4 e 4.4, con riferimento alla costituzione o al mantenimento di società da parte dell'ente pubblico; nel par. 4.1.2, invece, si è in parte anticipato l'oggetto del presente paragrafo, cioè il vincolo funzionale applicato all'attività della società a capitale pubblico.

Questo è sorto nella giurisprudenza che si è occupata della questione dell'ammissibilità dell'attività extraterritoriale di tali società.

Il territorio dell'ente territoriale minore è stato qualificato come suo elemento costitutivo⁴¹⁹, o presupposto necessario⁴²⁰, analogamente al territorio dello Stato.

⁴¹⁷ G. TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, 2011, che sostiene però la mancanza di imprenditorialità perché la disciplina comunitaria e nazionale impongono che la società sia eterodiretta, priva di autonomia imprenditoriale.

⁴¹⁸ S. SCARAFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, cit., p. 322.

⁴¹⁹ S. ROMANO, *Il Comune*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., vol. II, pt. 1, pp. 631-635.

Esso definisce la competenza dell'ente⁴²¹, che può svolgere la propria attività unilaterale di natura pubblicistica⁴²² entro e non oltre i confini assegnati alla sua circoscrizione. Da un lato, quindi, il territorio è limite per le attività di tipo autoritativo, e con riferimento a queste si pone come vero e proprio "limite territoriale" nel senso che non sono possibili o sono anomale⁴²³ attività svolte fuori di esso (limite territoriale in senso stretto).

Dall'altro lato, tale elemento si lega al carattere della rappresentatività dell'ente territoriale minore, che deve curare gli interessi generali dei membri, ciò che viene espresso anche nell'art. 3 del d.lgs. n. 267 del 2000, che definisce il Comune, così come la Provincia, come "l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove [e ne coordina, nel caso della Provincia] lo sviluppo".

⁴²⁰ U. FORTI, *La funzione giuridica del territorio comunale*, in *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino, 1906, p. 71.

⁴²¹ T. PERASSI, *Paese, territorio e Signoria nella dottrina dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, p. 46 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Osservazioni intorno a taluni aspetti del territorio comunale*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957, p. 294.

⁴²² G. MIELE, *I poteri degli enti autarchici fuori del loro territorio*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, pp. 9-10: non si ha, infatti, extraterritorialità né nel caso in cui un Comune abbia in base a una convenzione o alla legge potestà di pretendere qualcosa da un altro Comune, poiché si tratterebbe di diritti e obblighi che investono non il territorio dell'ente destinatario ma la persona di questo; né nel caso in cui si procuri i mezzi della sua sussistenza con atti privatistici; né nel caso in cui ponga in essere atti bilaterali con altri soggetti, poiché non vi sarebbe un atto soltanto dell'ente, ma un atto che risulta dalla collaborazione di entrambi i soggetti.

⁴²³ Infatti, per alcuni (U. FORTI, op. cit., pp. 84-87), questo limite non determina l'impossibilità giuridica dell'attività extraterritoriale, al di fuori dei casi in cui si tratta di attività riconducibili all'imposizione tributaria, ma tutt'al più un'anomalia.

Per G. CUGURRA, *Competenze amministrative e limiti territoriali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 1, p. 204, non si possono mai produrre in via unilaterale e autoritativa modificazioni su persone o cose situate nel territorio di un altro ente territoriale minore, poiché queste si verificano o sulla base di forme di cooperazione fra i due enti interessati o perché è l'ordinamento generale che assicura l'osservanza del comando dell'ente territoriale minore; è dunque riscontrabile un superamento della dimensione territoriale dell'ente nelle forme di collaborazione tra diverse amministrazioni (conferenza di servizi) o tra amministrazioni e privati: in questi casi mediante l'esercizio del potere si concorre alla determinazione del contenuto di un altro provvedimento amministrativo i cui effetti si estendono anche al di fuori dell'ambito territoriale di pertinenza.

Questo secondo aspetto del territorio si riflette sulle attività non autoritative, cioè sull'erogazione dei servizi pubblici locali⁴²⁴ e sull'iniziativa economica degli enti territoriali minori. Infatti, tutta la loro attività è vincolata al perseguimento dell'interesse dei cittadini rappresentati, e in questo senso il territorio viene in rilievo non come limite territoriale in senso stretto ma come "limite funzionale", nel senso che non è tale da rendere giuridicamente impossibili (o anomale) le attività non autoritative svolte al di fuori del territorio, se esse sono funzionali all'interesse della collettività ivi stanziata.

In questo paragrafo, dunque, prima di esaminare il tema del vincolo funzionale applicato all'attività delle società locali, se ne analizzeranno le origini, cioè il vincolo funzionale applicato alle spese dell'ente locale e all'attività delle aziende locali.

4.7.1. Il limite funzionale per le spese facoltative degli enti locali.

Il legislatore statale, al fine di contenere la spesa locale, in passato ha limitato le attività non autoritative dell'ente territoriale minore ponendo il limite territoriale alle "spese facoltative" dei Comuni.

Le leggi comunali e provinciali successive all'Unità di Italia - come la legislazione degli Stati preunitari, sulla scia della legge comunale belga del 30 marzo 1831 (art. 130) e della legge comunale francese del 18 luglio 1837 (art. 10) - all'interno di un sistema improntato alla subordinazione gerarchica dell'ente minore rispetto allo Stato, disciplinavano le finanze locali distinguendo tra spese obbligatorie e spese facoltative dei Comuni e delle Province. Erano obbligatorie le spese, indicate in un elenco contenuto nella stessa legge comunale e provinciale, e in altre leggi, "destinate a provvedere il Comune di organi e mezzi materiali, a porlo in condizione di svolgere un'attività adeguata ai suoi scopi, e quelle destinate al disimpegno di funzioni e di servizi che il legislatore (...) ha giudicato indispensabili, per quel *tantum* di tutela giuridica e per quel *minimum* di aiuto e indirizzo al perfezionamento sociale che sono insiti nel concetto di pubblica

⁴²⁴ Cfr. C. VITALE, *Il territorio nella definizione e gestione del servizio pubblico locale*, in M. CAMELLI (a cura di) *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, p. 723 ss.

amministrazione proprio dello Stato moderno”⁴²⁵. Le altre spese, cioè quelle che potevano “contribuire ad arricchire l’organizzazione o la dotazione di mezzi materiali del Comune oltre il limite strettamente necessario, a far espandere la sua attività, specialmente nel campo della amministrazione sociale, al di là di quel *minimum* reputato dal legislatore indispensabile ed inseparabile dalla qualità di ente pubblico territoriale”⁴²⁶, erano definite come facoltative.

Fu la legge comunale e provinciale del 14 giugno 1874, a stabilire nell’art. 2, positivizzando un canone della giurisprudenza, che queste ultime dovessero avere per oggetto servizi ed uffici di utilità pubblica entro i termini della rispettiva circoscrizione amministrativa⁴²⁷.

La ragione del regime delle spese facoltative e, in particolare, della loro limitazione territoriale, era di evitare che il Comune, per estendere il campo delle proprie attività oltre a quelle individuate come obbligatorie dallo Stato, reperisse le risorse necessarie o utilizzando quelle per le attività obbligatorie o gravando sui contribuenti⁴²⁸.

La dottrina⁴²⁹ interpretava il fatto che esse dovessero essere limitate ai confini della circoscrizione amministrativa nel senso che ciò che doveva rimanere compreso nella circoscrizione comunale era l’effetto utile, non l’esercizio del servizio, soprattutto nei casi di Comuni con territorio limitato, insufficiente alla estrinsecazione completa della propria attività economico-sociale: la limitazione si intendeva, quindi, come di tipo funzionale, non territoriale in senso stretto.

⁴²⁵ U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, cit., p. 442.

⁴²⁶ U. BORSI, *ibid.*

⁴²⁷ Oltre a stabilire limitazioni particolari per i Comuni che avessero applicato una sovraimposta superiore a stabiliti valori massimi; ma l’art. 29 della l. 29 marzo 1903, n. 103, stabilì che l’eccedenza oltre il limite legale della sovraimposta non era di ostacolo all’assunzione di pubblici servizi e all’erogazione delle relative spese, anche se a carattere facoltativo.

⁴²⁸ U. BORSI, *op. cit.*, p. 454.

⁴²⁹ U. BORSI, *op. cit.*, p. 454; G. DEGANELLO, *I limiti della circoscrizione territoriale del Comune in rapporto alla natura dei servizi comunali*, in *La legge*, 1908, p. 81. Così anche G. MIELE, *I poteri degli enti autarchici fuori del loro territorio*, cit., pp. 33-36, il quale affermava che la limitazione territoriale per le spese facoltative non andava interpretata letteralmente; tuttavia, criticando la lettura di Deganello, sottolineava che in generale fosse da escludersi la possibilità per un Comune di impiantare un suo pubblico servizio in territorio appartenente a un altro ente, salvo eccezioni che osservassero certi limiti, tra i quali la necessità che il pubblico servizio fosse istituito a beneficio degli appartenenti all’ente nel cui interesse era attivato e non degli abitanti il territorio in cui avrebbe avuto sede; inoltre, secondo l’Autore, in questo caso l’ente territoriale “ospite” avrebbe mantenuto la potestà pubblicistica su beni e persone comprese nel proprio territorio.

La giurisprudenza sul punto, da un lato ritenne che il contributo per erigere una statua in memoria di un proprio concittadino, se il monumento veniva eretto fuori dal territorio comunale, non potesse essere concesso⁴³⁰; dall'altro riconobbe la possibilità di derogare al limite territoriale, qualora le circostanze lo richiedessero, concedendo a un Comune di impiantare nel territorio di altro Comune limitrofo un proprio servizio pubblico⁴³¹.

Dopo la soppressione⁴³² della distinzione tra spese obbligatorie e facoltative, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che ciò abbia comportato il venir meno

⁴³⁰ Cons. Stato, 18 gennaio 1906, in *R. amm.*, 1906, 378.

⁴³¹ Cons. Stato, parere 3 maggio 1907, in *Foro it.*, 1907, III, 177.

⁴³² Le previsioni sulle spese facoltative non sono state esenti da rilievi critici, che notavano da un lato che la definizione da parte dell'autorità centrale delle spese obbligatorie, comportando una mole eccessiva di oneri, causasse la crisi finanziaria di molti Comuni: si parlava di "viziosa composizione della categoria di funzioni obbligatorie, alla quale ha presieduto più spesso il principio di sgravare o di non aggravare il bilancio dello Stato, che l'oculata ed imparziale considerazione della entità e degli scopi sociali propri del Comune" (U. BORSI, op. cit., p. 446); e dall'altro si notava che le limitazioni alle spese facoltative, pur essendo rispondenti a un principio d'ordine e di equità, pur essendo ragionevoli, prudenti e opportune (U. BORSI, op.cit., p. 454, 455; E. MAZZOCOLO, *La nuova legge comunale e provinciale*, Milano, 1912, p. 852, affermava che "si è voluto a proposito di questo articolo tirare in ballo l'autonomia comunale. Però esso non toglie ai Comuni che la sola libertà di dissipazione"), non erano seguite nella pratica: pratica che sembrava precorrere una modificazione della legge, in quanto adattamento della uniformità della legge alla varietà delle condizioni per grandezza, ricchezza, misura dei bisogni, dotazione di servizi, dei Comuni italiani (adattamenti da non giudicarsi con troppa severità, secondo U. BORSI, op. cit., p. 455; così, anche G. RICCA SALERNO, *Finanze locali*, cit., p. 728, osservava che l'azione limitatrice delle spese locali si rivelava inefficace e spesso lettera morta.

E "la prassi amministrativa, a livello sia di gestione comunale sia di controllo statale e regionale, tendente ad ampliare la sfera dell'intervento pubblico in tutti i casi in cui esso si presentasse essenziale in relazione alle reali esigenze della collettività locale, aveva poi trovato fondamento nel sistema politico-istituzionale, a partire dalla Carta costituzionale", e aveva trovato riconoscimento da parte della giurisprudenza, che aveva ritenuto assoggettati alla disciplina delle spese obbligatorie "gli interventi indispensabili, in relazione alle dimensioni, alla localizzazione o a altri caratteri più o meno diffusi delle comunità locali interessate" (Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 1975, n. 118, in *Cons. Stato*, 1975, I, 491; così Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 1979, n. 734, in *Cons. Stato*, 1979, I, 1465, che inoltre rilevava che il divieto di assumere spese facoltative non poteva essere più applicato dopo l'emanazione del D.P.R. 638/1972 che aveva fatto venir meno, tra le altre, la potestà tributaria della sovrainposta sul reddito dei terreni e dei fabbricati, e aveva fatto quindi cadere la possibilità per i Comuni di autorizzare eccedenze di prelievo tributario, condizione del divieto di assunzione di spese facoltative).

del limite della territorialità imposto alle spese degli enti locali, e un'espansione della sfera di attività del Comune, che avrebbe trovato come unica limitazione la propria capacità finanziaria e la destinazione delle risorse a beneficio della cittadinanza facente parte del proprio territorio.

Non vi è più, dunque, limitazione territoriale, ma funzionale, che richiede un obiettivo collegamento tra l'attività eccedente l'ambito locale e la necessità della comunità locale⁴³³: la spesa dell'ente territoriale minore deve tradursi in un vantaggio - diretto e immediato - per la comunità locale⁴³⁴.

La Corte costituzionale, in particolare, in una serie di pronunce riguardanti attività regionali ha affermato che non si può applicare il limite territoriale all'attività di diritto comune degli enti territoriali, poiché ciò che va considerato è solo l'esistenza di un rapporto servente o di collegamento strumentale con le finalità proprie dell'ente territoriale, come ente rappresentativo degli interessi della comunità territoriale⁴³⁵.

La legittimità della decisione di svolgere un'attività al di fuori della circoscrizione amministrativa del Comune per i giudici amministrativi deve, quindi, essere valutata "alla luce dell'utilità pubblica che l'autorità comunale si ripromette di raggiungere con la propria iniziativa", senza "escluderla, aprioristicamente, per il

La distinzione tra spese obbligatorie e facoltative e la disciplina del relativo regime, contenuta in ultimo nel Testo Unico della legge comunale e provinciale del 1934, fu quindi soppressa dall'art. 7 del d.l. 10 novembre 1978, n. 702 (conv. da l. 8 gennaio 1979, n. 3).

⁴³³ Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 1988, n. 1291, in *Consiglio di Stato*, 1989, I, 1503; Corte Conti, sez. II, 19 settembre 1988, n. 175, in *Foro amm.*, 1988, 3899; Corte Conti, sez. I, 27 aprile 1978, n. 39, in *Foro it.*, 1978, 476, III; Corte Conti, sez. II, 2 novembre 1988, n. 214, in *Riv. amm. R. It.*, 1989, 335.

⁴³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 1988, n. 926, in *Foro amm.*, 1988, 12. Giurisprudenza con poche eccezioni, come Corte Conti, sez. I, 27 aprile 1978, n. 40, in *Foro amm.*, 1978, I, 2367, secondo la quale è legittima l'effettuazione di una spesa facoltativa destinata a conseguire effetti fuori dell'ambito territoriale del Comune (nella specie per la ricostruzione economica e sociale della provincia vietnamita di Quang-tri) "in quanto il limite della territorialità posto dall'art. 312 l. com. prov. concernente i servizi e gli uffici di pubblica utilità, non limita la possibilità, prevista dall'art. 92 l. cit., di soddisfare quelle particolari esigenze delle singole popolazioni che trascendono per il loro contenuto, anche di mero ordine morale, ogni materialistico rapporto con l'elemento".

⁴³⁵ Corte Cost., 19 maggio 1988, n. 562, in *Finanza locale*, 1988, 1427; Corte Cost., 21 luglio 1988, n. 829, in *Giur. cost.*, 1988, I, 3969; Corte Cost., 2 febbraio 1990, n. 51, in *Quaderni regionali*, 1990, 1000.

solo fatto che l'attività ad essa connessa [venga] espletata all'esterno della circoscrizione territoriale del Comune"⁴³⁶.

In questo modo si continua a ritenere persistente il principio secondo cui l'azione e le spese degli enti locali debbano essere improntate alla salvaguardia dell'interesse della collettività amministrata entro i termini della rispettiva circoscrizione amministrativa; non si ritiene che sussista libertà di spesa per gli enti locali, "la cui autonomia non può intendersi come libertà di fini idonea a legittimare ogni esigenza che travalichi i limiti circoscrizionali degli stessi"⁴³⁷.

4.7.2. Il limite funzionale per le aziende speciali.

I limiti delle spese dell'ente locale furono applicati dalla giurisprudenza all'attività delle aziende speciali. Infatti, l'attività svolta dall'azienda, e le relative spese, erano direttamente riconducibili all'ente territoriale, nel caso delle aziende municipalizzate prive di personalità giuridica⁴³⁸.

⁴³⁶ Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 1988, n. 125, in *Foro amm.* 1988, 421. Cfr. Corte Conti, sez. I, 27 aprile 1978, n. 40, in *Foro amm.*, 1978, I, 2367.

⁴³⁷ T.A.R. Valle d'Aosta, 19 dicembre 1988, n. 81, in *Finanza locale*, 1990, 1047; T.A.R. Milano, sez. III, 13 marzo 1991, n. 69, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Così anche Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 1994, n. 147, in *Foro amm.*, 1994, 452.

⁴³⁸ App. Roma, 25 aprile 1914, in *Foro it.*, 1914, I, 783; Cons. Stato, 11 ottobre 1915, in *Foro it.*, 1916, III, 231; Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 1957, n. 12, in *Cons. Stato*, I, 6; Cons. Stato, Ad. Gen., 23 febbraio 1967, n. 151, in *Foro amm.*, 1968, II, 74.

Come conseguenza della mancanza di personalità giuridica, il regolamento dell'azienda doveva stabilire le norme di funzionamento tecnico, amministrativo e contabile, ma non poteva modificare l'oggetto del servizio pubblico già deliberato, spettando ogni competenza al riguardo al Consiglio comunale; inoltre, gli atti emanati dall'azienda configuravano determinazioni riferibili al Comune (Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 1962, n. 409, in *Foro amm.*, 1962, I, 1161, Cons. Stato, 20 novembre 1975, n. 1704, in *Massimario completo giurispr. Cons. Stato*, 1975, 428). Cfr. G. TREVES, *Le aziende municipalizzate*, in *Enc. dir.*, p. 747.

Inoltre, al ripianamento delle perdite dell'azienda municipalizzata doveva provvedere il Comune (Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 1967, n. 406, in *Rass. Cons. Stato*, 1967, I, 1045; Cons. Stato, sez. V, 29 settembre 1972, n. 630, *Ibidem*, p. 557; Cons. Stato, sez. IV, 13 giugno 1972, n. 512, in *Massimario completo giurispr. Cons. Stato* 1972, 557); il Comune era tenuto a rispondere degli obblighi assunti nei modi di legge dall'azienda municipalizzata (App. Milano, 29 febbraio 1916, in *Foro it.*, 1916, I, 694); l'azienda era sottoposta al potere di vigilanza del Consiglio comunale, che

E la ragione della limitata capacità negoziale di tali organismi risiedeva anche nel fatto che l'art. 2, co. 3, del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, stabiliva che “le aziende speciali hanno la capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine”, cioè l'erogazione del servizio assunto direttamente, per il quale esse erano costituite ai sensi del comma 1 del medesimo articolo: esse, quindi, possedevano una capacità negoziale circoscritta alla gestione di tale servizio⁴³⁹.

Tuttavia, la giurisprudenza e parte della dottrina⁴⁴⁰ hanno ritenuto applicabile il limite territoriale anche all'azienda speciale dotata di personalità giuridica dall'art. 23 della l. n. 142 del 1990: infatti, essa era strutturata come “ente strumentale dell'ente locale”, quindi si considerava “soggetto istituzionalmente dipendente dall'ente locale [e] con esso legata da stretti vincoli (sul piano della formazione degli organi, degli indirizzi, dei controlli e della vigilanza), al punto da farla ritenere elemento del sistema amministrativo facente capo allo stesso ente territoriale, ovvero, pur con l'accentuata autonomia derivante dall'attribuzione della personalità giuridica, finanche parte dell'apparato amministrativo del Comune”⁴⁴¹; l'attribuzione della personalità giuridica, secondo questo orientamento, non aveva trasformato l'azienda speciale in un soggetto privato, ma l'aveva solo configurata come un nuovo centro di imputazione di situazioni e rapporti giuridici, distinto dal Comune e con una propria autonomia decisionale, dando ad essa la facoltà di effettuare scelte di tipo imprenditoriale per il conseguimento di un maggiore grado di efficacia, di efficienza e di economicità

poteva sciogliere la commissione amministratrice o nominare un commissario *ad acta* nel caso di non compimento di atto obbligatorio (Cons. Stato, 13 giugno 1972, n. 512, *Ibid.*, 1972, 398).

Ci furono, tuttavia, anche pronunce di segno contrario come App. Roma, 25 maggio 1912, in *Foro it.*, 1912, I, 657, che ha riconosciuto che, in quanto enti distinti dal Comune, dotati di patrimonio proprio e autonomo, le aziende municipalizzate fossero fornite di personalità giuridica.

⁴³⁹ Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2000, n. 1520, in *Foro Amm.*, 2000, 901. In senso contrario: U. POTOTSCHNIG, *Legittima l'attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate del gas e dell'acqua*, in *Il contatore*, 1971, 3, 51 ss.

⁴⁴⁰ V. PARISIO, *Aspetti economico-redistributivi e tutela dell'ambiente nell'attività extra moenia dell'azienda speciale*, in *Giust. Civ.*, 1995, p. 2570 ss.; P.S. PUGLIANO, *Brevi considerazioni in tema di estensione extra moenia dei servizi pubblici locali gestiti a mezzo di azienda speciale*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 2, p. 308 ss.

⁴⁴¹ Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 475, in *Foro amm.*, 1998, 1086.

del servizio pubblico⁴⁴². Conseguentemente la giurisprudenza, non condivisa dalla prevalente dottrina⁴⁴³, aveva escluso la possibilità di attività extraterritoriale dell'azienda speciale⁴⁴⁴.

Il D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902, all'art. 5 aveva però previsto che il Comune potesse deliberare, con il voto favorevole della maggioranza dei consiglieri in carica (non inferiore al terzo dei consiglieri assegnati), l'estensione dell'attività della propria azienda di servizi al territorio di altri enti locali, previa intesa con i medesimi, intesa con la quale doveva essere approvato anche lo schema di convenzione per la disciplina del servizio e per la regolazione dei conseguenti rapporti economico-finanziari. La giurisprudenza, quindi, ammise la possibilità per le aziende speciali di svolgere attività fuori dal territorio del Comune istitutore. Ma la stipula della convenzione rappresentava, salvo alcune pronunce contrarie⁴⁴⁵, l'unica forma con cui un'azienda speciale poteva gestire un servizio

⁴⁴² Corte Cost. 12 febbraio 1996, n. 28, in *www.cortecostituzionale.it*; Cons. Stato, 15 maggio 2000, n. 2735, in *Foro amm.*, 2000, 1731; Cons. Stato, V, 19 settembre 2000, n. 4850, in *Foro amm.*, 2000, 9; Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Foro amm.*, 2001, 9.

⁴⁴³ N. AICARDI, *L'attività extraterritoriale dell'azienda speciale*, in *Regione e governo locale*, 1992, p. 121 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione di servizi pubblici*, Napoli, 1993, p. 231 ss.; S. GOTTI, *Rilievi in tema di attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in *Dir. reg.*, 1994, p. 338 ss.; G. CAIA, *Le aziende speciali: carattere imprenditoriale e novità legislative*, in *I servizi pubblici locali: evoluzione e prospettive*, Rimini, 1995; G. VESPERINI, *L'attività dell'azienda locale fuori dal territorio comunale*, in *Giorn. di dir. amm.*, 3, 1996, p. 241 ss.; F. GHELARDUCCI, *Privatizzazioni e servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, 1996, p. 1754 ss.; D. SORACE-C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 653 ss.; S. CASSESE, *Servizi pubblici a rete e governo del territorio*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, p. 37 ss.; V. MARTELLI, *Servizi pubblici e società per azioni*, cit., p. 76; A. FANIZZA, *L'extraterritorialità dell'azienda speciale*, in *Urb e App.*, 1998, p. 1331 ss.; G. NICOLUCCI, *Brevi note in tema di aziende speciali degli enti locali ed attività extraterritoriale*, in *Foro amm.*, 1999, 7-8, p. 1666 ss.; A. NIUTTA-A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. Comm.*, 1999, p. 477 ss.

⁴⁴⁴ Cons. Stato, sez. I, 18 dicembre 1968, n. 3578, in *Nota rass.*, 1969, 1718.

⁴⁴⁵ Come la sentenza T.A.R. Sardegna, 10 ottobre 1997, n. 1257, in *Riv. trim. appalti*, 1997, 3-4, 771, per la quale “fino a quando il legislatore espressamente non escluda la legittimazione delle aziende speciali a concorrere alle gare per l'affidamento di servizi pubblici presso altri enti locali, diversi da quelli che ne sono riferimento, questa facoltà non [può] essere esclusa dall'interprete”. Tale pronuncia fu poi riformata dalla sentenza Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2000, n. 1520, cit., secondo la quale “il ragionamento del T.A.R. va rovesciato, nel senso che dalla genetica limitazione legislativa dei fini attribuiti all'azienda speciale discende che la capacità di questa, di estendere la propria attività al di fuori del territorio dell'ente o degli enti locali di cui essa è strumento, dipende dall'esistenza di una specifica norma che lo consenta”.

pubblico locale al di fuori del proprio territorio: essa, infatti, era lo strumento mediante il quale l'ente svolgeva "un'attività pubblica di natura imprenditoriale, ma pur sempre nell'ambito e nei limiti degli scopi stabiliti dalla legge"⁴⁴⁶. Questo, in realtà, corrispondeva a un "modello procedimentale tipizzato per l'adozione di una formula organizzatoria alternativa alla conclusione di contratti con imprese in concorrenza tra loro"⁴⁴⁷, al di fuori di ogni gara di appalto⁴⁴⁸, "modello rispetto al quale l'applicazione della disciplina comunitaria in tema di procedure di appalto, posta a tutela del mercato e della concorrenza, può rimanere interdetta"⁴⁴⁹. L'ipotesi prevista corrispondeva, quindi, a un affidamento diretto, senza gara, di un servizio relativo al proprio territorio ad azienda speciale di altro ente territoriale, attraverso un'intesa; non si riferiva, invece, alla diversa ipotesi di svolgimento di attività extraterritoriale da parte di azienda speciale, attraverso la partecipazione a una gara⁴⁵⁰.

La convenzione, in seguito, venne interpretata come possibile modalità attuativa di quella prevista all'art. 24 della l. n. 142 del 1990, che disponeva che "al fine di

⁴⁴⁶ Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 1997, n. 243, in *Foro amm.*, 1997, 791; Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 1998, n. 432, in *Foro amm.*, 1998, 1054; Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 1999, n. 631, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3191; Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2000, n. 1520, cit.; Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5515, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1089; T.A.R. Bologna, sez. II, 22 gennaio 2003, n. 27, in *Serv. pubbl. e app.*, 2003, 305; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 9 marzo 2005, n. 331, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3, 865; Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2005, n. 931, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3, 807.

⁴⁴⁷ T.A.R. Sicilia, 9 marzo 2005, n. 331, cit. L'intesa tra enti territoriali per la gestione di servizi da parte dell'azienda in più enti territoriali viene definita "modulo gestionale" in Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2002, n. 1222, in *Foro amm. CDS*, 2002, 25.

⁴⁴⁸ Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2005, n. 931, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3, 807; T.A.R. Parma, 11 settembre 2000, n. 422, in *Riv. trim. appalti*, 2001, 2, 340.

⁴⁴⁹ Cons. Stato, V, 23 aprile 1998, n. 475, cit.; Cons. Stato, V, 23 aprile 1998, n. 477, in *Urb. e app.*, 1998, 1328; Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5515, cit. Cfr. T.A.R., Parma, 11 settembre 2000, n. 422, cit., secondo cui non vi è alcuna violazione dei principi generali in materia di concorrenza e di gare pubbliche poiché "la specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, quale deroga alle regole della concorrenza, cui fa riferimento l'art. 90 trattato Cee, non va limitata al mero territorio comunale, ma può essere estesa nei limiti di cui all'art. 5, D.P.R. n. 902 del 1986, nonché all'ambito territoriale ottimale per lo svolgimento del servizio".

⁴⁵⁰ In tal senso chiaramente Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2000, n. 1520, cit.: l'art. 5 del D.P.R. n. 902 del 1986, "non consente la partecipazione a gare d'appalto o la stipula di contratti a trattativa privata per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di altri enti locali, ma prevede lo strumento alternativo della stipula di una apposita convenzione".

svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, i Comuni e le Province possono stipulare tra loro apposite convenzioni”, che si aggiungeva come ulteriore forma di gestione del servizio a quelle previste dall’art. 22 della medesima legge, in cui il Comune operava isolatamente⁴⁵¹.

Anche nell’ipotesi dell’attività extraterritoriale delle aziende speciali previa intesa dei Comuni, però, si riteneva necessario il rispetto del vincolo funzionale.

Infatti, la stipula della convenzione era ritenuta dalla giurisprudenza requisito necessario ma non sufficiente per l’acquisizione di servizi *extra moenia*, poiché continuava a richiedersi la presenza dell’utilità dell’attività extraterritoriale per la comunità locale, sicché anche in questo caso si ritenevano ammissibili attività delle aziende degli enti locali svolte fuori dal loro territorio, solo se destinate a soddisfare esigenze della collettività ivi residente⁴⁵².

Con la l. n. 142 del 1990, il vincolo funzionale si tinse di una nuova sfumatura. Infatti, poiché il sopra citato art. 24 prevedeva che “al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, i Comuni e le Province [potessero] stipulare tra loro apposite convenzioni”, l’intesa per l’estensione dell’attività delle aziende speciali si riteneva che potesse essere conclusa solo nelle ipotesi rientranti nel medesimo articolo, cioè quando con il ricorso all’azienda speciale di altro Comune si intendeva svolgere il servizio “in modo coordinato”, con l’intervento di entrambi i Comuni nella gestione del servizio⁴⁵³. Si doveva cioè realizzare “un’integrazione funzionale della attività dell’azienda municipalizzata del Comune con quella del Comune vicino”, in presenza di “oggettive esigenze di coordinare le attività di Comuni vicini”⁴⁵⁴. E la necessità di tale integrazione

⁴⁵¹ Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, cit.; Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2002, n. 1874, in *Foro amm. CDS*, 2002, 917; Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2005, n. 931, cit.

⁴⁵² Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 1988, n. 1291, cit.: nel caso di specie si è ritenuto che le aziende pubbliche potessero effettuare il servizio occasionale di trasporto internazionale dei viaggiatori se in concreto collegato alla necessità di far fronte ad una oggettiva esigenza della popolazione residente (a differenza dei servizi regolari di collegamento del territorio nazionale con l’estero, comportanti il riferimento a interessi coinvolgenti l’intera collettività nazionale); cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 1989, n. 721, in *Foro amm. CDS*, 1989, 1795; Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 1997, n. 243, cit.; Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 1999, n. 631, cit.; Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5515, cit.

⁴⁵³ Coordinamento che non si realizzava allorquando il Comune semplicemente “si spogliava” del servizio in favore dell’azienda di altro Comune (Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 475, cit.).

⁴⁵⁴ Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2002, n. 1874, cit. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 1999, n. 631, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 26 giugno 2002, n. 5897, in *Ragiufarm*, 2004, 80, 42.

funzionale si ravvisava soprattutto nelle ipotesi di continuità fisico-territoriale dei Comuni interessati, cui corrispondeva per esempio un collegamento tra le reti (già presente o *in fieri*)⁴⁵⁵, o la possibilità di addivenire a una gestione unitaria del servizio da parte dei Comuni confinanti⁴⁵⁶; anche se si ammetteva che l'integrazione funzionale dell'attività svolta sul proprio territorio con quella svolta sul territorio dell'altro Comune, dipendendo dalla natura del servizio, potesse realizzarsi anche se i Comuni non erano confinanti⁴⁵⁷.

Questi assunti della giurisprudenza sono stati positivizzati nell'art. 4, co. 4, del d.l. n. 559 del 1994, che ha limitato la capacità negoziale delle aziende speciali alla gestione di servizi nei Comuni confinanti. Tale decreto, tuttavia, non venne convertito in legge, quindi tale restrittiva previsione non sopravvisse.

Requisito dell'attività extraterritoriale è stato dunque ritenuto essere il "beneficio funzionale". Questo è stato descritto dalla giurisprudenza in termini casistici; da notare sono le affermazioni secondo le quali il collegamento funzionale non può ridursi ad un ampliamento del volume di affari e ad un incremento delle entrate; i positivi effetti del beneficio "funzionale" incidente sul servizio pubblico interessato, e frutto di una gestione coordinata, devono esulare dai meri ritorni di carattere economico; i meri vantaggi economico-aziendali non forniscono prova sufficiente del collegamento funzionale in questione⁴⁵⁸.

Tali affermazioni potrebbero trovare spiegazione soprattutto nel fatto che il perseguimento di un mero ritorno economico corrisponde al perseguimento di lucro, e quindi indica carattere e natura imprenditoriale, proprio di un soggetto svincolato dalla comunità di riferimento: carattere che non poteva riconoscersi alle aziende speciali.

⁴⁵⁵ Ad esempio, la gestione del servizio tranviario di due Comuni confinanti, se le reti sono collegate (Cons. Stato, sez. V 23 aprile 1998, n. 475, cit.); oppure la gestione del servizio idrico in presenza di un unico acquedotto (T.A.R. Piemonte, sez. II, 18 giugno 1992, n. 201, in *Rass. giur. Enel*, 1993, 236).

⁴⁵⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5515, cit., in cui in particolare si ritenne presente il beneficio funzionale "anche quando le collettività interessate ancora non possano saggiarne i benefici concreti, purché, però, sia stato effettivamente avviato (...) l'iter che porterà alla razionalizzazione organizzativa del bacino d'utenza per sfociare poi nella gestione unitaria, da parte dei Comuni confinanti, del servizio pubblico in questione".

⁴⁵⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 475, cit.

⁴⁵⁸ *Ex multis*, T.A.R. Lombardia, Sez. III, 10 agosto 2000, n. 5229, in www.giustizia-amministrativa.it.

Se, invece, si fosse considerata come *ratio* della limitazione funzionale quella di non far gravare sul contribuente spese che non si riflettessero su un'attività o servizio ad esso rivolto, sarebbe risultato che il vantaggio patrimoniale si sarebbe potuto tradurre in vantaggio per il contribuente, cioè in un miglioramento del servizio⁴⁵⁹ o in una diminuzione delle tariffe o tasse, conseguenti allo sfruttamento di economie di scala.

Questo aspetto, invero, in alcune pronunce⁴⁶⁰ è stato considerato, ma generalmente si è valutato recedente, di fronte al possibile lato negativo dell'incidenza finanziaria dell'attività dell'azienda sulle tariffe pagate dagli utenti: “è vero che le attività economiche extraterritoriali “aggiuntive” possono, potenzialmente, produrre benefici economici di cui, indirettamente, potrebbe fruire (ad esempio, attraverso eventuali moderazioni tariffarie) la stessa comunità locale di provenienza dell'azienda; ma è vero anche il contrario e, cioè, che eventuali perdite nell'esercizio di attività *extra moenia* possano essere ammortizzate ponendo maggiori oneri a carico della stessa comunità ora detta, ovvero incidendo sulla qualità del servizio reso istituzionalmente a favore di tale collettività; in altre parole, il rischio d'impresa verrebbe, in tale ipotesi, riversato sulla stessa collettività locale che, anziché beneficiare dell'attività dell'azienda, verrebbe a dividerne e, di fatto, a subirne gli errori imprenditoriali”⁴⁶¹. L'art. 23, co. 6, della l. n. 142 del 1990, infatti, stabiliva che l'ente locale conferiva il capitale di dotazione ed era tenuto a provvedere alla copertura degli eventuali

⁴⁵⁹ Cfr. G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, p. 63.

⁴⁶⁰ T.A.R. Piemonte, sez. II, 29 giugno 1995, n. 373, in *Foro it.*, 1996, III, 155; T.A.R. Milano, 29 gennaio 1994, n. 88, in *Foro it.*, 1994.

⁴⁶¹ Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 1998, n. 432, cit. Nel caso di specie, lo statuto dell'azienda speciale prevedeva che per il finanziamento delle spese relative agli investimenti previsti dal Piano-programma, l'azienda avrebbe provveduto anche mediante l'utilizzazione dei depositi cauzionali ovvero delle anticipazioni consumi utenti; con la conseguenza che si sarebbe potuta verificare l'utilizzazione di poste contabili, direttamente provenienti dall'utenza locale, per finanziare gli investimenti necessari allo svolgimento dell'attività extraterritoriale e per soddisfare, di fatto, in tal modo, gli utenti del diverso Comune in cui l'attività avrebbe dovuto essere svolta. Secondo il Consiglio di Stato tale situazione si sarebbe potuta evitare solamente se si fosse sdoppiata completamente la gestione propria dei pubblici servizi locali rispetto a quella relativa ad eventuali attività esterne, con bilanci del tutto separati e vicende patrimoniali del tutto autonome tra loro; “ma, in tal caso, si avrebbe, di fatto, la creazione di una separata azienda speciale o di una sorta di gestione autonoma della stessa, designata a svolgere essenzialmente attività extraterritoriale aggiuntiva e, dunque, incompatibile con la medesima *ratio legis*”.

costi sociali; in caso di perdite di esercizio il Comune doveva intervenire attraverso integrazioni del capitale di dotazione o attraverso appositi stanziamenti o altre forme di trasferimento.

4.7.3. Il limite funzionale per le società locali.

Prima che le società locali venissero previste e disciplinate positivamente, la possibilità per gli enti locali di costituire o partecipare a società cui affidare in concessione servizi di propria pertinenza, si soleva far rientrare nella potestà degli enti di acquistare azioni industriali, prevista dagli artt. 98 e seguenti del Testo unico della legge comunale e provinciale del 1934⁴⁶².

Tuttavia, secondo la giurisprudenza, l'attività sociale doveva essere ristretta al territorio dell'ente locale, territorio che "circoscrive spazialmente l'ambito degli interessi rimessi alla cura dell'ente esponenziale della collettività insediata nel territorio stesso, il quale, quindi, se può provvedere alla loro realizzazione anche avvalendosi degli strumenti offerti dal diritto privato, non può tuttavia, legittimamente utilizzare l'anzidetta capacità privatistica per realizzare fini o interessi che trascendono l'ambito spaziale di sua pertinenza"⁴⁶³. Anche in questo caso si faceva riferimento al regime delle spese facoltative, poiché, pur dopo

⁴⁶² Cons. Stato, sez. VI, 25 maggio 1979, n. 384, in *Foro amm.*, 1979, I, 948; Corte dei Conti, sez. contr., 22 luglio 1986, n. 1883, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1987, I, 141: "gli enti pubblici, sulla base della generale capacità di diritto privato loro attribuita dal legislatore, hanno legittimazione a costituire società di capitali e/o assumere partecipazioni azionarie, sempre che tale attività negoziale sia conforme agli scopi istituzionali perseguiti, non sia diretta ad eludere divieti normativi concernenti le attribuzioni degli enti, ovvero norme precettive di carattere procedurale, poste a garanzia di un corretto uso delle risorse pubbliche ad essi affidate e non comportino lo spoglio, in tutto o in parte, di compiti istituzionali implicanti l'esercizio di pubbliche funzioni".

In dottrina, cfr. M. MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987.

⁴⁶³ Cons. Stato, sez. II, 24 ottobre 1984, n. 1436; Cons. Stato, sez. I, 1 febbraio 1985, n. 130, in *Foro it.*, 1987, III, 435: "il Comune può legittimamente promuovere la costituzione di società per azioni e/o assumervi partecipazioni azionarie, al fine di affidare in concessione a tali società un determinato servizio pubblico, purché con la partecipazione effettiva di almeno un altro socio, con limitazione della attività al territorio dell'ente locale e nel rispetto della normativa e dei procedimenti previsti per la scelta del terzo contraente e per la stipulazione dei contratti ad evidenza pubblica degli enti locali".

l'abolizione della distinzione tra spese facoltative ed obbligatorie, non era venuta meno quella tra spese obbligatorie e spese che potevano essere discrezionalmente assunte, in questo ultimo caso limitate territorialmente all'ambito di competenza dell'ente locale.

Così, si era ritenuto che non solo il concreto svolgimento di attività extraterritoriale fosse precluso, ma che fosse preclusa anche la costituzione di società potenzialmente in grado di svolgere tali attività, per l'ampiezza del proprio oggetto sociale⁴⁶⁴.

Un orientamento giurisprudenziale meno restrittivo⁴⁶⁵, invece, riconobbe la piena capacità di agire delle società locali con il solo limite delle attività non dirette immediatamente alla soddisfazione delle esigenze delle collettività locali: infatti, il territorio poteva essere un limite all'esercizio delle potestà pubbliche attribuite all'ente, ma non un limite all'azione dell'ente con riferimento alla sua capacità di diritto privato.

La società a partecipazione pubblica locale fece poi ingresso tra le forme di gestione dei servizi pubblici locali, nell'art. 22, co. 3, lettera e, della l. n. 142 del 1990.

La dottrina prevalente⁴⁶⁶ era orientata a riconoscere ad essa piena autonomia imprenditoriale e, quindi, l'assenza di limiti territoriali⁴⁶⁷; taluni, ritenendo necessario per l'attività *extra moenia* il rispetto del vincolo funzionale⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818, in *Foro amm. CDS*, 1988, 3632: in questa pronuncia si valuta, in particolare, indice di "vocazione extraterritoriale" la clausola secondo la quale la società poteva "compiere tutte le operazioni commerciali, industriali, finanziarie, mobiliari e immobiliari, comunque utili a promuovere e conseguire gli scopi sociali, ad assumere interessenze o partecipazioni in altre società ed imprese aventi oggetto analogo e connesso al proprio", e la clausola secondo la quale "la società poteva istituire succursali, agenzie, direzioni anche altrove nell'ambito del territorio italiano".

⁴⁶⁵ Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro amm.*, 1990, 664. Nel caso di specie non si ritennero ammissibili le attività di gestione di agenzie di viaggio, il compimento di atti e operazioni finanziarie, industriali, commerciali, mobiliari e immobiliari per il conseguimento degli scopi sociali, assumendo interessenze e/o partecipazioni in altre società o imprese: in tali attività il collegamento con l'interesse della collettività locale appariva al giudice inesistente, trattandosi di attività finalisticamente neutre.

⁴⁶⁶ In senso contrario A. CARULLO, *Capitale ed extraterritorialità: primi problemi per le nuove società per azioni comunali per la gestione del servizio idrico*, in *Riv. trim. app.*, 1996, p. 613 ss., secondo il quale il limite territoriale era insito nell'oggetto sociale delle società costituite ai sensi della l. n. 142 del 1990, potendo esso prevedere solo la gestione del servizio pubblico per la collettività di riferimento.

Nella giurisprudenza, invece, si aprirono due orientamenti riguardo alla possibilità che questa partecipasse alle gare per gestire servizi fuori dal territorio di appartenenza.

Il primo era riconducibile all'orientamento della Corte di Cassazione⁴⁶⁹, che aveva affermato la giurisdizione ordinaria in materia di controversie relative alle gare

⁴⁶⁷ V. MARTELLI, *Servizi pubblici e società per azioni*, cit., p. 79; N. MICHELI, *Le società per azioni a capitale pubblico locale: sei anni di applicazione della l. 8 giugno 1990 n. 142*, in *Foro amm.*, 1997, 2, p. 667 ss.; L. VASQUES, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, 1999, p. 105 ss.; A. NIUTTA-A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 477 ss. secondo i quali, in particolare, il limite territoriale e funzionale stabilito dall'art. 22 della l. n. 142 del 1990, vincola solo gli enti territoriali ad assumere come servizi pubblici la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale, e non le società da questi partecipate, stante la separatezza tra ente pubblico azionista e società e considerata la diversità di fini di queste due persone giuridiche, l'una vincolata appunto al perseguimento dell'interesse pubblico della propria comunità, l'altra finalizzata allo svolgimento di un'attività economica a scopo di lucro; E. SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 4, p. 777 ss.

⁴⁶⁸ P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994, p. 84 ss.; V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 1, p. 12 ss.; M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, p. 158 ss.; F. GOISIS, *I limiti all'attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, p. 560 ss., per il quale l'attività *extra moenia* della società locale può riflettersi a favore della collettività di origine a causa di una dimensione ottimale sovracomunale del servizio, e dunque la questione dell'attività *extra moenia* finisce per confondersi con la questione della legittimità e delle forme di collaborazione istituzionale tra enti pubblici nella gestione, in comune, di servizi pubblici locali; G. CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 5, 1568 ss., secondo il quale, in particolare, il vincolo funzionale comporta un difetto di legittimazione, e non una limitata capacità negoziale: "non si può predicare una incapacità astratta ed a tutti gli effetti delle società a prevalente capitale pubblico locale a svolgere attività imprenditoriali al di fuori del territorio degli enti locali soci ed in assenza di appositi strumenti di collegamento tra enti locali, ma solo una incompatibilità, da valutare di volta in volta, preordinata ad evitare che si verifichi un conflitto di interessi rispetto alla collettività di riferimento"; M. DUGATO, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2005, 1051 ss.

⁴⁶⁹ Corte Cass., SS.UU., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Dir. proc. amm.* 1997, 81 e Corte Cass., SS.UU., 6 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. amm. R. It.*, 1995, 1052. La Corte valutò che tali società non rientrassero nella categoria dell'organismo di diritto pubblico, mancando il fine di carattere

d'appalto indette da tali società: esse erano persone giuridiche private, e in quanto tali avevano piena libertà e autonomia negoziale. Seguendo tale visione, parte della giurisprudenza amministrativa affermò che la società per azioni partecipata dal Comune potesse svolgere la propria attività al di fuori dei limiti territoriali dell'ente che l'avesse costituita: ciò non in virtù di affidamento diretto, ma per concessione, affidata nel rispetto delle norme comunitarie in materia di tutela della concorrenza⁴⁷⁰. Si riteneva che lo strumento societario fosse utilizzabile dall'ente locale proprio "per essere presente sul mercato extracomunale dei servizi"⁴⁷¹, distinguendo tale ipotesi da quella dell'istituto pubblicistico dell'azienda speciale che, potendo avvalersi di benefici fiscali e di altri vantaggi economici, avrebbe potuto essere, a differenza della società mista, causa di effetti distorsivi sulla concorrenza; la società locale era un soggetto privato dotato di capacità imprenditoriale, legittimato a porre in essere tutte le attività non espressamente vietate dallo statuto⁴⁷².

Contemporaneamente, tuttavia, si era aperta una seconda soluzione interpretativa. Leggendo la definizione legislativa di servizi pubblici, come quelli aventi per oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, e osservando

non industriale o commerciale. Ma per la Corte, anche se si fossero assoggettate alla normativa comunitaria in materia di affidamento a terzi di appalti pubblici, in nessun caso i loro atti avrebbero potuto essere considerati atti amministrativi e sottoposti alla tutela giurisdizionale del giudice amministrativo.

Con riguardo al riparto di giurisdizione in materia di controversie relative alle gare d'appalto indette da società partecipate, poi, la giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 1998, n. 1478, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 209) si discostò dalla lettura della Corte di Cassazione, affermando che ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto la forma societaria assumesse veste neutrale ed il perseguimento di uno scopo pubblico non fosse di per sé in contraddizione con il fine societario lucrativo, descritto dall'art. 2247 c.c. La configurazione di una società per azioni a prevalente od esclusivo capitale pubblico, avente lo scopo di gestire un pubblico servizio, importava quindi la qualificazione della stessa società come amministrazione aggiudicatrice, i cui atti, nell'ambito di un procedimento di gara, costituivano atti amministrativi rientranti nella cognizione del giudice amministrativo; e ciò, in ossequio alle disposizioni comunitarie qualificanti la nozione di amministrazione aggiudicatrice e di organismo di diritto pubblico.

⁴⁷⁰ T.A.R. Brescia, 1 ottobre 1996, n. 961, in *Giust. civ.*, 1996, I, 870.

⁴⁷¹ T.A.R. Brescia, 28 dicembre 1995, n. 1396, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1209.

⁴⁷² T.A.R. Pescara, 25 luglio 1998, n. 507; T.A.R. Toscana, sez. I, 6 aprile 1998, n. 116, in *T.A.R.* 1998.

che lo strumento della società mista era legislativamente previsto proprio per la gestione di tali servizi, parte della giurisprudenza⁴⁷³ tra cui il Consiglio di Stato, in un parere reso dall'Adunanza generale⁴⁷⁴, rilevava che l'ambito dell'azione di tale società doveva essere indirizzato a vantaggio della comunità locale: si trattava di società di scopo⁴⁷⁵. Tale orientamento, quindi, riprendeva la nozione del limite funzionale elaborata per le spese e per l'attività extraterritoriale delle aziende speciali e lo applicava alle società a partecipazione pubblica locale.

Questo limite si ritenne presente soprattutto nel caso particolare di società derivanti dalla trasformazione di aziende speciali: esse, pur avendo perduto la propria originaria natura formale, non avevano, però, superato i limiti che ne caratterizzavano l'azione, che doveva rimanere pur sempre indirizzata a vantaggio della comunità locale; l'ambito dell'azione della società doveva, dunque, rimanere limitato sul piano degli interessi perseguibili a quelli della comunità locale, scopo e limite della sua stessa esistenza.

Inoltre, alcuni giudici⁴⁷⁶, più in generale, rilevavano che la disposizione che consentiva l'utilizzo della società a prevalente capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali, così come modificata dalla legge n. 127 del 1997⁴⁷⁷, faceva specifico riferimento alla "natura o all'ambito territoriale del servizio": l'intento della novella legislativa sarebbe stato quello di imprimere un vincolo funzionale, di scopo, alla nascita e all'operatività gestionale della società stessa, che avrebbe reso incompatibile l'assunzione di attività extraterritoriali. La *ratio* di questa limitazione funzionale, secondo l'interpretazione fornita dagli stessi giudici, era che l'assunzione di altri impegni imprenditoriali, anche se coerenti agli scopi societari, al di fuori dell'ambito territoriale degli enti locali di cui la società era espressione, si sarebbe tradotto nella sottrazione di parte dell'organizzazione societaria (uomini, beni e risorse) alle esigenze della comunità locale, per la sua

⁴⁷³ T.A.R. Liguria, sez. II, 8 maggio 1997, n. 134, in *Foro amm.*, 1998, 848.

⁴⁷⁴ Cons. Stato, Ad. gen., 16 maggio 1996, n. 90, cit.

⁴⁷⁵ M.A. QUAGLIA, *La Corte Costituzionale e l'extraterritorialità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 4, p. 727.

⁴⁷⁶ Cfr. T.A.R. Firenze, sez. I, 15 gennaio 2001, n. 24, in *Foro amm.*, 2001, 1279; T.A.R. Parma, 2 maggio 2002, n. 240, in *Foro amm. TAR*, 2002, 1565.

⁴⁷⁷ Infatti, l'art. 22, co. 3, della l. n. 142 del 1990, dopo tale modifica prevedeva che i Comuni e le Province potessero gestire i servizi pubblici "e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati".

utilizzazione in scopi estranei a quelli per i quali la società stessa era stata costituita.

Si discostava in parte da questo orientamento la giurisprudenza⁴⁷⁸ che riteneva, invece, che gli enti territoriali avessero un'alternativa: costituire una società mista per la gestione di servizi pubblici locali rispondente al modello delineato dall'art. 22, co. 3, lett. e, della l. n. 142 del 1990, cioè una società affidataria diretta del servizio e limitata funzionalmente, oppure una società integrante la fattispecie di una normale impresa creata dagli enti partecipanti in forza della loro capacità di diritto privato, e in questo caso essa avrebbe ottenuto l'affidamento di servizi solo previo espletamento di procedura concorsuale.

In seguito, il Consiglio di Stato⁴⁷⁹ giunse a una nuova posizione, intermedia tra quelle appena richiamate, aprendo il filone giurisprudenziale secondo il quale il vincolo funzionale operava "in via residuale", solo allorché vi fosse una distrazione di risorse e di mezzi tale da recare pregiudizio alla collettività di riferimento senza apprezzabili ritorni di utilità, da valutarsi in relazione all'impegno profuso e agli eventuali rischi finanziari corsi: nel caso in cui fossero ipotizzabili ritorni di carattere finanziario e trascurabili rischi, solo di carattere finanziario, allora non era vulnerato il vincolo funzionale.

Con questa importante pronuncia il Collegio evidenziò le differenze tra azienda speciale e società per azioni, dovute alla rispettiva disciplina giuridica e al fatto che erano state previste come separate forme di gestione dei servizi dalla legge n. 142 del 1990. Inoltre, valutò irrilevante il riconoscimento della natura pubblica delle società ai fini della sottoposizione a regime pubblicistico, conseguente al loro inquadramento tra gli organismi di diritto pubblico e gli enti aggiudicatori, sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo: non vi era connessione tra natura e finalità pubblicistiche e limite all'attività extraterritoriale.

Tuttavia, non si superava l'idea che vi fosse un vincolo funzionale e che la società mista locale non fosse un soggetto privato dotato di capacità imprenditoriale a tutti gli effetti e del tutto sganciato, anche funzionalmente, dalla collettività di riferimento. Si superò, invece, l'interpretazione restrittiva del vincolo funzionale, secondo cui esso non poteva consistere nell'interesse imprenditoriale e quindi nel ritorno di tipo finanziario, poiché nel caso di specie esso fu valutato, insieme ai vantaggi dal punto di vista dell'esperienza acquisita per il Comune, come idoneo a

⁴⁷⁸ T.A.R. Brescia, 21 agosto 1998, n. 746, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷⁹ Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, cit.

legittimare l'attività extraterritoriale, e di converso i rischi di tipo finanziario furono considerati non tali da renderla inammissibile. In sostanza, con tale pronuncia si interpretava il vincolo funzionale in modo assai meno restrittivo, poiché si dava rilievo al dato negativo costituito dal pregiudizio arrecato alla collettività di riferimento: se questo si poteva escludere, allora era da considerarsi rispettato il vincolo funzionale⁴⁸⁰.

L'art. 35, co. 2, della l. n. 448 del 2001 stabilì, però, il divieto dell'attività extraterritoriale per le società miste: tale divieto fu abrogato prima di entrare in vigore, ma la giurisprudenza, allineandosi a questa disposizione, aveva in alcuni casi applicato alle società miste il limite territoriale delineato per le aziende municipalizzate⁴⁸¹. Tale restrittiva giurisprudenza muoveva dal fatto che il caso esaminato nella sopra richiamata pronuncia del Consiglio di Stato, si riferiva all'acquisto di una partecipazione minoritaria in una società, a sua volta socio privato di una società a prevalente capitale pubblico, erogante un servizio pubblico locale. Proprio per la peculiarità della fattispecie, diversa dalla partecipazione a gara per l'affidamento di servizi extraterritoriali, alcune pronunce ritennero che con tale sentenza del Consiglio di Stato si fosse comunque mantenuta la doverosità della dimostrazione della soddisfazione di una specifica esigenza della collettività, non consistente nel mero ritorno di carattere imprenditoriale. Si considerava, quindi, incompatibile con il vincolo funzionale l'assunzione di attività gestionali extraterritoriali, partecipando a gare pubbliche in pieno regime concorrenziale al solo fine di perseguire un utile, assumendosi totalmente il normale rischio di impresa, perché ciò avrebbe distolto parte dell'organizzazione societaria dalle esigenze della comunità locale per la cura delle quali era stata costituita⁴⁸².

⁴⁸⁰ Così anche Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1469, secondo il quale “possono ipotizzarsi casi di contiguità territoriale o comunque rapporti di interdipendenza territoriale che esigono il superamento dei confini amministrativi, ovvero anche (...) operazioni finanziarie non distoglienti in misura rilevante risorse o mezzi dall'ambito di originario riferimento”.

⁴⁸¹ T.A.R. Parma, 2 maggio 2002, n. 240, in *Foro amm. TAR*, 2002, 5, 1565: le società miste derivanti dalla trasformazione di un'azienda municipalizzata a prevalente capitale pubblico, costituita tra più Comuni, non possono partecipare ad una gara (oppure stipulare un contratto a trattativa privata) per l'affidamento della gestione di un pubblico servizio al di fuori del proprio territorio, a meno che non intervengano convenzioni tra gli enti locali ai sensi dell'art. 5, D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902.

⁴⁸² T.A.R. Parma, 2 maggio 2002, n. 240, cit.

Altra giurisprudenza, invece, sottolineò le peculiarità della società mista rispetto all'azienda speciale, avente un forte legame di strumentalità con l'ente locale istitutore, ed essendo per tale motivo non assimilabile alla prima, anche ai fini dell'individuazione dei limiti da imporre all'attività extraterritoriale⁴⁸³; e in alcune pronunce si seguì un approccio meno rigido, valutando secondo le circostanze del caso concreto la rottura del vincolo funzionale⁴⁸⁴.

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa continuò ad applicare il limite funzionale derivante dall'utilizzo di risorse locali all'attività di tali società. Nella maggioranza delle pronunce si affermava che il mero ritorno economico dell'attività extraterritoriale non era corrispondente a un interesse specifico della collettività di riferimento, e quindi non era considerato valido argomento per ritenere rispettato il vincolo funzionale, anzi, "proprio il rischio imprenditoriale, e la conseguente perdita del capitale non incomberebbe sulla società in quanto tale, ma sulla collettività cui soltanto in definitiva appartiene e che in ogni caso non potrebbe in alcun caso esercitare alcun controllo (neppure politico, attraverso cioè la scelta dei propri rappresentanti, nel caso si ammettesse una definitiva ed ineludibile cesura tra ente locale e società mista)": e sulla base di questo rilievo si tendeva a una lettura restrittiva del vincolo funzionale⁴⁸⁵.

La difficile valutazione sia del possibile pregiudizio, sia della rispondenza allo specifico interesse della collettività di riferimento, era effettuata con un giudizio prognostico dal giudice. Ma, ancor prima, tale verifica, secondo parte della giurisprudenza⁴⁸⁶, era un presupposto soggettivo di ammissibilità alla gara stessa, la cui valutazione doveva essere riservata alla commissione deputata a valutare l'esistenza dei requisiti per la partecipazione alla gara, non potendo essere attribuita allo stesso soggetto che intendeva parteciparvi; se le società miste risultavano prive di legittimazione in ordine all'assunzione del servizio

⁴⁸³ T.A.R. Brescia, 30 agosto 2000, n. 675, in *Ragiufarm*, 2001, 61, 84; Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Foro amm.*, 2001, 9.

⁴⁸⁴ Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2003, n. 2467, cit., che in particolare esamina analiticamente, per verificare la compatibilità dell'assunzione del servizio extraterritoriale, le condizioni rilevanti, nel caso di specie il quantitativo dei rifiuti giornalmente prodotti e l'investimento finanziario necessario per l'attivazione del servizio.

⁴⁸⁵ Cons. Stato, sez. IV, 29 settembre 2005, n. 5204, in *Foro amm. CDS*, 2005, 9, 2592.

⁴⁸⁶ T.A.R. Firenze, sez. I, 15 gennaio 2001, n. 24, cit.; T.A.R. Parma, 2 maggio 2002, n. 240, cit.; T.A.R. Lecce, sez. I, 23 giugno 2006, n. 3533, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Cagliari, sez. I, 8 giugno 2007, n. 1209, cit.; Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, cit.

extraterritoriale, era legittima la loro esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica.

Inoltre, secondo talune pronunce⁴⁸⁷ erano le società stesse a dover offrire, in positivo, elementi di valutazione della loro capacità ad assumere anche il nuovo impegno, in modo da permettere alle commissioni giudicatrici di valutare la compatibilità di esso con il vincolo funzionale e, quindi, la loro legittimazione a partecipare alla gara. Non solo: talune pronunce⁴⁸⁸ ritennero che si potesse rilevare l'illegittimità dell'ammissione alla gara e dell'affidamento extraterritoriale se la commissione non avesse effettuato questa valutazione della compatibilità con il vincolo funzionale, non chiedendo i necessari chiarimenti alla società interessata.

Parte della giurisprudenza, invece, seguì un atteggiamento di apertura, riconoscendo la legittimità dell'attività extraterritoriale se questa fosse stata prevista nell'oggetto sociale dallo statuto⁴⁸⁹.

Altra parte⁴⁹⁰ si riallacciò alla sentenza del 2001 del Consiglio di Stato, e sulla scia di questa pronuncia sostenne che non si potesse a priori escludere la possibilità di svolgere attività extraterritoriali ma che occorreva, caso per caso, verificare, con specifiche indagini e studi, che l'espletamento di tali attività da un lato

⁴⁸⁷ Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, cit.; Cons. Giust. Amm. Sicilia, 21 marzo 2007, n. 197, in *Ragiufarm*, 2007, 99; Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, cit.; in senso critico M. DUGATO, *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 10, p. 1054 ss., secondo il quale l'onere che si pretende di imporre alle società miste che vogliono partecipare alle gare *extra moenia*, di dimostrare l'utilità per la collettività di riferimento dell'azione extraterritoriale, rappresenta il tentativo giurisprudenziale di sostituirsi al legislatore nel bilanciamento tra l'interesse istituzionale dell'ente socio e la vocazione imprenditoriale della società.

⁴⁸⁸ T.A.R. Cagliari, sez. I, 8 giugno 2007, n. 1209, cit., in cui il giudice diede una interpretazione piuttosto restrittiva, applicando il limite funzionale a una società controllata a sua volta da una società mista poiché la circostanza che non fosse direttamente costituita in via maggioritaria da soggetti pubblici non ne escludeva la rilevanza pubblicistica "posto che, comunque, fa sicuramente capo ad un soggetto che ha tale caratteristica. Perciò si deve ritenere che rientri nel novero delle società che, pur utilizzando gli strumenti del diritto privato, non perdono il loro rilievo pubblicistico e quindi, sotto questo aspetto, ha gli stessi limiti delle società miste". Così: T.A.R. Milano, sez. I, 9 maggio 2008, n. 1552, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, cit.

⁴⁸⁹ Cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 31 marzo 2008, n. 787, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2008, 3, 616; T.A.R. Venezia, sez. I, 26 marzo 2009, n. 879, in *Rass. dir. Farmaceutico*, 2009, 5, 1106.

⁴⁹⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843, cit.; Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, cit.

contribuisse al migliore perseguimento dell'interesse della collettività locale, e che dall'altro non si traducesse in un aumento di costi per essa, come aumento di tasse o tariffe, o in un peggioramento del servizio. E in taluni casi⁴⁹¹ si diede particolare enfasi alla seconda condizione, interpretando la predetta pronuncia nel senso che si fosse richiesto soltanto che l'attività extraterritoriale non incidesse negativamente sulla gestione del servizio affidato dal Comune. Le innovazioni legislative, per tale orientamento giurisprudenziale⁴⁹², sarebbero comunque andate nel senso di rendere possibile l'attività extraterritoriale per le società miste poiché l'art. 35, della l. n. 448 del 2001 l'aveva vietata, ma solo al termine di un periodo transitorio, e in seguito tale divieto era stato abrogato dal d.l. n. 269 del 2003. Proprio la previsione *ex novo* di tale divieto appariva, sul piano logico-interpretativo, indice del fatto che esso non esisteva in precedenza.

Il Consiglio di Stato, poi, in una pronuncia⁴⁹³ relativa al caso particolare di una società mista quotata, aprì a una lettura estensiva della capacità operativa di tali società: la valutazione della convenienza economica dell'investimento sarebbe rimessa all'organo di vertice della società costituito dai rappresentanti dei Comuni soci; pertanto il giudice, al fine di valutare la coerenza dell'attività extraterritoriale con il vincolo funzionale, avrebbe dovuto considerare solo la mancanza di pregiudizio arrecato alla collettività di riferimento. E a tal fine si sarebbe dovuto riferire all'impegno previsto, per le concrete dimensioni e oggetto aziendali, per l'entità dell'appalto, e tenuto conto della ripartizione dei compiti. Nel caso specifico, non trattandosi di una società che faceva capo ad un singolo Comune, ma ad un elevato numero di enti locali; avendo l'oggetto sociale per scopo quello dell'esercizio, in Italia e all'estero, di molteplici attività; essendo l'appalto di non grande rilevanza se rapportato alle dimensioni del gruppo di cui la società faceva parte, e al capitale sociale, e poiché esso non impegnava le società operative partecipate dalla società capogruppo e attive nei Comuni, il giudice ha ritenuto che non si fossero sottratte ingenti risorse operative alle esigenze dell'ambito locale di origine⁴⁹⁴. Infatti, se le società miste potevano partecipare legittimamente a gare sul territorio di pertinenza, senza con questo ledere principi di fonte comunitaria, anche la partecipazione a gare *extra moenia* non avrebbe potuto

⁴⁹¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2620.

⁴⁹² Cfr. T.A.R. Lecce, sez. II, 14 giugno 2004 n. 3721, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

⁴⁹³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁹⁴ Così anche T.A.R. Roma, sez. III, 30 giugno 2008, n. 6333, cit., confermata da Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2009, n. 3001, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

produrre lesione della norma comunitaria stessa; non sarebbe stata, secondo tale pronuncia, la partecipazione a gare extraterritoriali a modificare l'impatto dell'azione societaria nell'ambito di interesse comunitario. Quanto al fatto che tale società avrebbe beneficiato di sovvenzionamenti pubblici in violazione del principio della *par condicio*, il Consiglio di Stato sottolineava che tale eventualità sarebbe stata presente anche in gare relative al territorio di pertinenza della società mista.

Sulla scia di questo orientamento la giurisprudenza più recente dei giudici di Palazzo Spada si è allineata su posizioni progressivamente meno restrittive, giungendo a limitare il proprio sindacato.

Infatti, si è affermato che non è necessario valutare l'utilità per l'ente di riferimento delle attività extraterritoriali, nel caso in cui la società sia configurata come società per azioni e abbia notevoli dimensioni, palesemente eccessive rispetto all'ambito locale. In questo caso, infatti, l'ente locale avrebbe valutato a monte, all'atto della sua costituzione, la convenienza dell'extraterritorialità⁴⁹⁵.

In seguito, ha ritenuto assente il titolo giuridico che, in assenza di una previsione di legge generale o di *lex specialis*, abilita l'ente affidante, e per esso la commissione di gara, ad esprimere una qualche valutazione sul rapporto, cui è estraneo, tra l'ente (o gli enti) costituenti o partecipanti e la società mista, e sulla capacità di questa di rispettare gli impegni assunti con l'area di riferimento: la sussistenza dell'interesse della società mista a partecipare a una gara *extra moenia* può essere valutata solo dal Comune che ha costituito la società; altrimenti si realizzerebbe, afferma il giudice "una sorta di eterogenesi dei fini, perché la società mista, alla cui gestione partecipano gli enti esponenziali di determinate collettività, partecipando alla gara, dimostra l'interesse delle medesime collettività ad acquisire i vantaggi connessi all'aggiudicazione, ma questo interesse può essere negato dall'ente affidante, soggetto estraneo alla gestione societaria, che dovrebbe escludere la concorrente sacrificando il proprio legittimo interesse ad aggiudicare la gara proprio all'offerta presentata dalla società mista, in quanto più conveniente"⁴⁹⁶.

L'attuale orientamento del Consiglio di Stato, quindi, ritiene che la sussistenza di un interesse della società a capitale pubblico locale, alla partecipazione ad una gara in ambito extraterritoriale, non può che essere valutata dall'ente che

⁴⁹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, cit.

⁴⁹⁶ Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3767, in www.giustizia-amministrativa.it.

rappresenta la comunità di riferimento, ossia il Comune che ha costituito la società. Così accade, per esempio, nel caso in cui il Comune, detenendo maggioranza del capitale sociale, autorizzi una modificazione statutaria finalizzata a consentire la partecipazione a tale gara: così facendo ha ritenuto la gestione di tale attività extraterritoriale rispondente all'interesse della comunità di riferimento⁴⁹⁷.

Alla luce della descritta evoluzione della nozione di vincolo funzionale, è dunque possibile rispondere alla domanda se sia possibile, per una società a capitale pubblico locale, partecipare a gare o erogare il servizio non affidato mediante gara ma liberalizzato, fuori del territorio dell'ente pubblico socio, e per l'ente locale costituire o partecipare a una società destinata a operare sul mercato extraterritoriale.

Fermo il punto che l'attività *extra moenia* della società locale deve tradursi in un vantaggio per la comunità territoriale di riferimento, pare doversi superare – come pare faccia la recente giurisprudenza – l'idea del vincolo funzionale come limite alla capacità o alla legittimazione negoziale delle società a partecipazione pubblica. Il vincolo funzionale si può dire che incomba sulla scelta dell'ente di costituire o partecipare alla società, non sull'attività di questa.

Il collegamento con l'utilità della collettività di riferimento, della scelta dell'ente locale di costituire una società destinata a operare sul mercato, anche al di fuori del territorio dell'ente costituente, può essere individuato nel fatto che dall'ampliamento territoriale dell'attività deriva un risparmio di costi, grazie allo sfruttamento delle economie di scala, mediante il quale si ha una gestione più efficiente del servizio con i reinvestimenti, e quindi un miglioramento della gestione del servizio erogato alla comunità territoriale di riferimento⁴⁹⁸, e un abbassamento delle tariffe e delle tasse pagate dalla collettività⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214, cit.

⁴⁹⁸ In questo senso, T.A.R. Milano, 16 ottobre 2003, n. 4807, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2855, secondo cui, con particolare riferimento al servizio di gestione dei rifiuti, una gestione integrata del servizio “può concorrere a garantire un più razionale impiego delle risorse disponibili, con vantaggi che vanno oltre il mero risparmio finanziario derivante dalle economie di scala e che invece possono consentire una maggiore qualità del servizio con margini di sicurezza e di rispetto ambientali più elevati, ad esempio realizzando e utilizzando congiuntamente migliori impianti di stoccaggio, smaltimento e termodistruzione”.

⁴⁹⁹ Cfr. G. ROSSI, *L'ambito territoriale e i rapporti della società con i soci terzi*, cit., p. 177, secondo il quale: “poiché il limite funzionale è concretizzato dall'interesse della comunità di riferimento, è sufficiente che l'azienda o la società traggano economie di scala, vantaggi

L'interesse pubblico della collettività territoriale che costituisce mediante proprie risorse una società, o ne acquista partecipazioni, risiede, infatti, anche nella gestione efficiente di tali servizi: e l'ampliamento dei soggetti contraenti, destinatari dell'attività sociale (sia pubblici sia privati) potrebbe rispondere a questa necessità.

Ma presupposto di ciò è il fatto che la società eroghi il servizio anche nel territorio dell'ente costituente: questo è un problema che si pone relativamente alle società locali, non affidatarie dirette, che debbano concorrere a gare per l'affidamento di servizi gestiti in esclusiva, poiché esse potrebbero risultare non aggiudicatarie presso l'ente costituente. In questo caso si potrebbe verificare la rottura del vincolo funzionale.

Conclusivamente pare che i dubbi sulla configurabilità di questa tipologia di società sussista, non solo in via empirica, ma anche giuridica, fermi restando gli affidamenti acquisiti nei casi partecipazione a gare attualmente consentiti dal legislatore e sopra esaminati.

Nessuna problematica, invece, sembrano porre le società di erogazione di servizi liberalizzati, che possono erogarli anche fuori dal territorio di riferimento.

economici dalla loro attività extraterritoriale, per legittimare l'ampliamento al di fuori del territorio”.

Osservazioni conclusive

Concludendo, alla luce delle singole disposizioni e del sistema nel suo complesso, è possibile affermare che oggi, come ieri ma più di ieri, incomba sulla scelta dell'ente locale inerente la partecipazione societaria uno stringente vincolo funzionale. Esso era già presente nell'ordinamento, e va oltre il rispetto formale della legge, l'art. 3 della l. n. 244 del 2007.

Infatti, l'ente locale ha su di sé la responsabilità del ruolo di interprete dei bisogni della comunità territoriale che rappresenta.

Tale ruolo lo ricopre in primo luogo individuando il servizio pubblico, cioè gli obblighi di servizio pubblico e universale, e i casi in cui attribuire la sua gestione con diritto di esclusiva; ma anche con le decisioni inerenti le partecipazioni in società.

Questo, infatti, deve rispondere alle necessità della comunità; e non solo per il tipo di attività svolta dalla società (di erogazione di un servizio pubblico), ma anche per i risultati da questa conseguibili. La funzionalizzazione dell'attività svolta dall'ente locale implica la strumentalità di questa anche alla gestione efficiente delle risorse pubbliche.

Paiono pertanto giustificabili solo le partecipazioni in società attualmente o potenzialmente efficienti ed efficaci, in grado cioè di ottenere la soddisfazione di quegli interessi pubblici che sono stati alla base del loro acquisto.

E la misura di questo è data dalla efficienza in senso economico-civilistico, come gestione ottimale dei fattori produttivi tale da consentire almeno il pareggio tra costi e ricavi, e dalla efficacia, valutabili anche in base agli indici di misurazione delle prestazioni dei gestori di servizi pubblici locali, previsti nell'emanando schema di decreto attuativo dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011.

Quanto alle limitazioni operative delle società a capitale pubblico locale per l'erogazione di servizi pubblici locali, sono tali - a parte quelle proprie del modello della società mista affidataria senza seconda gara - solo quelle stabilite dal legislatore, per tutelare la concorrenza, in capo a soggetti caratterizzati da una posizione di contiguità con l'ente locale (l'affidamento diretto) considerata potenzialmente distorsiva della concorrenza. Non ricadono in tali limitazioni le società non titolari di affidamenti diretti; queste società si connotano come "imprese", e ad esse si applica lo "statuto dell'imprenditore", relativamente alla capacità o legittimazione negoziale.

BIBLIOGRAFIA

- ACOCELLA-LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 3, 756 ss.
- AFFERNI, *Gli atti di organizzazione e la figura dell'imprenditore*, Milano, 1973
- AICARDI, *L'attività extraterritoriale dell'azienda speciale*, in *Regione e governo locale*, 1992, 121 ss.
- AICARDI, *Società miste ed evidenza pubblica a monte*, in *Scritti in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova, 2007
- AICARDI, *Le società miste*, in M.A. Sandulli-R. De Nictolis-R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008
- ALBERTI, *Aziende municipalizzate ed extraterritorialità. Problematica dai confini incerti fra riforme interne e disciplina comunitaria*, in *Riv. Trim. app.*, 2001, 2, 344 ss.
- ALBISINNI, *Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 396 ss.
- AMBROSINI, *Referendum*, Torino, 1993
- AMMANNATI, *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 8, 2004, 907 ss.
- AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 464 ss.
- ARENA, *Le società commerciali pubbliche*, Milano, 1942
- ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 1 ss.
- BARBERA-MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003
- BARDUSCO, voce *Ente pubblico*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1991
- BARDUSCO, *Aziende municipalizzate*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1997
- BARUCCI-PIEROBON, *Stato e mercato nella Seconda Repubblica*, Bologna, 2010
- BASILE, voce *Enti non lucrativi (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, agg. III, 1999
- BASSI (F.), *Natura giuridica dell'azienda municipalizzata*, Milano, 1967
- BASSI (F.), *Appunti per una disciplina pubblicistica dell'energia*, in *Foro amm.*, 1982, 326 ss.
- BASSI (G.), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Santarcangelo di Romagna, 2008

BASSI (G.), *Le determinanti del controllo analogo "in forma collettiva" nell'istituto dell'in house providing*, in *Riv. trim. app.*, 2, 2009, 433 ss.

BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, I, Padova, 1959

BENVENUTI, *Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica*, in *Riv. soc.*, 1962, 206 ss.

BERTI, *I pubblici servizi fra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, 3, 867 ss.

BIAGI, *I pubblici servizi industriali dei Comuni e delle Province*, Milano, 1975

BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948

BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008

BOMBOI, *Codice della municipalizzazione*, Roma, 1979

BONORA-CALCAGNILE, *Le caratteristiche delle società in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giust. amm.*, 2005, 4, 1008 ss.

BONURA-CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011

BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, 1915

BOSCHI, *Capacità e legittimazione delle società a partecipazione pubblica locale: l'ambito di applicazione delle limitazioni previste dalla legge*, in *Giust. amm.*, 2007, 4, 793 ss.

BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006

BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 1, 12 ss.

CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001.

CAFAGNO, voce *Impresa pubblica*, in M.P. Chiti-G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, III, 2007

CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990

CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. e gov. locale*, 1992, 1-2, 9 ss.

CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 63 ss.

CAIA, *Le aziende speciali: carattere imprenditoriale e novità legislative*, in *I servizi pubblici locali: evoluzione e prospettive*, Rimini, 1995

CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova Rassegna*, 1995, 10, 1982 ss.

- CAIA (a cura di), *I servizi pubblici locali: evoluzione e prospettive*, Rimini, 1995
- CAIA, *Compiti dei consorzi tra enti locali e loro partecipazione a società*, in *Giur. comm.*, 1996, 6, 880 ss.
- CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 5, 1232 ss.
- CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 5, 1568 ss.
- CAIA, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali (dopo la legge finanziaria 2002)*, in www.giustizia-amministrativa.it
- CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 707 ss.
- CAIA, *La quotazione in borsa delle società a prevalente capitale pubblico locale*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2003, 333 ss.
- CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004
- CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 139 ss.
- CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. Mazzarolli-G. Pericu-A. Romano-F.A. Roversi Monaco-F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2005
- CAIA, *Concorrenza e qualità nel servizio pubblico di distribuzione del gas: le gare per l'affidamento in ambiti territoriali minimi*, in *Giust. amm.*, 2007
- CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali a tutela della concorrenza*, in *Giust. amm.*, 2007, 4, 705 ss.
- CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, de regolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2011
- CALCAGNILE, *Riforma dei servizi pubblici locali e durata delle concessioni in corso*, in *Giust. amm.*, 2004
- CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica - Comuni, Province e Regioni*, Rimini, 1989
- CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, in L. Vandelli-C. Bottari- D. Donati (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994

- CAMMELLI, *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. Cerulli Irelli-G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994
- CAMMELLI-ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999
- CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004
- CAMMELLI-DUGATO, (a cura di) *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008
- CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1937
- CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, 1947
- CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2010
- CANNADA BARTOLI, *Osservazioni intorno a taluni aspetti del territorio comunale*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Padova, 1957
- CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giur. it.*, 1996, 1, 493 ss.
- CAPANTINI, *Contratti di servizio e affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 809 ss.
- CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Le società*, 2008, 5, 557 ss.
- CARABBA, voce *Impresa pubblica*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1990
- CARANTA, *Ancora in salita la strada per le società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1119 ss.
- CARAVITA DI TORITTO, voce *Il territorio degli enti territoriali minori*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994
- CARULLO, *Capitale ed extraterritorialità: primi problemi per le nuove società per azioni comunali per la gestione del servizio idrico*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 613 ss.
- CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003
- CASALINI-CAVALLO PERIN, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 1, 51 ss.
- CASALINI, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 969 ss.
- CASSESE, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 907 ss.
- CASSESE, *Azionariato di Stato*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959

- CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962
- CASSESE, *Problemi di Storia delle partecipazioni statali*, in G. Minervini (a cura di), *Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, 1972
- CASSESE, GIANNOLA, MASSERA, MERSI, TABUCCHI, *L'impresa pubblica*, Milano, 1977
- CASSESE, *L'impresa pubblica: storia di un concetto*, in B. Libonati e P. Ferroluzzi (a cura di), *L'impresa*, Milano, 1985
- CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 1134 ss.
- CASSESE, *Servizi pubblici a rete e governo del territorio*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 37 ss.
- CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma, 2012
- CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. XLII
- CAVALLO PERIN, *Studio sul controllo e sulle forme di erogazione pubblica nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali*, Napoli, 1993
- CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione di servizi pubblici*, Napoli, 1993
- CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998
- CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 747 ss.
- CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011
- CHIOZZI, *I presupposti del fallimento, la qualità dell'imprenditore commerciale*, in L. Panzani (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2000
- CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005
- CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, supplemento al fasc. 4, 67 ss.
- CHITI, *La carenza della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1115 ss.
- CICERO, *Sui limiti territoriali all'attività delle aziende dei pubblici servizi municipalizzati*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, 414 ss.
- CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010
- CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983

- CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.
- CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253 ss.
- COLAPINTO, FRACCASTORO, *I servizi pubblici tra società mista e in house providing*, in *Urb. e app.*, 2009, 712 ss.
- COLOMBARI, *“Delegazione interorganica” ovvero “in house providing” nei servizi pubblici locali*, in *Foro Amm. CDS.*, 2004, 4, 1136 ss.
- COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. e app.*, 2008, 2, 211 ss.
- COLOMBARI, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 2011, 2, 419 ss.
- CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di “strumentalità”?*, in *Urb. e app.*, 2010, 4, 462 ss.
- CORAPI, voce *Impresa (diritto comunitario)*, in *Enc. Dir.*, annali, I, Milano, 2007
- CORASANITI, *Note in tema di referendum elettorale*, in R. Bin (a cura di), *Elettori legislatori? Il problema dell’ammissibilità del quesito referendario elettorale*, Torino, 1999
- CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 1999, 7 ss.
- CORSO, *L’attività amministrativa*, Torino, 1999
- CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche*, in *Quaderni della rivista serv. pubbl. e app.*, 1, 2004, 91 ss.
- COSTI- MESSORI, *Per lo sviluppo. Un capitalismo senza rendite e con capitale*, Bologna, 2005
- COTTINO, *Partecipazione pubblica all’impresa privata ed interesse sociale*, in *Arch. giur.*, 1965, 45 ss.
- COTTINO, *L’imprenditore (diritto commerciale)*, Padova, 2000
- CUGURRA, *Competenze amministrative e limiti territoriali*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 204 ss.
- D’ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII
- D’ANTONIO, *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, 2008
- DAMONTE, *La partecipazione delle aziende speciali a procedure concorsuali per l’affidamento di appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2002, 9, 1096 ss.

DAMONTE, *Sull'attività extraterritoriale delle aziende speciali*, in *Giust. civ.*, 2002, 4, 1092 ss.

DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003

DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, in *Istituzioni del federalismo / Quaderni*, 2, 2011, 69 ss.

DE NICTOLIS-CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008

DEGANELLO, *I limiti della circoscrizione territoriale del Comune in rapporto alla natura dei servizi comunali*, in *Legge*, 1908, 81 ss.

DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. Orlando (diretto da), *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1930

DE VICENTI, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo?*, in www.astrid-online.it

DI CHIO, *L'impresa a partecipazione statale: un modo di essere delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1976, 922 ss.

DI CHIO, voce *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1997

DI GIOVINE, *L'assunzione di spese facoltative nei bilanci comunali*, in *Riv. amm.*, 1964, 508 ss.

DI LEO, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 8, 788 ss

DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006

DOMENICHELLI (a cura di), *La società pubblica tra diritto privato e diritto amministrativo: atti del convegno*, Padova, 8 giugno 2007, Padova, 2008

DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2, 1996, 229 ss.

DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996

DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001

DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2002, 221 ss.

DUGATO, *I servizi pubblici locali* in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003

DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 519 ss.

DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 3, 561 ss.

DUGATO, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2005, 1051 ss.

DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in G. Della Cananea e M. Dugato, *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006

DUGATO, *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house providing*, in F. Mastragostino (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007

DUGATO, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 1, 57 ss.

FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1959

FANIZZA, *L'extraterritorialità dell'azienda speciale*, in *Urb e App.*, 1998, 1332 ss.

FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009

FERRARI, *Il punto nazionale sull'in house providing.*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2007, 3, 1377 ss.

FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961

FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, in *Foro it.*, 1941 I, 199 ss.

FERRI, *Pubblico e privato nelle partecipazioni statali*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 413 ss.

FIENGO, *Limiti alla capacità giuridica per le imprese pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali*, in *Rass. Avv. Stato*, 2008, 3, p. 167 ss.

FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e dell'attività*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2011, 17, 20 ss.

FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Milano, 2011

FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, 2008

FOIS, *Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica*, in *Atti del convegno Interessi, pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, Milano, 2000

FORTI, *La funzione giuridica del territorio comunale*, in *Studi e questioni di diritto amministrativo*, Torino, 1906

FORTI, *Teoria dell'organizzazione e delle persone giuridiche pubbliche*, Napoli, 1948

FRACCHIA, *La Suprema corte impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali: un ulteriore allontanamento dal modello privatistico?*, in *Foro it.*, 2000, 1, 810 ss.

FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 589 ss.

FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, annali I, Milano, 2007

FRACCHIA, *Imprese pubbliche regionali e locali*, in *Enc. Giur.*, aggiornamento XVII, 2009

FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, Milano, 1970

GAGLIARDI, *Le sociétés publiques locales e l'in house providing alla francese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 6, 691 ss

GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007 fasc. 1, 17 ss

GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 282 ss.

GALGANO, *Partecipazioni statali, direttive governative e principio di legalità*, in *Riv. soc.*, 1982, 435 ss.

GALGANO, *Qual è l'oggetto della Holding*, in *Contratto e Impresa*, 1986, 327 ss.

GALGANO, *Commento a Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439*, in *Riv. dir. comm.* 1991, II, 515 ss.

GALGANO, voce *Imprenditore*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1992

GALGANO, voce *Persona giuridica* in *Dig. disc. priv.*, XIII, Torino, 1995

GALGANO, *Diritto commerciale*, Bologna, 2008

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, IV, Padova, 2010

GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010

GALIZIA, *Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province*, in *Riv. amm.*, 1962, 89 ss.

GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Dir. dell'economia*, 2000, 263 ss.

GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990

GHIDINI, *Lineamenti del diritto dell'impresa*, Milano, 1979

GHELARDUCCI, *Privatizzazioni e servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, 1996, 1754 ss.

GIANNINI, *Persone giuridiche pubbliche e private*, Roma, 1940

GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950

GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.

GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 995 ss.

GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967

GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993

GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995

GIANPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici territoriali*, in *Giur. Comm.*, 1995, 6, 998 ss.

GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008

GILBERTI-PERFETTI-RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. 135/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 3, 260 ss.

GILBERTI, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 2011, 1, 183 ss.

GILBERTI, *L'esenzione per le società quotate dal divieto di partecipazione alle gare di servizio pubblico locale alla luce della giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti infragruppo*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 5, 1399 ss.

GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 929 ss.

GIOVANNINI, *Sussidiarietà orizzontale e amministrazione condivisa*, in *Riv. am. Rep. It.*, 2011, 1-2, 5 ss.

GIUPPONI, *Il giudizio di legittimità sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2006

GOGGIAMANI, *La doverosità dei servizi pubblici*, in *Riv. giur. quad. serv. pubbl.*, 2011, 18 ss.

GOISIS, *I limiti all'attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 560 ss.

GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004

GOISIS, *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1195 ss.

GOISIS, voce *Imprese pubbliche*, in S. Cassese (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006

GOISIS, voce *Società a partecipazione pubblica*, in S. Cassese (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006

GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e i suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 579 ss.

- GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1, 396 ss.
- GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011
- GOTTI, *Rilievi in tema di attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in *Dir. reg.*, 1994, 338 ss.
- GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959
- GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986
- GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di servizio pubblico*, in F. Mastragostino (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, 1998
- GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 6, 1461 ss.
- GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1, 61 ss.
- GRISOLI, voce *Impresa comunitaria*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a.*, Torino, 2009
- GRÜNER, *Note minime intorno alla (pretesa autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in www.giustamm.it
- GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 4, II, 842 ss.
- GUALTIERI, *Società miste ed in house providing: un rapporto da definire*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, 3, 463 ss.
- GUARINO, *Gli enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962
- GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977
- GUERRERA (a cura di), *La società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010
- IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'idea di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005
- IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, 1 ss.
- IBBA-MALAGUTI- MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011

IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Munus*, 2011, 427 ss.

LACAVA, *L'impresa pubblica*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003

LAMANNA DI SALVO, *L'affidamento diretto nel decreto Bersani: un'analisi comparativa della novella del 2006 alla luce del diritto comunitario*, in *Giur. merito*, 2007, 7-8, 1890 ss.

LEVI, *La persona giuridica pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, I, 588 ss.

LIBERTINI, *Che cosa resta del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche*, in *www.federalismi.it*, 14, 2009

LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010

LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, annali, 2010

LIBONATI, *Diritto commerciale*, Milano, 2005

LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007

LIROSI, *I limiti ed i divieti dell'attività extraterritoriale delle società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giust. amm.*, 11, 2004

LITTLECHILD, *Privatisation, competition and regulation*, Londra, 2000

LOLLI, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 6, 1937 ss.

LOTTINI, *Il mercato europeo: profili pubblicistici*, Napoli, 2006

LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 3, 2011

MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1986

MANGANI, *Affidamenti in house e modello societario tra controllo analogo e conflitto di interessi*, in *Giust. amm.*, 2007, 7

MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999

MANGIAMELI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008

MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna 1991

MARCHI, *L'azienda speciale nella gestione dei servizi locali: acquisto della personalità giuridica e problemi giurisdizionali in tema di controversie riguardanti le gare di appalto*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 3-4, 771 ss.

MARCOLUNGO, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato*, in M. Pilade Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009

MARIO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987

MARTELLI, *Servizi pubblici e società per azioni*, Milano, 1997

MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982

MASETTI, *Le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali e loro limiti funzionali*, in *Giust. amm.*, 2007, 6, 1215 ss.

MASETTI, *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del decreto Bersani)*, in *Giust. amm.*, 2008

MASSERA, L' "in house providing": una questione da definire, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 8, 849 ss.

MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 8, 889 ss.

MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, 1998

MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 2-3, 537 ss.

MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987

MAZZOCCOLO, *La nuova legge comunale e provinciale*, Milano, 1912

MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, in C. Ibba, M. C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011

MELE (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici. La società per azioni per gli enti locali*, Milano, 2003

MERUSI- IARIA, *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1993

MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990

MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. Parl.* 2002, 79 ss.

MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002

MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, p. 37 ss.

MERUSI-SPATTINI, voce *Economia (intervento pubblico nell')*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006

MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 313 ss.

MESSINEO, voce *Contratto*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, IX

MICELI, *Società miste e diritto tributario: le questioni aperte*, in *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Torino, 2007

MICHELI, *Le società per azioni a capitale pubblico locale: sei anni di applicazione della l. 8 giugno 1990 n. 142*, in *Foro amm.*, 1997, 2, 663 ss.

MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942

MIELE, *Attualità e aspetti della distinzione tra persone giuridiche pubbliche e private*, in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1960

MIELE, *I poteri degli enti autarchici fuori del loro territorio*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987

MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche "privatizzate"*, in *Riv. delle società*, 1994, 4, 740 ss.

MONTANARI-PEDERZINI, *L'imprenditore e il mercato*, Torino, 2007

MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902

MONTERO PASCUAL, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 3-4, 663 ss.

MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009

MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976

MORZENTI PELLEGRINI, *L'utilizzabilità delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici, tra precisazioni in ordine agli specifici requisiti legittimanti e residue necessità di chiarimenti*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 3, 802 ss.

MUSSA, *Le società miste nell'ordinamento italiano*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 4, 1081

NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, in *Dir. amm.*, 2003, 827 ss.

NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005

NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra nuove e vecchie tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 1000 ss.

NAPOLITANO, *La difficile apertura dei servizi pubblici all'iniziativa economica privata*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnolo Vigorita*, Vol. II, Napoli, 2007

NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009

NAPOLITANO, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Economia dei servizi*, 2010, 3, p. 437 ss.

NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in *La nuova costituzione economica*, Bari, 2012

NICOLUCCI, *Brevi note in tema di aziende speciali degli enti locali ed attività extraterritoriale*, in *Foro amm.*, 1999, 7-8, 1666 ss.

NIGRO, *Gli enti pubblici con dimensione territoriale definita: problemi vecchi ed esperienze nuove*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1976, 541 ss.

NIGRO, *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Cons. Stato*, 1977, 797 ss.

NIUTTA-POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. Comm.*, 1999, 477 ss.

OPPO, *Scritti in onore di G. Valeri*, III, Milano, 1955

OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 41 ss.

OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959

OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1013 ss.

OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1962, 267 ss.

OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, in *Enc. dir.*, XX, 1970

OTTAVIANO, *Enti pubblici economici e natura della loro organizzazione per l'esercizio dell'impresa*, in *Cons. Stato*, 1990, II, 1541 ss.

OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Dig. Pubbl.*, Torino, 1991

PACE-ROVERSI MONACO-SOCA, *Le conseguenze giuridiche dei tre referendum sul «nucleare»*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 3092 ss.

PACIFICO, *Le partecipazioni societarie indirette nel quadro dell'art. 13 del d.l. 223 del 2006, cd. Bersani*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 7-8, 1913 ss.

PAGANI, *Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell'art. 13 del Decreto Bersani?*, in *Urb. e app.*, 2008, 9, 1173 ss.

PALLOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 01, 191

PAPA MALATESTA, voce *Partecipazioni pubbliche*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995

PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001

PARISIO, *Aspetti economico-redistributivi e tutela dell'ambiente nell'attività extra moenia dell'azienda speciale*, in *Giust. Civ.*, 1995, 2570 ss.

PERICU, ROMANO, SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995

PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico: l'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001

PERINI, *L'affidamento dei pubblici servizi locali a società miste e procedure di evidenza pubblica. (Alcune riflessioni in margine ad una sentenza regolatrice della giurisdizione)*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 81 ss.

PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968

PILADE CHITI (a cura di), *Partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009

- PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005
- PIPERATA, *Le società partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. Cammelli e M. Dugato (a cura di) *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008
- PIPERATA, *La Corte Costituzionale, il legislatore regionale e il modello “a mosaico” della società in house*, in *Le Regioni*, 2009, 3-4, 651 ss.
- PIPERATA, *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, in *Ist. Fed.*, 2009, 325 ss.
- PIPERATA, *Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi di cultura*, in *Aedon*, 2010, 1
- PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, I, 2011, 33 ss.
- PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994
- PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007
- PIZZA, *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del d.l. n. 223/2006 (c.d. decreto Bersani)*, in C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, 2011
- POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007
- POTOSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964
- POTOTSCHNIG, *Legittima l'attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate del gas e dell'acqua*, in *Il contatore*, 1971, 3, 51 ss.
- PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1955
- PUGLIANO, *Brevi considerazioni in tema di estensione extra moenia dei servizi pubblici locali gestiti a mezzo di azienda speciale*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 2, 308 ss.
- QUAGLIA, *La Corte Costituzionale e l'extraterritorialità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 4, 715 ss.
- RAGANELLI, *Le concessioni di lavori e servizi*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, II, Milano, 2007
- RAGUSA MAGGIORE, *Il fallimento. Il presupposto soggettivo*, in G. Ragusa Maggiore e C. Costa (diretto da), *Le procedure concorsuali. Il fallimento. Trattato*, I, Torino, 1997

- RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'articolo 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, 121 ss.
- RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 341 ss.
- RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997
- RICCA SALERNO, *Finanze locali*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IX, Milano, 1915
- RICCIUTO, *Liberalizzazione del mercato e imprese pubbliche: il nuovo quadro normativo nella prospettiva del diritto privato*, in C. Franchini e F. Tedeschini (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009
- RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012
- ROBOTTI (a cura di) *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2002
- ROMANO, *Il Comune*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, pt. 1, Milano, 1908
- ROMANO, *Autonomia*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947
- ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici : problemi generali, la capacità giuridica privata*, Milano, 1979
- ROMANO, voce *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987
- ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 478 ss.
- ROMANO TASSONE, *La concessioni a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. e governo locale*, 1992, 87 ss.
- ROSSI, *Le società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici e le società di interesse nazionale*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di dir. privato*, Torino, 1985
- ROSSI, voce *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1990
- ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991
- ROSSI, *L'ambito territoriale e i rapporti della società con i soci terzi*, in F. Trimarchi (a cura di), *Le società miste per i servizi locali. Atti del convegno, Messina, 22-23 Novembre 1996*, Milano, 1999
- ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 226 ss.

ROSTAGNO, *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Giust. amm.*, 2008

ROVERSI MONACO (F.A.), *Gli enti di gestione*, Milano, 1967

ROVERSI MONACO (F.A.), *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1973, 788 ss.

ROVERSI MONACO (F.A.), *L'attività economica pubblica*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, La costituzione economica*, Padova, 1977

ROVERSI MONACO (F.A.), *Gli interventi pubblici in campo economico*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, 2005

ROVERSI MONACO (M.G.), *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino, 2004

ROVERSI MONACO (M.G.), *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 12, 1371 ss.

RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 2005

SALA, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa pubblica)*, M. P. Chiti (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006

SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010

SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 2, 535 ss.

SALVIA, *I servizi pubblici nella letteratura recente*, in *Nuove aut.*, 2001

SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1957

SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990

SANDULLI, *Enti pubblici ed enti privati d'interesse pubblico*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990

SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1995

SANTONASO, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009

SANVITI, *Coordinamento e collaborazione fra enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, in *Le Regioni*, 1994, 2, 43 ss.

SARACINO, *Note in tema di controllo analogo: la lente del giurista tra indici presuntivi e parametri statutari*, in *Foro amm. TAR.*, 2008, 4, 1139 ss.

SAU, *Le società strumentali*, in M. Dugato (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008

SCALFI, *Persone giuridiche* (diritto civile), in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990

SCIULLO, *Sul riordino del quadro giuridico delle società pubbliche secondo il Rapporto Assonime*, in *Giust. amm.*, 2009

SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988

SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss.

SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2002, III, 557 ss.

SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 4, 777 ss.

SCOTTI, *Il pubblico servizio*, Padova, 2003

SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 915 ss.

SECONDO-VIVANI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, in *Urb. e app.*, 2012, 1, 39 ss.

SICLARI, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Padova 1992

SINISI, *L'attività extra moenia delle società miste: vincolo funzionale, nesso di controllo e «ambito territoriale ottimale»*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 10, 2857 ss.

SORACE- MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Digesto disc. pubbl.*, III, Torino, 1989

SORACE, *Note sui “servizi pubblici locali” dalla prospettiva della libertà di iniziativa economica e non dei privati*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1146 ss.

SORACE-MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Dir. amm.*, 1996, 653 ss.

SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 82 ss.

SORACE, *Servizi pubblici e servizi(economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.

SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse generale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, 2, 337 ss.

SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010

SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. privat.*, Torino, 1992

- STANCANELLI-MOSCARDI-DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in M.A. Sandulli-R. De Nictolis-R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008
- STICCHI DAMIANI, *L'attività extra moenia delle società a capitale pubblico-privato nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giust. amm.*, 2004
- TRENTI, *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica*, in *Quaderni delle Istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 47 ss.
- TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali. Atti del convegno, Messina, 22-23 Novembre 1996*, Milano, 1999
- TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 5, 1063 ss.
- TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, 3, 339 ss.
- TROCCOLI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Novissimo digesto*, X, Torino, 1964
- URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 1, 179 ss.
- URSI, *Anatomia di un ossimoro: in house providing e concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2007, 227 ss.
- URSI, *L'affidamento in house, in società pubblico-private e procedure di affidamento. L'in house alla prova delle regole comunitarie*, in *Quaderni del CDE*, 2008
- URSI, *La Corte Costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1, 11 ss.
- VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011
- VALENTINI, *L'impresa pubblica. Lineamenti giuridici*, Milano, 1980
- VALLERGA, *Società miste per la gestione dei pubblici servizi: «certezze» e prospettive di riforma*, in *Dir. amm.*, 1999, 643 ss.
- VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati*, in C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011
- VASQUES, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, 1999
- VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, in *Giur. cost.*, 1997, 1, 55 ss

- VESPERINI, *L'attività dell'azienda locale fuori dal territorio comunale*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 1996, 241 ss.
- VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2003, 3, 493 ss.
- VILLATA-BERTONAZZI, *Servizi di interesse generale*, in M. P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007
- VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008
- VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011
- VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979
- VITALE, *Il territorio nella definizione e gestione del servizio pubblico locale*, in M. Cammelli (a cura di) *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007
- VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni*, in M. CAMMELLI E M. DUGATO (a cura di) *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Milano, 2008
- VIVARELLI, *Le società pubbliche: le criticità del sistema con particolare riguardo alla necessità di contenimento della spesa pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 1, 83 ss.
- VOLPE, *La Corte europea continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. e app.*, 1, 2010, 53 ss.
- ZUELLI, *Servizi pubblici ed attività imprenditoriale*, Milano, 1973