

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**Dottorato di ricerca in
Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele
Ciclo XXVI**

Settore Concorsuale di afferenza:

12/D1 Diritto Amministrativo

Settore Scientifico disciplinare:

IUS/10 Diritto Amministrativo

**Enti locali e società di capitali nella gestione
di servizi pubblici locali e strumentali**

Presentata da: Ilenia Imola

**Coordinatore Dottorato
Prof. Giulio Illuminati**

**Relatore
Prof.ssa Marcella Gola**

Esame finale anno 2015

Al mio caro amico Stefano

CAPITOLO I - INTRODUZIONE AL TEMA DELLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E DEI SERVIZI STRUMENTALI 11

1.1 Il contenuto dello studio: la gestione dei servizi pubblici locali.....	11
1.1.1 (segue) <i>La gestione dei servizi strumentali</i>	16
1.2 Alle origini della gestione dei servizi pubblici locali.....	19
1.2.1 <i>La legge n. 103/1903</i>	20
1.2.2 <i>Il R.D. n. 2578/1925</i>	23
1.2.3 <i>L'ingresso degli enti locali nel mercato economico</i>	26
1.2.4 <i>La legge n. 142/1990</i>	27
1.2.5 <i>L'art. 113 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL)</i>	32
1.2.6 <i>L'art. 23bis e sua abrogazione tramite referendum popolare</i>	35
1.2.7 <i>L'art. 4, d.l. n. 138/2011</i>	38
1.2.8 <i>Gli specifici interventi sulle società partecipate da pubbliche amministrazioni e il sistema attuale</i>	40
1.3 Modelli di gestione nell'ordinamento europeo.	44
1.3.1 <i>I servizi pubblici locali e la concorrenza</i>	49
1.4 Modelli e forme alternativi alla società di capitali nell'ordinamento italiano.	52
1.5 Note di sintesi sul contenuto dello studio.	56

CAPITOLO II - PRINCIPI DI ORGANIZZAZIONE E DI AZIONE PUBBLICA IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI..... 60

2.1 Uno sguardo ai principi di organizzazione e di azione della Pubblica Amministrazione: il buon andamento e la buona amministrazione.	60
2.1.1 <i>Un corollario del buon andamento: la responsabilità amministrativa</i> ..	65
2.1.2 <i>Imparzialità e legalità</i>	67
2.1.3 <i>La riformulazione dell'art. 97 della Costituzione</i>	72
2.1.4 <i>Equilibrio di bilancio quale strumento di controllo delle amministrazioni pubbliche</i>	75

2.1.5 <i>Il sistema di garanzia dell'equilibrio di bilancio</i>	77
2.2 Il potere di auto-organizzazione e l'attività di diritto privato come esplicazione dei principi di azione della pubblica amministrazione.	80
2.3 Il contenuto dell'azione amministrativa in materia di servizi pubblici locali: la teoria soggettiva.	84
2.3.1 <i>La teoria oggettiva dei servizi pubblici locali</i>	87
2.3.2 <i>Ulteriori elementi di definizione del concetto di servizio pubblico locale</i>	91

CAPITOLO III - LO STRUMENTO SOCIETARIO NELL'ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E DEI SERVIZI STRUMENTALI..... 96

3.1 La gestione diretta (o autoproduzione) dei servizi.	96
3.1.2 <i>Il modello in house providing: elementi caratterizzanti</i>	99
3.1.3 <i>Il modello in house providing: evoluzione dell'istituto</i>	102
3.1.4 <i>Altri casi di gestione sottratte all'evidenza pubblica</i>	104
3.2 La gestione esternalizzata dei servizi.	106
3.3 L'esternalizzazione 'ibrida': la società di capitali.	109
3.3.1 <i>La caratterizzazione del tipo 'società a responsabilità limitata'</i>	113
3.3.2 <i>Le criticità del tipo 'società per azioni'</i>	117
3.3.3 <i>Quando il socio diventa pubblico</i>	119
3.3.4 <i>(segue) L'organizzazione societaria si adatta alla presenza del socio pubblico</i>	122
3.4 Il partenariato pubblico-privato: le società miste.....	127
3.4.1 <i>La convivenza di interessi divergenti nelle società miste</i>	130
3.4.2 <i>La prestazione del socio pubblico e quella del socio privato</i>	133
3.5 Società di capitali adottate nell'organizzazione dei servizi pubblici a rete per ambiti territoriali ottimali o omogenei	134
3.6 Il modello societario nella gestione dei servizi strumentali.....	139
3.6.1 <i>Il rischio di finalità elusive nell'impiego di società di capitali per la gestione di servizi strumentali</i>	141

CAPITOLO IV MODELLI DI GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E DEI SERVIZI STRUMENTALI DIVERSI DALLA SOCIETA' DI CAPITALI.....145

4.1 Soggetti imprenditoriali di natura pubblica: le aziende speciali.	145
4.1.1 <i>La struttura dell'azienda speciale.....</i>	147
4.1.2 <i>Elementi distintivi della società di capitali e dell'azienda speciale. ...</i>	150
4.1.3 <i>La trasformazione delle società di capitali in aziende speciali.</i>	154
4.2 Le pubbliche amministrazioni collaborano per la gestione di servizi in comune.	156
4.2.1 <i>L'organizzazione del partenariato pubblico-pubblico 'orizzontale'. ...</i>	158
4.2.3 <i>Requisiti essenziali del partenariato pubblico-pubblico 'orizzontale'. ...</i>	161
4.3 Il partenariato pubblico-privato nella concessione di servizi pubblici.	163
4.3.1 <i>Il rischio di impresa del privato nella gestione del servizio pubblico locale tramite concessione.</i>	166
4.3.2 <i>Il ruolo di vigilanza della Pubblica Amministrazione</i>	168
4.3.3 <i>Il ritorno della concessione per la gestione di servizi pubblici locali. ...</i>	171
4.4 La funzione sociale dei cittadini attraverso strumenti di democrazia partecipativa.	173
4.4.1 <i>La partecipazione attiva dei cittadini e la discrezionalità amministrativa.</i>	177

CAPITOLO V - RIFLESSIONI CONCLUSIVE SULLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E DEI SERVIZI STRUMENTALI TRAMITE SOCIETA' DI CAPITALI.....181

5.1 Il punto sulla gestione societaria dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali.	182
5.2 La scelta di adottare un'esternalizzazione 'ibrida' per la gestione dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali.	184
5.2.1 <i>I riflessi dell'esternalizzazione 'ibrida' sui regimi di responsabilità dei soggetti coinvolti nella gestione del servizio pubblico locale e di quello strumentale.</i>	186

5.2.2 Ricadute dell'esternalizzazione 'ibrida' sulla gestione del personale impiegato nelle società partecipate da pubbliche amministrazioni.	188
5.3 La crisi della gestione tramite società di capitali	190
5.3.1 I principi di funzionalizzazione ed economicità per determinare le società da mantenere.....	193
5.3.2 L'atto deliberativo favorevole all'impiego dello strumento societario	197
5.3.3 La possibile prosecuzione della gestione societaria in caso di perdite di esercizio	201
5.3.4 E' legittimo l'intervento dei soci pubblici in caso di perdite di esercizio?	203
5.3.5 L'incidenza delle scelte di governance sull'andamento economico della società.	206
5.3.6 (segue) Criteri di selezione della governance societaria	208
5.4 L'obbligo di definire un piano di razionalizzazione delle partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni.....	210
5.4.1 I casi in cui si rende opportuno dismettere la partecipazione societaria.....	214
5.4.2 I procedimenti di dismissione delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali.....	216
5.5 La necessità di sviluppare un sistema normativo generale sulla gestione dei servizi pubblici locali	218
5.5.1 Il possibile ruolo dell'Osservatorio dei servizi pubblici locali nella scelta dello schema gestionale da adottare	220
5.5.2 Il DDL S. 1577 detta il perimetro entro cui contenere le gestioni tramite società di capitali	222
5.5.3 Il sistema europeo e la valorizzazione dei contratti pubblici di appalto e concessione	224
BIBLIOGRAFIA.....	229

CAPITOLO I

INTRODUZIONE AL TEMA DELLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E DEI SERVIZI STRUMENTALI

1.1 Il contenuto dello studio: la gestione dei servizi pubblici locali; 1.1.1 (segue) La gestione dei servizi strumentali; 1.2 Alle origini della gestione dei servizi pubblici locali; 1.2.1 La legge n. 103/1903; 1.2.2 Il R.D. n. 2578/1925; 1.2.3 L'ingresso degli enti locali nel mercato economico; 1.2.4 La legge n. 142/1990; 1.2.5 L'art. 113 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL); 1.2.6 L'art. 23bis e sua abrogazione tramite referendum popolare; 1.2.7 L'art. 4, d.l. n. 138/2011; 1.2.8 Gli specifici interventi sulle società partecipate da pubbliche amministrazioni e il sistema attuale; 1.3 Modelli di gestione nell'ordinamento europeo; 1.3.1 I servizi pubblici locali e la concorrenza; Modelli e forme alternativi alla società di capitali nell'ordinamento italiano; 1.5 Note di sintesi sul contenuto dello studio.

1.1 Il contenuto dello studio: la gestione dei servizi pubblici locali.

La presente trattazione si occupa del rilevante tema del contratto societario quale modalità di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, servizi volti a soddisfare l'interesse generale di una determinata comunità territoriale. Più precisamente, secondo il contributo degli studiosi e della giurisprudenza nazionali¹, tali servizi sono quelli che hanno ad oggetto la produzione di beni o di attività economiche, potenzialmente realizzabili in

¹ Il concetto di servizi pubblici locali era difficilmente riconducibile ad un concetto univoco già ai tempi di F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, I, Padova, 1959; M.S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.* 1953, I, 611.

forma di impresa, caratterizzati dallo scopo di soddisfare bisogni primari e di promuovere lo sviluppo economico e civile della collettività di riferimento². Per lungo tempo, nello studio sui servizi pubblici l'orientamento prevalente della dottrina ha fatto riferimento a una concezione soggettiva di servizio pubblico, fondata sulla titolarità pubblica dello stesso³, ovvero

² Autorevole dottrina ritiene che originariamente l'interesse verso la figura dei servizi pubblici sia stato determinato dall'apporto scientifico della dottrina francese, secondo cui il servizio pubblico doveva essere considerato un fenomeno caratterizzante l'azione amministrativa. In merito agli orientamenti della dottrina francese si veda L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001. Essendosi la dottrina italiana sviluppata sulle riflessioni precedentemente compiute da quella francese, per avere un'idea degli approdi di essa, si veda J.L. de Corail, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, 1954; mentre nella dottrina italiana S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991.

Sui servizi pubblici, in generale, si vedano R. Garofoli- G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012; F. Caringella, *I servizi pubblici locali*, in *L'ordinamento degli enti locali*, Ipsoa, 2006, p.712; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, parte speciale, vol. I, Milano, 2003; M. Cammelli, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario* a cura di Randelli, Bottari e Donati, Rimini 1994. Sui servizi pubblici in generale si vedano, tra i tanti, i contributi di G. Caia, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, de regolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, E. Follieri – L. Iannotta (a cura di), Napoli, 2010; R. Villata, *I pubblici servizi*, Padova, 2003; M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91; E. Ferrari, *Servizi pubblici: impostazione e significato della ricerca di una nozione*, in *Foro it.*, 2002, I, 1843; L. Perfetti, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, 479; id., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000; A. Caroselli, *Il servizio pubblico: una categoria concettuale in continua evoluzione*, in *Trib. amm. reg.*, 2000, 82; G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. pubbl. serv.*, 1999, 1; L. Randelli – F. Mastragostino, *I comuni e le province*, Bologna, 1998; V. Martelli, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997; G. Corso, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, 199; R. Cavallo Perin, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993; S. Cattaneo, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, 1990, 233 ss; M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1990; F. Merusi, voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1970, XVII, 215 ss. In giurisprudenza si vedano CdS, sez. V, 17 aprile 2003, n. 2024; CdS, sez. V, 9.05.2001, n. 2605, tutte in www.giustiziamministrativa.it; Alcuni servizi definiti come servizi pubblici locali: il servizio di illuminazione pubblica in Deliberazione AVCP, n. 110 del 19 dicembre 2012; il servizio di refezione scolastica in Deliberazione AVCP, n. 22 dell'8 maggio 2014, tutte in www.avcp.it.

³ Si vedano, in particolare, G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, L. Mazzaroli – G. Pericu – A. Romano – F. Roversi Monaco – F. G. Scota (a cura di), III, Bologna, 2001, I; F. Merusi, voce *Servizio pubblico*, cit.

sull'assunzione da parte della pubblica amministrazione del servizio tra i propri scopi istituzionali.

Tale concezione evidenziava la differenza tra la nozione di *servizio pubblico* e quella di *funzione*: quest'ultima era la prevalente modalità di azione dell'amministrazione pubblica, caratterizzata dal potere autoritativo, ed attribuita necessariamente all'amministrazione pubblica; i servizi pubblici locali, diversamente, consistono nell'erogazione di servizi a favore dei cittadini e, come tali, non erogati necessariamente da soggetti pubblici⁴.

I servizi pubblici erano considerati *parte* delle funzioni svolte dalla pubblica amministrazione, ma le caratteristiche che possedevano non li rendevano funzioni in senso stretto.

L'intervento dello Stato in attività diverse dalle funzioni proprie della pubblica amministrazione veniva giustificato dalla presunzione che vi fossero sottesi motivi di pubblico interesse, da individuare in relazione ai destinatari dell'azione⁵. Tale impostazione nasceva soprattutto dal contesto storico in cui veniva elaborata, ovvero nel periodo in cui lo Stato era l'unico soggetto pubblico agente nei confronti della collettività⁶ e si considerava il solo in grado di rispondere alle esigenze che emergevano, non essendo ancora presente un decentramento reale e strutturato.

L'impianto ideale fondato sulla centralità dello Stato in tutti i settori del tessuto sociale è stato mantenuto anche dopo l'adozione della Carta costituzionale, di cui qualcuno ha, invece, tentato una lettura prettamente

⁴ Sulla distinzione tra funzioni e servizi pubblici locali si veda, in particolare, l'articolata descrizione che ne fa R. Villata, *Pubblici servizi*, Milano, 2006. Altri significativi contributi sulla distinzione tra funzioni e servizi pubblici locali si trovano in L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001; G. Caia, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in *Diritto amministrativo*, AAVV, Bologna, 2000; D. De Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis (sic!) della legge 241 del 1990: atti di natura non autoritativa secondo le regole del diritto privato e principio di specialità*, in www.giustamm.it; G. Miele, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1933, inserito successivamente in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987. Tra l'altro, la legge 26 aprile 1990, n. 86, che ha modificato l'art. 358 del codice penale, ha successivamente definito il servizio pubblico in contrapposizione al concetto di funzione, utilizzando i medesimi termini qui riportati.

⁵ L'argomento è affrontato da M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Mirabelli – Centurione (a cura di), Milano, 2000.

⁶ Cfr. il saggio di S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971.

oggettiva⁷, affermando che la facoltà del legislatore di riservare (o trasferire) allo Stato imprese che svolgano servizi pubblici (essenziali), come sancito dall'art. 43 Cost., avrebbe legittimato imprese private allo svolgimento di detti servizi, anche in assenza di un legame con la pubblica amministrazione. La tesi è stata contestata dalla dottrina successiva a favore della concezione soggettiva, secondo cui un servizio diviene pubblico nel momento in cui la pubblica amministrazione decide di classificarlo come tale e di assumerne la titolarità⁸, attraverso valutazioni che riscontrino i bisogni della collettività a favore della quale tali servizi sono prestati⁹.

Il dibattito è proseguito nel tentativo di conciliare i due orientamenti, fino all'emanazione dell'art. 112 del D.Lgs. n. 267/2000, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL), che ha confermato l'impostazione maggioritaria, sebbene non sia stata definita, in modo *pacifico*, la nozione di *servizio pubblico locale*.

Dalla lettura sistematica del TUEL, si desume che per servizi pubblici locali devono intendersi tutti quei servizi che abbiano ad oggetto la produzione di beni o di attività economiche, potenzialmente realizzabili in forma di impresa, caratterizzati dallo scopo di soddisfare bisogni primari e di promuovere lo sviluppo economico e civile della collettività di riferimento. Sulla base di questa definizione, agli enti territoriali è demandata la gestione dei servizi pubblici locali, nell'ambito delle rispettive competenze.

La definizione fornita dal TUEL è particolarmente ampia ed è possibile includervi qualsiasi attività svolta dagli enti locali, che sono i soggetti dell'articolazione della Repubblica, caratterizzati dal perseguimento di finalità generali, dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria¹⁰ e, quindi, in grado di determinare i propri compiti, soprattutto,

⁷ Si fa riferimento a U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, 1964.

⁸ Si vedano in tal senso M. Cammelli - A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, ed. II, Rimini, 1999; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1999; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993; A. Police, *Sulla nozione di <<servizi pubblici locali>>*, in *Servizi pubblici locali*, S. Mangiameli (a cura di), Torino, 2008.

⁹ In tal senso cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

¹⁰ Come previsto dagli articoli 114 e 117 della Costituzione e ribadito nell'art. 3 TUEL. Per un commento sull'autonomia organizzativa degli enti territoriali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione si vedano tra i tanti B. Caravita (a cura di), *I processi di*

di selezionare le attività di produzione di beni e di servizi da considerare *doverose*, stanti le caratteristiche richieste dallo stesso art. 112¹¹.

La successiva evoluzione giurisprudenziale della nozione di servizio pubblico si è concentrata sulla scelta politico-amministrativa dell'ente locale di prendere in carico il servizio medesimo nell'ambito dei propri compiti. Tale scelta ha assunto il carattere di elemento costitutivo della definizione di servizio pubblico locale, unitamente all'aspetto soggettivo e a quello oggettivo richiamati.

La definizione di servizi pubblici locali non può prescindere, tuttavia, dal contesto generale dell'ordinamento italiano e dall'impostazione dell'ordinamento europeo. Quest'ultimo fa riferimento alla nozione di “*servizio di interesse generale*” quale “*attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato*”¹², e ciò evidenzia la corrispondenza con

attuazione del federalismo in Italia, Giuffrè, Milano 2004; P. Caretti, *Stato, regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, relazione presentata al Convegno *L'attuazione del Titolo V della Costituzione*, Varenna 16-18 settembre 2004, in www.federalismi.it; V. Cerulli Irelli, *Il nuovo assetto dell'amministrazione*, relazione presentata al Convegno *L'attuazione del Titolo V della Costituzione*, Varenna, 16-18 settembre 2004, in www.federalismi.it; ma già M.S. Giannini, *Autonomia Pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*. Vol. IV, Giuffrè, Milano 1959; C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*. Saggi, Cedam, Padova 1954. L'evoluzione storica delle autonomie locali è ben tracciata da G. Vesperini, *Le regioni e gli enti locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. Cassese (a cura di), *Diritto amministrativo generale*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2003. Con riferimento all'art. 119 della Costituzione, che ha riconosciuto autonomia finanziaria alle articolazioni territoriali A. Brancasi, *L'attuazione del federalismo attraverso i principi contenuti nell'art. 119 Cost.*, in *I principi costituzionali e comunitari del federalismo fiscale*, a cura di F. Amatucci e G. C. di San Luca, Torino, Giappichelli, 2007; G. della Cananea, *L'articolo 119 della Costituzione (commi 3-6)*, in *Commentario della Costituzione*, R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), Torino, 2006; G. D'Auria, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali*, in *Foro it.*, 2004, fasc. 9, 75; F. Gallo, *Prime osservazioni sul nuovo art. 119 della Costituzione*, in *Rass. tribut.*, 2002, 586; Id., *Federalismo fiscale e ripartizione delle basi imponibili tra Stato, regioni ed enti locali*, in *Tributi*, n. 6/2002, 2007; P. Giarda, *Le regole del federalismo fiscale nell'art. 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *Le regioni*, n. 6/2001.

¹¹ Si legga, sul punto, il commento di R. Cavallo Perin, sub *art. 112*, in *Commentario breve al testo unico sulle Autonomie locali*, R. Cavallo Perin e A. Romano (a cura di), Padova, 2006.

¹² CGCE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia; CGCE, 10 gennaio 2006, C-222/04, Ministero dell'economia e delle finanze; CGCE, 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband, nonché Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, paragrafo 2.3, punto 44.

la definizione che l'ordinamento italiano propone per il servizio pubblico locale a rilevanza economica. Entrambe, infatti, fanno riferimento ad un servizio reso mediante un'attività economica, pubblica o privata, che fornisce prestazioni considerate necessarie nei confronti di un'indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni¹³.

Le due nozioni, quindi, assolvono la medesima funzione: quella di individuare i servizi da gestire, che possono essere affidati a terzi secondo modalità che tutelino la concorrenza, di regola secondo procedure competitive ad evidenza pubblica, oppure possono essere svolti direttamente dalle amministrazioni medesime tramite mezzi propri o attraverso soggetti formalmente esterni costituiti *ad hoc*.

1.1.1 (segue) La gestione dei servizi strumentali.

Il presente lavoro verterà anche sul tema della gestione societaria di servizi strumentali, di tutti quei servizi, cioè, resi alla pubblica amministrazione senza che vi corrisponda uno specifico interesse da parte degli utenti¹⁴,

¹³Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV.

¹⁴Esempi di servizio strumentale sono quelli della gestione e manutenzione del patrimonio, fornitura di calore ed elettricità per immobili pubblici, progettazione, attività di riscossione. Per un maggiore approfondimento della definizione di servizi strumentali si osservino Corte conti, sez. contr. Lombardia, 7 ottobre 2013, PAR. n. 411, in www.corteconti.it; TAR Liguria, sez II, 9 gennaio 2009, n. 39; CdS, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215; TAR Lombardia, 25 agosto 2003, n. 1189, tutti in www.giustizia-amministrativa.it; in tema di servizi strumentali e sulla distinzione tra essi e i servizi pubblici locali si vedano Corte Cost. 23 luglio 2013, n. 229, in www.dirittodeiservizipubblici.it; CdS, Ad. plenaria n. 17 del 2011 che riepiloga le decisioni in materia; CdS, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, in www.giustizia-amministrativa.it; CdS, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2009, 1481; CdS, sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346, in *Foro amm.-CDS*, 2009, 1727; CdS, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 1481; Tar Lazio - Roma, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 2051; Cass., S.U., 3 agosto 2006, n. 17573, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 1393, con nota R. Giovagnoli; Cass., S.U., 19 aprile 2004, n. 7461 in *Foro it.*, 2013, parte I. 2018; CdS, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6574 e CdS, sez V, 29 novembre 2000, n. 6325 entrambi in www.giustizia-amministrativa.it. Si veda anche il parere AGCM/AS 1031, 22 marzo 2013, in www.agcm.it/pareri.

Dalla lettera della norma sono sorti diversi dubbi sulla reale portata di essa, tra cui ci si è chiesti se l'istituto fosse dovesse essere applicato alle società indirettamente partecipare, cd partecipazioni di secondo livello e, in un secondo momento, a verificare l'applicabilità della norma e dei suoi divieti alle società di terzo livello. Su quest'ultimo tema, tra i tanti, cfr. S. Mento, *Società strumentali e concorrenza*, (nota a Cons. Stato sez. V 10 settembre

poiché l'interesse all'esecuzione di essi sta in capo all'amministrazione medesima, cui sono rivolti.

Il destinatario della prestazione è uno degli elementi di *discrimine* tra i servizi strumentali e i servizi pubblici locali, cui si aggiunge la natura dell'attività, poiché si tratta di servizi necessari all'amministrazione per il raggiungimento dei propri scopi istituzionali e che, spesso, rivestono carattere commerciale¹⁵.

L'individuazione della definizione di servizi strumentali è recente rispetto a quelle dei servizi pubblici locali e si connette all'evoluzione dell'autonomia delle amministrazioni territoriali, che, nel tempo, si sono introdotte nella gestione di servizi precedentemente acquisiti sul mercato in considerazione del crescente slancio imprenditoriale e, soprattutto, per allocare al di fuori della struttura pubblica costi sottoposti ai vincoli del Patto di stabilità interno¹⁶. La personalità giuridica della società ha permesso, infatti, di frapporre uno *schermo* tra essa e l'ente locale di riferimento e di preservare il secondo da conseguenze che avrebbero appesantito l'azione amministrativa¹⁷. In virtù della natura commerciale di buona parte dei servizi strumentali gestiti dagli enti locali tramite società di capitali, il legislatore è intervenuto

2010, n. 6527), in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, fasc. 4 pag. 412 – 417; S. Rostagno, *L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani: prime indicazioni della giurisprudenza e prime perplessità*, in *Giust. Amm.*, 2007, 1, 26. Sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici si veda G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003 e di recente, sul tema dei servizi pubblici privati il già citato CdS n. 1574/2012.

¹⁵ Sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici si veda G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. In giurisprudenza l'importante pronuncia Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325, in www.cortecostituzionale.it. Ma anche il già citato CdS n. 1574/2012; CdS., sez. V., sent. 12 giugno 2009, n. 3766 e CdS., sez. V, sent. 5 marzo 2010, n. 1282, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Secondo la giurisprudenza richiamata, occorre valutare caso per caso se, alla luce dello statuto, del contratto di servizio e dell'attività espletata, una società sia qualificabile come società di interesse generale o come società strumentale.

¹⁶ Il Patto di stabilità interno è un insieme di regole fiscali cui le amministrazioni pubbliche devono attenersi per garantire il raggiungimento di equilibri finanziari del complesso pubblico nazionale, che deve sottostare alla disciplina sottoscritta a livello europeo con il Patto di stabilità e crescita.

¹⁷ Si veda il rapporto Unioncamere, cit. e anche Confservizi, *Indagine sugli assetti proprietari. Rilevazione su assetti proprietari, quote e forme di dismissione delle imprese di servizio pubblico locale*, Quaderni Confservizi, Roma, 2007.

sulla materia per differenziare le due tipologie di attività di cui si tratta¹⁸ prendendo in considerazione la gestione dei servizi strumentali da parte di società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali¹⁹.

La focalizzazione sulla gestione di servizi strumentali tramite società di capitali è legata al fatto che lo strumento societario è, di fatto, l'unico veicolo attraverso cui le amministrazioni territoriali si avvicinano a questa tipologia di servizi.

Il legislatore italiano, intervenendo, ha interpretato restrittivamente uno dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza europea per le gestioni dirette, ovvero l'attività rivolta prevalentemente nei confronti dell'amministrazione di appartenenza, e ha stabilito un più pregnante divieto di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, e altrettanto di detenere partecipazioni in altre società o enti, stante l'esigenza di tutela del mercato concorrenziale, passibile di alterazione per la presenza di soggetti garantiti dal rapporto con la propria amministrazione (o proprie amministrazioni) di riferimento²⁰. Le società strumentali sono, infatti, fortemente legate agli enti

¹⁸ Si fa riferimento all'art. 13, D.L. n. 223/2006, convertito in legge n. 248/2006.

¹⁹ La norma è stata modificata a più riprese ed è stata oggetto di studio da parte di buona parte della dottrina amministrativistica. Si veda, tra i tanti, lo scritto di A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 6, 742.

Dalla lettera della norma sono sorti diversi dubbi sulla reale portata di essa, tra cui ci si è chiesti se la norma e i suoi divieti fossero applicati anche alle società indirettamente partecipare, cd partecipazioni di secondo livello e alle società di terzo livello. Su quest'ultimo tema, tra i tanti, cfr. S. Mento, *Società strumentali e concorrenza, (nota a Cons. Stato sez. V 10 settembre 2010, n. 6527)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, fasc. 4 pag. 412 – 417; S. Rostagno, *L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani: prime indicazioni della giurisprudenza e prime perplessità*, in *Giust. Amm.*, 2007, 1, 26.

²⁰ Si veda *in primis* Direttiva n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in G.U.C.E. n. 134 del 30 aprile 2004; nella giurisprudenza nazionale si segnalano CdS, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8069; CdS, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651; CdS, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, CdS, sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1037; CdS, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3767; CdS, sez. V, 5 marzo 2008, n. 946, tutti in www.giustizia-amministrativa.it. Dall'esclusione delle società strumentali dal mercato concorrenziale deriva una distinzione tra attività strumentale, che è attività amministrativa, e attività di impresa. In questo senso si veda Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 326, in www.cortecostituzionale.it.

proprietari e, di conseguenza, particolarmente avvantaggiate rispetto agli altri offerenti dei medesimi beni o servizi sul mercato²¹.

Si spiega, così, il percorso *normativo* di incentivazione alla dismissione di tali partecipazioni da parte degli enti locali, non solo per la salvaguardia del mercato concorrenziale, ma anche per garantire alla comunità di riferimento servizi adeguati alle esigenze avanzate e, inoltre, per contenere la spesa pubblica correlata alle gestioni esternalizzate, che sfuggono al controllo della Corte dei Conti e che, tuttavia, incidono in maniera significativa sui bilanci delle amministrazioni territoriali, spesso con *trend* negativi²².

Per comprendere con maggiore chiarezza, per quanto possibile data la complessità del sistema normativo e l'articolazione delle realtà territoriali²³, la situazione attuale della gestione di servizi pubblici locali e di servizi strumentali tramite società di capitali partecipate da enti locali, occorre ripercorrere le tappe fondamentali della loro storia, ricostruire il contesto normativo di riferimento e definire alcuni *passi* che possono essere compiuti per migliorare la gestione di questi importanti servizi territoriali.

1.2 Alle origini della gestione dei servizi pubblici locali.

La modalità con cui gestire i servizi erogati dalla Pubblica Amministrazione ha origini lontane nel tempo ed è emerso in maniera significativa a seguito dell'unificazione d'Italia.

La creazione di un'unica Nazione ha inevitabilmente mutato il contesto sociale dei singoli territori e, di conseguenza, anche i bisogni dei cittadini

²¹ Revirement giurisprudenziale si ha con CdS, sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, con nota di A. Di Leo, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, fasc. 8, 789; CdS, sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946, in *Foro amm.-CdS*, 2008, 800 ss; vedi mento note 12-15

²² La constatazione della complessità del sistema è rilevata da più parti. Si veda, in particolare, CdS, sez. II, 25 settembre 2009 n. 322, in www.giustizia-amministrativa.it; tale osservazione è proposta anche nel "Programma di razionalizzazione delle partecipate locali" del Commissario per la revisione della spesa pubblica nonché nella Relazione 2014 della Corte dei Conti "Gli organismi partecipati dagli enti territoriali", deliberazione n. 15/SEZAUT/2014/FRG.

²³ La storia delle società di capitali a partecipazione pubblica viene definita "*tormentata*" da M. Cammelli nella nota alla sentenza Corte Cost. 8 maggio 2009, n. 148, *Legislatori, giudici e società in mano pubblica: buone intenzioni, incerti strumenti, modesti risultati*, in *Le Regioni*, 2009, 5, 1071, che offre alcune considerazioni sul tema.

sono divenuti più complessi, soprattutto in relazione alle massicce migrazioni verso i centri abitati, che hanno caratterizzato l'inizio del XIX secolo.

L'esercizio dei poteri autoritativi e delle funzioni di regolazione delle pubbliche amministrazioni, che avevano identificato l'azione amministrativa fino a quel momento, non apparivano più in grado di garantire le nuove esigenze derivanti dall'intensificazione della vita urbana e ciò spinse gli enti territoriali a rivolgersi ai privati²⁴. Questi erano in grado di accollarsi anche ingenti investimenti, e ricevevano la gestione dei servizi pubblici mediante concessione, identificata in un *provvedimento-contratto* che conferiva posizioni giuridiche precedentemente inesistenti nella sfera giuridica del destinatario²⁵.

Tutto ciò ha favorito lo sviluppo di una prassi svincolata da una chiara regolamentazione, intervenuta successivamente nell'anno 1903²⁶ con l'intento di soccorrere alle necessità delle articolazioni territoriali, che manifestavano il disagio di strumenti inadeguati rispetto al crescente mutamento dei bisogni rappresentati dalla cittadinanza.

1.2.1 La legge n. 103/1903

La legge n. 103/1903 non forniva una definizione di servizio pubblico locale, ma determinava i presupposti necessari perché i Comuni (le Province verranno prese in considerazione poco più di un decennio dopo²⁷) potessero

²⁴ Per una interessante storiografia si veda G. Spagnoli, *Municipalizzazione e progresso sociale*, in *Corr. amm.*, 1963, 433.

²⁵ Così secondo la definizione di autorevole dottrina F.G. Scoca, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, F. Roversi Monaco (a cura di), Rimini, 1988, 25; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 261. La natura della concessione è stata dibattuta nel tempo e ha trovato definizioni confacenti al periodo storico in cui l'istituto è stato preso in considerazione. Si veda sul tema della natura della concessione lo scritto già di U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 371. Per una ricostruzione storica cfr. G. Rizzo, *La concessione di servizi*, Torino, 2012.

²⁶ La legge 29 marzo 1903, n. 103 aveva ad oggetto la municipalizzazione dei servizi pubblici, ed è chiamata 'Legge Giolitti' dal nome del Ministro dell'Interno che la presentò. Cfr. anche il relativo regolamento di attuazione R.D. 10 marzo 1904, n. 108.

²⁷ Fu il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047, ad estendere anche alle province l'assunzione di alcuni pubblici servizi, entro determinati limiti.

identificare i servizi da definire come pubblici, fissando al contempo le regole amministrative ed organizzative per la gestione di essi, in via diretta o attraverso lo strumento della concessione a privati²⁸.

La concessione, divenuta uno strumento organizzativo in materia di servizi pubblici locali, veniva normativamente confermata come valido modello di affidamento²⁹.

L'innovazione della norma, tuttavia, fu quella di prevedere la gestione dei servizi tramite un'azienda municipale³⁰, soggetto differenziato dalla gestione ordinaria dell'amministrazione comunale, ma non distinto dal Comune in

²⁸ Per un'analisi della legge 103/1923 si veda lo scritto di U. Borsi, *Le funzioni del Comune italiano*, Milano, 1909.

²⁹ Il sistema sviluppatosi sulle concessioni a quell'epoca aveva già creato monopoli in mano ai privati, che, per diverso tempo, hanno lucrato sulle tariffe praticate. L'emanazione della legge n. 103/1923 mirava a combattere proprio il fenomeno del monopolio dei privati sui servizi pubblici. Afferma Montemartini, ideatore delle aziende municipali, nell'anno 1902: “[...] ogni cittadino sarà tutelato contro i pericoli del monopolio, come ogni cittadino ha l'eguale protezione, da parte dello Stato, contro gli assassini e i ladri”. *Contra* la relazione della Commissione della Camera dei Deputati, dove viene fortemente criticato il modello: “Nelle aziende municipalizzate farà difetto l'elemento tecnico, se non nella direzione, certamente negli uffici di controllo; abbonerà, invece, l'intrusione dei policastri, degli arruffoni, dei cercatori di impieghi, che, famelici, si butteranno addosso ai nuovi istituti, cercando di trasfondere tutti i germi malefici onde è inquinato, così spesso, il torbido sottosuolo della vita locale. Si moltiplicheranno gli impiegati e i salariati, che saranno molesti, non solo per il loro grande numero, non necessario, ma, peggio, per l'indole loro: elettori tutti, e pretenziosi, e magnificanti la propria supposta qualità di pubblici funzionari, aspireranno a continue promozioni, e premeranno sul municipio, col peso della loro organizzazione, volta a privato tornaconto e, per ciò stesso, a pubblico nocimento”.

Più avanti sarà la Corte Costituzionale a dichiarare che è importante il funzionamento del mercato concorrenziale, affermando nella sentenza 2 dicembre 1982, n. 223 che “La libertà di concorrenza tra imprese ha, com'è noto, una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i prezzi”.

³⁰ Cfr. G. Treves, *Azienda (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, che sottolinea come, diversamente che per il diritto privato “[...] Il fine dell'azienda non è qui necessariamente quello della produzione di beni o servizi, come nell'impresa in senso giuridico, ma è più ampio. Si possono avere anche aziende dello Stato, della regione, della provincia, del comune, come del resto della famiglia, pur non essendo questi sorti per l'esercizio di un'attività imprenditoriale. Vi sono quindi aziende di erogazione, accanto a quelle di produzione o imprese.”.

quanto non possedeva personalità giuridica³¹ che, si vedrà, verrà riconosciuta solo nella legislazione successiva.

La costituzione di un'azienda municipalizzata comportava la creazione di una struttura separata da quella pubblica, costituita da una propria organizzazione e gestita da due organi, la commissione amministratrice e il direttore.

Con l'avvento dell'azienda municipale, gli enti locali potevano intervenire direttamente nel tessuto sociale per offrire alla comunità di riferimento servizi universali, a costi sostenibili, diversamente dalla direzione che avevano assunto le gestioni tramite concessione a privati, che miravano ad aumentare le tariffe a proprio vantaggio³².

Ciò poneva inevitabilmente i comuni nella responsabilità di valutare l'opportunità economica della gestione diretta dei servizi pubblici e di effettuare, successivamente, controlli relativi al funzionamento e all'andamento di tali soggetti esterni, compito affidato agli organi comunali.

L'emanazione della legge n. 103/1923 ebbe una grande importanza anche per l'introduzione dell'idea che il servizio pubblico riveste una propria autonomia rispetto al complesso delle attività che competono all'amministrazione pubblica, (sebbene lo si ritenesse, di fatto, ancora strettamente legato al concetto di funzione pubblica). Forse per questo motivo la norma non si soffermò sulla definizione *dogmatica* di servizio pubblico locale ma indicò gli strumenti giuridici per realizzarlo, avvalorando, in questo modo, la tesi di chi sosteneva che la gestione e

³¹ Il sistema delle aziende municipalizzate trova un iniziale limite nella mancanza di autonomia, poiché prive di personalità giuridica. Sul tema si veda, per tutti, M.S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953. Sul tema dell'autonomia delle aziende municipalizzate si vedano gli scritti del tempo tra cui G. Montemartini, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902; C. Mezzanotte, *La municipalizzazione dei servizi pubblici*, Milano, 1902.

³² La preoccupazione del legislatore sul tema è documentata nella relazione del Ministro Giolitti al disegno di legge, in *Collezione legislativa Anidel*, 10 citata da R. Cavallo Perin in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, art. 114, Padova, 2006: “Da una parte invero i comuni, preoccupati dei crescenti oneri finanziari e al tempo stesso naturali tutori degli interessi dei cittadini, insistevano e lottavano per conseguire riduzioni di prezzi ed agevolatezze che i concessionari erano restii ad accordare, e dall'altra si notava sempre più larghezza nei profitti che codesti servizi assicuravano agli esercenti, soprattutto alle imprese concessionarie della illuminazione a gas e di acquedotti, più recentemente agli esercenti di omnibus e tranvie”.

l'erogazione di tali servizi dovesse essere organizzata secondo strumenti derivanti dalle scienze aziendalistiche, e non secondo quelli burocratico-amministrativi³³, apparentemente incapaci di soddisfare le esigenze dei cittadini.

Infatti, la norma pose anche le basi per legittimare gli enti pubblici all'uso di schemi appartenenti al mondo imprenditoriale, applicati alle attività di diritto privato svolte dalle proprie aziende municipali.

1.2.2 Il R.D. n. 2578/1925

Il riconoscimento al Comune di intervenire direttamente nella gestione dei servizi pubblici locali trovò un notevole sviluppo nella legislazione successiva alla legge n. 103/1903, in particolare, nel r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, contenente il testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province, che, per decenni, ha disciplinato la materia.

Tale provvedimento introduceva la possibilità (alternativa), di assumere direttamente il servizio, mediante gestione in economia o azienda municipale, oppure di affidarlo in gestione a privati, tramite concessione.

La gestione diretta veniva, di regola, ammessa per alcuni dei servizi indicati in uno specifico elenco contenuto nella norma e considerato privo di valore tassativo³⁴, come già era avvenuto per il medesimo elenco contenuto nella precedente legge n. 103/1903, poiché l'interpretazione favorevole alla tassatività avrebbe inevitabilmente limitato gli enti locali nella propria capacità organizzativa, sebbene non ancora ampiamente conclamata.

³³ Si veda in questo senso M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, 1970.

³⁴ Cfr. art. 1, R.D. n. 2578/1925 in cui venivano indicati i seguenti servizi: costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case; trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali; costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; costruzione ed esercizio di asili notturni; stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere.

I servizi in elenco erano tutti quelli che rivestivano una limitata importanza per l'ente o che non possedevano carattere prevalentemente industriale e, quindi, non era opportuno che venissero svolti nelle forme e col procedimento stabilito per la costituzione dell'azienda municipale³⁵.

Quest'ultima dava vita all'urgenza degli enti territoriali di fornire servizi ai cittadini tramite un meccanismo intermedio tra la gestione in economia e la concessione a privati, anche se poneva una serie di problemi che, solo nel tempo, sarebbero stati, in qualche modo, superati. Si pensi, ad esempio, che le aziende municipali non possedevano personalità giuridica, sicché i costi da esse sostenuti ricadevano sull'ente locale che le aveva costituite (attraverso la previsione secondo cui le perdite erano coperte dalla parte straordinaria della spesa del bilancio comunale).

Il legislatore, a dire il vero, aveva ipotizzato uno scenario in cui le aziende avrebbero prodotto utili, da destinarsi, *in primis*, al miglioramento del servizio o alla riduzione delle tariffe e, in via residua, da assegnare al Comune. Ciò, tuttavia, non avvenne, o avvenne raramente, perché a quell'epoca l'attività prevalente consisteva nella costruzione di grandi infrastrutture, dove i costi erano indubbiamente ingenti e gli introiti inesistenti.

Inoltre, l'idea di fondo che guidava l'azione amministrativa era quella di uno Stato in grado di fornire servizi universali a tariffe standard, ma ancora non si teneva adeguatamente in considerazione l'eventualità di stabilire prestazioni graduate per fasce sociali e forme di sussidiarietà, elementi che, nel terzo millennio, favoriscono la fruizione dei servizi da parte della maggioranza dei cittadini.

Proprio in virtù dello stretto legame finanziario tra le aziende e l'ente locale, quest'ultimo era chiamato a controllare l'azione delle prime attraverso, per esempio, la vigilanza sui bilanci e sulle deliberazioni relative alle spese³⁶ (solo in un momento successivo³⁷ è stata valutata l'opportunità di porre un controllo esterno, affidato ad un collegio di revisori dei conti nominato dal

³⁵ In tal senso l'art. 15, R.D. n. 2578/1925.

³⁶ Queste erano soggette alle verifiche del consiglio comunale e del comitato regionale di controllo.

³⁷ Si veda l'art. 27-nonies l. 26.2.1982 n. 51.

consiglio comunale. Esso aveva il compito di vigilare sulla gestione economico finanziaria dell'azienda, attestando la rispondenza del rendiconto alle risultanze delle scritture contabili e redigendo un'apposita relazione sulla situazione dell'azienda).

Al di là della mancanza di personalità giuridica, le aziende municipali godevano di una, seppur limitata, autonomia amministrativa e potevano compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine, oltre a stare in giudizio per le azioni conseguenti³⁸.

L'autonomia era ciò che caratterizzava tale strumento di azione della Pubblica Amministrazione, per la necessità di accedere al mercato attraverso un soggetto sufficientemente autonomo ma che mantenesse, tuttavia, uno stretto legame con l'ente locale, fino a poterne influenzare le decisioni.

Parallelamente all'impiego delle aziende speciali, si svilupparono nella prassi *esperimenti* di partecipazioni societarie da parte degli enti locali, che trovano un primo riscontro legislativo nel testo unico della legge comunale e provinciale del 1934³⁹. Il testo unico imponeva l'approvazione delle deliberazioni relative all'acquisto di "azioni industriali" da parte dei Comuni, mostrando che erano presenti esperienze di questo genere a livello locale. L'eventualità di acquistare azioni in società, sebbene menzionata legislativamente, non era oggetto di un percorso predefinito dal legislatore, come avveniva per l'attività imprenditoriale dello Stato, e rimaneva un percorso lasciato alla storia di ogni singolo territorio.

³⁸ Sull'autonomia delle aziende speciali si veda la pronuncia della Corte Costituzionale 12.2.1996, n. 28 e le successive pronunce del Consiglio di Stato, sezione V, 19 settembre 2000, n. 4850; sezione V, 15 maggio 2000, n. 2735; sezione IV, 26 gennaio 1999, n. 78, secondo cui l'azienda speciale, definita dall'art. 23, primo comma, della legge n. 142 del 1990, come ente strumentale del comune, si qualificava quale ente istituzionalmente dipendente dall'ente locale costituente, essendo parte del sistema amministrativo che faceva capo allo stesso ente territoriale. L'azienda speciale costituiva un nuovo centro di imputazione di situazioni e rapporti giuridici, distinto dai comuni che lo avevano istituito, affinché sul piano operativo, potesse disporre dell'autonomia decisionale necessaria per l'assunzione di scelte di tipo imprenditoriale, consistenti nella organizzazione dei fattori della produzione secondo i modelli propri dell'impresa privata, con lo scopo di conseguire un maggiore grado di efficacia, di efficienza e di economicità del servizio pubblico (così l'art. 23, comma quarto, della legge n. 142 del 1990). Per un autorevole commento cfr. M.S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, 611.

³⁹ Cfr. R. D. 3 marzo 1934, n. 383, art. 99 per i comuni con popolazione superiore ai 100.000 abitanti e art. 101 per i comuni con popolazione inferiore ai 20.000 abitanti.

1.2.3 L'ingresso degli enti locali nel mercato economico

L'adozione della Carta Costituzionale nel 1942 ha, in parte, modificato i connotati dell'azione amministrativa, dettando i principi fondanti del sistema pubblico.

Nel nuovo assetto ordinamentale si è inserita, in maniera sempre più consistente, l'*impronta* dell'Unione Europea, che, nel tempo, ha imposto ai singoli Stati membri l'adattamento della propria organizzazione interna alla nuova struttura sovranazionale e ha costituito un fattore essenziale per l'introduzione di nuovi principi (o l'insistenza su altri già presenti nell'ordinamento), con particolare riferimento a quelli che attengono all'ambito economico di azione, tra i quali spicca la concorrenza.

Il sistema di gestione dei servizi pubblici locali non ha subito grossi cambiamenti in questo periodo storico, ma si registra fin dagli anni 50, un intervento pubblico sempre più consistente nella produzione di beni e nell'erogazione di servizi, con la creazione di monopoli in mano principalmente statali⁴⁰; ciò nel presupposto che l'interesse pubblico fosse maggiormente tutelato rispetto alla gestione affidata esclusivamente al privato, spinto da logiche lucrative e incapace di assumere come proprie le finalità sociali dell'azione pubblica. Era inverosimile, ad esempio, l'idea che un privato potesse erogare il servizio televisivo, nato con lo scopo di garantire una diffusa informazione delle notizie e favorire la conoscenza da parte dei cittadini⁴¹.

D'altronde, l'intervento pubblico in attività economiche sembrava imprescindibile per il raggiungimento di obiettivi di sviluppo del territorio e di quello industriale che richiedevano il rafforzamento di settori strategici. Bisogna attendere l'istituzione delle Regioni, negli anni '70, per scorgere un *movimento* delle amministrazioni territoriali verso una differente concezione della propria organizzazione e della propria azione, che ha aperto nuove

⁴⁰ Si pensi, ad esempio, ai servizi dell'acqua, del gas, dell'energia elettrica o delle ferrovie, che per le caratteristiche strutturali sono sempre state caratterizzate da notevoli investimenti per la messa in opera, per il funzionamento e per il mantenimento.

⁴¹ Il mutamento della concezione pubblicistica dei servizi pubblici locali tenderà, nel futuro, a restringersi a favore dell'apertura verso gestioni condotte da soggetti privati.

prospettive per la gestione dei servizi pubblici locali⁴²: l'avvenuto trasferimento di funzioni amministrative dallo Stato alle sue articolazioni locali ha creato un sistema di federalismo basato sulla sussidiarietà verticale, che privilegia l'attribuzione di funzioni alle amministrazioni più vicine ai cittadini e, quindi, al livello organizzativo più adeguato a rispondere ai bisogni di questi ultimi.

In questo contesto si è realizzato un passaggio importante nella fenomenologia della nuova amministrazione pubblica: il *cittadino* si è tramutato in *utente*, ovvero in colui cui viene rivolta la prestazione allo scopo di fornire un determinato benessere⁴³.

Il definitivo ingresso degli enti locali sul mercato concorrenziale è costituito dalla legge n. 142 dell'8 giugno 1990, sull'ordinamento degli enti locali.

1.2.4 La legge n. 142/1990

Con l'avvento della legge n. 142/1990 si assistette ad una separazione più netta del concetto di servizio pubblico locale rispetto a quello di funzione⁴⁴, ad un suo ampliamento⁴⁵ e alla suddivisione definitiva di attività “*a rilevanza imprenditoriale*” e attività “*senza rilevanza imprenditoriale*”, queste ultime dirette a promuovere lo sviluppo economico e sociale del territorio.

⁴² Una voce favorevole al mutamento della pubblica amministrazione in relazione al contesto di riferimento si trova in G. Minichiello, *Fondamenti teorici delle autonomie locali*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1981, fasc. 1, 16. Critico sull'intervento pubblico nell'economia privata E. Simonetto, *Nazionalizzazione, privatizzazione e internalizzazione*, in *Riv. soc.*, 1974, fasc. 1-2, 317.

⁴³ In tal senso si esprime G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013.

⁴⁴ Si veda il coordinato degli artt. 9, 14 e 19 L. n. 142/1990, anche se non si può effettuare un paragone tra funzione e servizio pubblico locale, laddove la prima, per sua natura, non può avere carattere imprenditoriale, implicando generalmente l'esercizio di poteri di carattere autoritario. Si è già detto in nota 3 che l'art. 358 c.p. è stato sostituito ad opera dell'art.18, legge 26 aprile 1990 n. 86, concernente nuove norme in materia di delitti contro la PA. L'attuale reato si basa su un concetto di pubblico servizio come quello che riguarda ogni attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza di poteri autoritativi.

⁴⁵ Si veda l'art. 22, comma 1, L. n. 142/1990. In seguito ai modelli di gestione dei servizi pubblici locali previsti dall'art. 22 cit. si aggiungeranno le convenzioni e i consorzi tra enti locali, in virtù degli artt. 30 e 31 del D.Lgs. n. 267/2000. Per un autorevole commento sulla norma cfr L. Vandelli, *Ordinamento delle autonomie locali, commento alla Legge 8 giugno 1990, n.142*, Rimini, 1991.

La nuova legge concepiva il servizio pubblico locale come un servizio necessario per l'intera collettività, da erogarsi secondo schemi prevalentemente imprenditoriali normativamente predefiniti, tra cui gli enti locali potevano scegliere.

Continuava ad essere legittimata la gestione in economia (svolta, cioè, dagli uffici dell'amministrazione pubblica), quando le dimensioni o le caratteristiche del servizio lo rendessero opportuno; veniva confermata la validità della concessione a terzi, nel caso in cui la natura del servizio necessitasse di attrezzature, professionalità o capitali di cui l'ente non era in possesso; veniva indicata l'istituzione per la gestione dei servizi sociali privi di rilevanza imprenditoriale.

Si confermava, inoltre, l'impiego dell'azienda municipalizzata quando il servizio doveva essere svolto da una struttura autonoma e funzionale, dotata di professionalità manageriali non rintracciabili all'interno dell'ente locale.

Quest'ultima veniva trasformata in azienda speciale, divenendo ente strumentale dell'ente locale, dotato di personalità giuridica; in tal modo, si chiudeva la stagione delle teorie che avevano cercato di giustificarne l'assenza, pur legittimando la capacità di stare in giudizio⁴⁶.

La novità, senza dubbio, più rilevante era la possibilità, per gli enti locali, di costituire società per azioni a capitale prevalentemente pubblico, da utilizzarsi nel caso in cui la natura del servizio richiedesse anche la presenza di soggetti privati in fase di erogazione⁴⁷.

Lo Stato italiano ne faceva uso già da decenni⁴⁸, mentre gli enti territoriali non erano formalmente legittimati in tal senso, sebbene fossero già state

⁴⁶ Sul tema, tra i tanti, cfr. G. Bozzi, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977, con i riferimenti da esso riportati sul tema.

⁴⁷ La società di capitali a responsabilità limitata verrà successivamente introdotta dall'art. 17, comma 58, L. N. 127/1997.

⁴⁸ Nel suo volume *La nuova costituzione economica*, Laterza, 2011, S. Cassese menziona le imprese costituite in questo periodo: l'Azienda Ferrovie dello Stato nel 1905, l'Impresa per la telefonia interurbana nel 1907, l'Istituto nazionale delle Assicurazioni nel 1913, la Banca nazionale del lavoro nel 1913, il Consorzio per le sovvenzioni sui valori industriali nel 1914, il Consorzio di credito per le opere pubbliche nel 1919. La prima impresa pubblica è rappresentata dalla Cassa depositi e prestiti, che nasce nel 1863 come banca del Ministero delle finanze, sulla spinta dei principi liberisti. Successivamente è stato istituito l'Istituto per la Ricostruzione Industriale – IRI, che da ente provvisorio di salvataggio diviene successivamente un ente stabile, che ha caratterizzato la storia del nostro Paese

sperimentate formule societarie, riconosciute dalla dottrina come coerenti con l'esercizio dell'autonomia dei singoli enti locali⁴⁹.

Il riconoscimento legislativo costituiva una svolta importante per gli enti locali, che entravano nel gioco del mercato concorrenziale con strumenti pari a quelli dei privati⁵⁰, sebbene non venissero fornite indicazioni per la

fino al 2002, quando è stato posto in liquidazione. Questa spinta imprenditoriale si riflette anche nella Costituzione italiana, che riconosce l'iniziativa economica pubblica all'art. 41, lasciando allo Stato la libertà di svolgerla come ritiene. Il sistema di partecipazione pubblica al mercato diviene sistematico ed organizzato, fino a vedere l'istituzione del Ministero delle partecipazioni statali, che raccorda tutti i poteri gestori dei soggetti partecipati dallo Stato. Esso verrà soppresso nel 1993 a seguito di referendum popolare, ma negli anni della sua attività lo Stato diviene presente su più mercati, cosa, tra l'altro, che genera una certa difficoltà di unificazione di intenti. Negli anni '70, inoltre, lo Stato muta il proprio intervento sul mercato da soggetto imprenditore a soggetto di mutuo soccorso, mentre parallelamente a livello europeo si sviluppa un sistema in cui l'impresa pubblica non è attore principale del mercato e non gode di particolari privilegi. Inizia così un cammino di declino delle società in mano pubblica che culminerà con le privatizzazioni degli anni '90, ovvero con il mutamento della forma giuridica dei soggetti fino ad allora esistenti in società di capitali e la vendita a privati delle azioni di esse.

⁴⁹ Favorevoli all'utilizzo di società di capitali, tra i tanti, F.A. Roversi Monaco, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. Soc.*, 1973, 7989; M. Mazzarelli, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987; M. Cammelli, *Le gestioni comunali. L'azionariato pubblico*, in *Atti convegno Provincia Sicilia*, Catania 1988, 71; Id, *Le società a partecipazione pubblica (regioni, province, comuni)*, Bologna 1989. Sempre M. Cammelli, *Definizione ed evoluzione. Inesistenza della categoria unitaria e la questione della natura delle società pubbliche*, voce Società pubbliche (diritto amministrativo), in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, 2012: "Anche se la scienza giuridica ne aveva affermato l'ammissibilità, rinvenendo il fondamento soprattutto nella capacità di diritto privato riconosciuta agli enti pubblici dall'art. 11 c.c., difettava un quadro giuridico di riferimento in grado di indirizzare e sorreggere adeguatamente le amministrazioni dal momento dell'opzione per la forma societaria a quello della definizione dei rapporti tra ente locale e società; né, evidentemente, a tali carenze poteva sopperire il modello delle società finanziarie regionali".

In giurisprudenza, si vedano tra le tante CdS, sez. V, 14 febbraio 1988, n.818; CdS, sez. VI, 25 maggio 1979, n. 384.

⁵⁰ In tal senso si veda la ricostruzione di M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2011. Per il punto di vista della dottrina del tempo, cfr. gli autorevoli contributi di M. Cammelli, *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province e regioni*, Rimini, 1989; F. Merusi, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Amm.*, 1988, 135; M. Massera, *L'impresa pubblica locale in forma privata. Note minime in tema di azionariato degli enti locali*, in *Stato ed economia, Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Milano, 1984; A. Rossi, *Questioni in tema di partecipazione dei comuni ad una società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1978, fasc. 2; Id., *La partecipazione dei comuni a società commerciali e suoi limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, fasc. I, 27; M.S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1956, 619. In giurisprudenza, favorevole all'utilizzo delle società di capitali si è dimostrata la Corte di Cassazione: cfr. Cass, 3 giugno 1976, n.

costituzione di tale società, ma veniva determinato solo il vincolo dell'ammontare della partecipazione.

Gli enti locali, inizialmente, hanno partecipato al capitale sociale con un apporto di maggioranza⁵¹, perché il contesto, ancora prevalentemente pubblicista in cui questa disposizione si inseriva, riteneva imprescindibile l'intervento in società degli enti locali in una misura tale da poter determinare le scelte relative al servizio concesso in gestione⁵².

Al consiglio comunale spettava l'onere di esporre le valutazioni che avevano condotto alla preferenza della società piuttosto che ad un'altra forma di gestione, tra quelle ammesse dalla norma⁵³ e tale decisione veniva poi assoggettata al controllo necessario del comitato regionale di controllo, che aveva il compito di verificare la legittimità di tutti gli atti di comuni e di province.

L'interesse per le società di diritto privato è stata sin da subito caratterizzata dalla spinta ideale di modelli distinti dalla struttura pubblica, caratterizzati da flessibilità organizzativa e *partnership* con i privati⁵⁴, contrariamente a

2008 e Cass. 6 novembre 1976, n. 4038, tutte in *Giur. comm.*, 1978, II, 220; per un orientamento sfavorevole all'intervento locale nel mercato si veda CdS, sez. I, PAR 6 marzo 1956, n. 373, in *Riv. amm.*, 1957, 284. Critico verso l'interpretazione del Consiglio di Stato è F. Roversi Monaco, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. Soc.*, 1973, 811. Per un *excursus* sul fenomeno delle società partecipate da enti locali nel periodo precedente all'entrata in vigore della legge n. 142/1990, si veda il *Referto speciale della Corte dei Conti sulle società a capitale pubblico locale*, in *Riv. Corte cont.*, 1992, fasc. 2.

⁵¹ Così l'art. 22, co. 3, lett. e), L. N. 241/1990, secondo la formulazione che ne farà la legge n. 127/1997.

⁵² Per un'interessante esposizione sulle pronunce giurisprudenziali del primo periodo di sviluppo delle società miste si veda G. Caia, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali (dopo la legge finanziaria 2002)*, in www.giustizia-amministrativa.it; In relazione alle qualità del socio privato si veda G. Pericu, *La partecipazione degli enti locali alle società per la gestione dei servizi*, in *Le società miste per i servizi locali*, (Atti del Convegno di Messina, 22-23 novembre 1996), Milano, 1999.

⁵³ In merito alla libertà di scelta degli enti locali sul modello organizzativo più confacente, si veda P. La Rocca, *Il potere di scelta dell'ente locale nella gestione dei pubblici servizi*, in *Nuova Rass. leg. dottr. giur.*, 1992, 1850. Si vedano anche le conclusioni dell'avvocato generale La Pergola nella causa C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c. Bfi Holding BV*, punto 37, in *Raccolta*, 1998, I-6821.

⁵⁴ Il numero delle società partecipate da enti locali ha subito una crescita continua. Secondo i dati di Unioncamere, tali società, al 2005, erano 4874, in *Le società partecipate dagli enti locali. Rapporto 2007*, Roma, Rete camere Scrl, 2008, con dati al 2005 (pare che questa, ad oggi, sia la rilevazione più precisa fatta nel nostro Paese). Nello studio non sono

quanto stava avvenendo a livello nazionale, dove lo Stato aveva iniziato un processo di privatizzazione delle proprie società in aderenza ai principi elaborati dall'ordinamento europeo, che mirava alla creazione di un unico mercato europeo fondato sulla libera concorrenza⁵⁵, principio che avrebbe favorito l'integrazione tra gli Stati e una maggiore tutela sia agli operatori dei singoli settori di produzione, sia ai lavoratori, sia agli utenti.

Nel momento in cui gli enti locali si sono inseriti sul mercato, lo Stato aveva già vissuto la stagione di azionista di maggioranza e si era constatato che la presenza del pubblico all'interno della compagine sociale, in funzione di controllore, non aveva garantito il perseguimento degli interessi pubblici e, al contempo, non aveva reso impossibile l'abuso di posizione dominante da parte delle società medesime⁵⁶.

Ciò aveva condotto alla privatizzazione delle società e alla regolamentazione dei mercati, unitamente all'esigenza di risanare la crisi economica in cui si trovavano tali società, gravate da progettualità non coerenti con le proprie capacità⁵⁷.

considerate le società appartenenti allo Stato e le società partecipate da altri soggetti pubblici quali Università e Camere di Commercio. Si veda anche il Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica della Corte dei Conti 2012, in www.corteconti.it, secondo cui gli organismi partecipati sono oltre 5.000 (si fa riferimento in generale ad aziende, consorzi, fondazioni, istituzioni, società) nei 7.200 enti locali censiti (non sono considerati quelli delle regioni a statuto speciale). Si tratta, in gran parte, di organismi costituiti in forma societaria, di cui quasi la metà affidatarie di servizi pubblici locali. Per un'analisi del fenomeno di crescita delle società partecipate da enti locali si vedano C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. Priv.*, 1999, 22; G. Gavana – F. Osculati, - A. Zatti, *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, 2007, 7, che definiscono la spinta degli enti locali verso le società di capitali come un nuovo capitalismo municipale.

⁵⁵ Le proposte avanzate a livello europeo sulla privatizzazione dei servizi pubblici e sulla conseguente liberalizzazione dei mercati si trovano nel Libro bianco del 1986, scritto dalla Commissione di Jacques Delors. Da questo sono derivati interventi su specifici settori, i Trattati di Roma e di Amsterdam, fino alla direttiva 2006/123/CE, direttiva sui servizi cosiddetta Bolkenstein recepita in Italia con D.Lgs 26 marzo 2010, n. 59.

⁵⁶ Cfr. R. Parente, 1999, *Modelli gestionali nelle imprese di servizi pubblici*, in *Azienda pubblica*, 12, 1999, 517.

⁵⁷ Si fa riferimento alle privatizzazioni portate avanti da I.R.I., E.N.I., E.F.I.M., i tre enti pubblici capogruppo delle partecipazioni statali, al cui risanamento è stato finalizzato il percorso di vendita delle partecipazioni societarie, che hanno apportato denaro non direttamente a favore dello Stato. Una disamina del fenomeno si legge in S. Cassese, *Le privatizzazioni in Italia*, (Relazione al seminario sul tema: "The politics of privatization in Western Europe", e al seminario sul tema: "Le privatizzazioni in Europa", Roma, 24 novembre 1987), in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1988, fasc. 1, 32.

La finalità economica, che ha caratterizzato le privatizzazioni delle società statali, è un tratto comune anche all'azione degli enti locali che, in senso opposto, hanno costituito, e ancora costituiscono, società di capitali con l'intento di conseguire risparmi di spesa e utili da destinare ai servizi.

Tutto ciò ha favorito lo sviluppo dell'attività amministrativa di diritto privato degli enti locali, *desiderosi* di lasciare alle spalle la concezione dell'amministrazione autoritativa, non più concepibile nella materia dei servizi pubblici locali.

1.2.5 L'art. 113 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL)

La mutevolezza del sistema e la complessa stratificazione normativa della materia, hanno trovato un primo approdo nel testo unico degli enti locali, D.Lgs n. 267/2000⁵⁸, che ha sistematizzato il complesso di norme relative alle amministrazioni locali, tra cui quelle relative alla gestione dei servizi pubblici locali. Il TUEL ha ribadito la competenza degli enti territoriali in merito alla gestione dei servizi pubblici locali ed ha trasfuso nell'art. 113 le forme di gestione già previste dall'art. 22 della legge n. 142/1990.

L'art. 113 del TUEL è stato oggetto di diversi interventi successivi, che ne hanno ridisegnato il volto, fino al completo mutamento.

Tra questi, si ricorda, innanzitutto, l'art. 35, l.n. 448/2001, che ha introdotto l'obbligo generale di impiego della procedura ad evidenza pubblica, escludendo ogni gestione diretta, in economia oppure tramite aziende speciali.

Lo scopo precipuo del legislatore era quello di uniformare la gestione dei servizi pubblici locali secondo il modello delle società di capitali, tra l'altro, imponendo la trasformazione delle aziende speciali esistenti in società di capitali entro un determinato termine⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. D.Lgs 18 agosto 2000, n. 267.

⁵⁹ Si fa riferimento al comma 8 dell'art. 35, l. n. 448/2001. Tra i tanti commenti sui contenuti dell'art. 35 si vedano, in particolare, L. R. Perfetti, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della L. N. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. Amm.*, 2002, 4, 575; G. Caia, *Le società con partecipazione*

La norma ha costituito un momento rilevante del processo di esternalizzazione dei servizi pubblici locali che il legislatore italiano ha tentato di portare a compimento e ne ha colto alcuni elementi fondamentali come, per esempio, la separazione tra gestione del servizio e gestione dei beni necessari allo svolgimento di esso.

Si è stabilito che la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, laddove pubblica, restasse in capo agli enti, salvo la cessione a società a partecipazione pubblica di maggioranza, in cui vigeva il divieto di cessione delle azioni. La previsione si basava sulla considerazione che i beni pubblici siano oggetti a valore patrimoniale, in grado di essere valorizzati economicamente da parte di soggetti privati in grado di farlo. Ciò ha suscitato ampi dibattiti sull'opportunità o meno dell'operazione e, soprattutto, sul mantenimento della natura pubblica dei beni nonostante la proprietà privata degli stessi⁶⁰, ma è stata accolta favorevolmente da chi l'ha ritenuto un adeguamento del sistema italiano ad una pratica già diffusa in Europa, in grado di favorire l'accesso al mercato di soggetti altrimenti impossibilitati a farlo per carenza di mezzi necessari allo svolgimento⁶¹.

Il passaggio dominicale dei beni a società a partecipazione maggioritaria rendeva difficoltosa l'attribuzione a tali società della gestione delle gare per l'affidamento del servizio. In esse, la partecipazione di soci privati non poteva coesistere con lo svolgimento della funzione di stazione appaltante e, oltretutto, non era vietato ai privati, soci della società proprietaria delle infrastrutture, di essere contestualmente soci anche delle società che partecipavano alla gara per l'affidamento del servizio⁶²; a ciò si aggiungeva il fatto delle cessioni prive di meccanismi di recupero dei beni al momento della cessazione del servizio da parte queste delle società divenute proprietarie dei beni medesimi.

maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali (dopo la legge finanziaria 2002), in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁰ Sul tema si veda l'articolo di A.M. Altieri, *Il servizio idrico integrato e il regime giuridico delle reti*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2012, 8-9, 835 e riferimenti da esso riportati, che evidenziano le problematiche della materia.

⁶¹ In tal senso si espresse l'AGCM, 8 novembre 2001, Parere AS222, in www.agcm.it.

⁶² Si veda in merito a questo tema M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Parte speciale, vol. II, Milano, 2003, 2595; ID, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2, 2004, 121.

Il successivo D.L. n. 269 del 2003, ha riformato ulteriormente l'art. 113 TUEL, stabilendo la possibilità di conferire la proprietà delle reti a società a capitale interamente pubblico, anche in questo caso con la previsione di incedibilità delle azioni. E' stato, però, aggiunto il vincolo che l'ente locale esercitasse sulla società un controllo analogo a quello esistente nei confronti dei propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico (o enti pubblici) controllante. Si trattava, dunque, di società *in house providing*⁶³, al di fuori delle quali vigeva il divieto assoluto di trasferimento. Veniva sancito, in altre parole, il principio generale della separazione tra la proprietà della rete, gestione della stessa ed erogazione del servizio, salvaguardando l'accesso alla rete ai soggetti scelti per erogare il servizio.

Il regime giuridico dei beni patrimoniali, strumentali all'esercizio dei servizi pubblici locali, non ha trovato disciplina, se non marginale, negli interventi di riforma susseguiti, principalmente focalizzati sulle modalità di gestione dei servizi⁶⁴, sebbene si debba registrare un'importante sentenza della Corte Costituzionale che, *medio tempore*, ha dichiarato l'abrogazione tacita del comma 13 dell' art. 113 TUEL, che stabilisce la separazione tra reti e servizio, poiché contrastante con le successive disposizioni normative, che non hanno proceduto all'abrogazione esplicita⁶⁵; il tema rimane, comunque, di assoluta rilevanza in un contesto che si evolve verso l'aggregazione dei servizi per ambiti territoriali⁶⁶.

Un ulteriore aspetto su cui si è soffermato l'art. 35 della legge n. 448/2001 riguarda la distinzione tra servizi pubblici di rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale, disciplinati questi ultimi dall'art. 113bis

⁶³ Il modello *in house providing* e la sua applicazione alle società di capitali verranno trattate più diffusamente nel prosieguo del presente lavoro.

⁶⁴ Sul tema si veda S. Ferla, *Le società patrimoniali delle reti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 320/2011*, in *Appalti e Contratti*, 2012, fasc. 3, 58.

⁶⁵ Abrogazione esplicita che, tra l'altro, viene richiesta dal TUEL stesso per la legittima abrogazione delle proprie disposizioni. La norma con cui il comma 13, art. 113 TUEL contrastava era l'art. 23 bis, D.L. n. 112/2008 e, secondo la Corte Costituzionale, l'abrogazione permarrebbe anche dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis, ma non fornisce motivazioni in merito a questo punto.

⁶⁶ L'art. 3bis, co. 1, D.L. n. 138/2011, conv. in L. N. 148/2011 impone agli enti locali attribuire le funzioni relative ai servizi pubblici locali a rete ad enti di governo territoriale. La fattispecie verrà presa in considerazione nel prosieguo del presente studio.

TUEL. Il limite della norma, tuttavia, è stato quello di non fornire una definizione di *rilevanza industriale*. Gli interpreti, a riguardo, hanno fatto ricorso al grado di complessità del processo produttivo, le cui caratteristiche oggettive lo collocavano all'interno del mercato concorrenziale⁶⁷.

Con la richiamata riforma apportata dal d.l. n. 269/2003, l'espressione *rilevanza industriale* è stata sostituita con quella di *rilevanza economica*, definizione che comprende tutte le attività suscettibili di produrre ricavi a copertura di costi di produzione e, quindi, che siano in grado, potenzialmente, di autofinanziarsi.

I servizi privi di rilevanza economica sono identificati, invece, in quelli in cui i costi permangono in capo all'amministrazione pubblica e, quindi, in capo alla fiscalità generale.

1.2.6 L'art. 23bis e sua abrogazione tramite referendum popolare

L'avvicendamento di riforme e gli eventi storici⁶⁸ hanno traghettato il sistema dei servizi pubblici locali dalla formulazione legislativa delle forme di gestione ad un sistema basato su principi di derivazione comunitaria,

⁶⁷ Sul tema si è espresso il Consiglio di Stato, con pronuncia della sezione V, 23 ottobre 2012, n. 5409, in *Gior. dir. amm.*, 4, 2013, 398, secondo cui il servizio va definito pubblico locale non solo in base alla catalogazione merceologica di esso, ma anche in relazione alla modalità di gestione scelta dall'ente locale. In tal senso, risulta essere servizio privo di rilevanza economica quello reso agli utenti con sola finalità erogativa, per la quale non necessiti un'organizzazione imprenditoriale, mentre i servizi a rilevanza economica devono essere individuati in concreto, secondo le modalità di erogazione stabilite dall'ente locale. Cfr. in questo senso la nota a sentenza di H. Bonura, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzativa degli enti locali*, 2013, fasc. 4, 398; Id, *La qualificazione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Gior. Dir. amm.*, 2010, fasc. 5, 514. Del medesimo avviso sono anche CdS, sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097; CdS, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600; CdS, sez. V, 30 agosto 2008, 5072, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr. anche i contributi di T. Tessaro, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Comuni d'Italia*, 2004, fasc. 5, 20; W. Giulietti – A. Police, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, fasc. 4, III, 831.

⁶⁸ Tra i tanti che hanno tracciato il percorso di sviluppo della materia si vedano due contributi di periodi storici differenti M. Dugato, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Rivista Trimestrale degli appalti*, n. 1, 2010, 41 e S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte generale, tomo I, Milano, 2000, 641.

maggiormente incentrati sull'autonomia gestionale degli enti locali⁶⁹ e, al tempo stesso, sulla salvaguardia della concorrenza.

A questi si sono affiancate numerose norme speciali, che rendono estremamente difficoltosa la ricostruzione del sistema normativo alla base delle società pubbliche che si tenterà, di seguito di proporre.

Gli interventi più significativi che si sono susseguiti vanno individuati, innanzitutto, nell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, abrogato a seguito di referendum popolare⁷⁰.

⁶⁹ Il principio di discrezionalità dell'azione amministrativa verrà trattato nel Capitolo II del presente lavoro. Sullo specifico tema delle società di capitali per la gestione di servizi pubblici locali o per servizi strumentali si leggano le considerazioni di G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in www.giustamm.it, 2011, 6; C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in C. Ibba - M.C.Malaguti, A.Mazzoni (a cura di), *Le «società pubbliche»*, Torino, 2011; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005; D. Masetti, *La società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del "decreto Bersani")*, in www.giustamm.it distingue tra società (totalmente pubbliche o miste) che sono strumenti organizzativi delle amministrazioni territoriali e dunque soggette ai principi di cui all'art. 97 Cost. e ai limiti di cui all'art. 13, D.L. 223/2006 e società pubbliche non destinatarie di affidamenti diretti che "operano sul mercato in regime di vera concorrenza" e sono soggette alle medesime regole previste per le imprese private ex art. 41 Cost.; G. Caia, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it; per una visione europeista si veda cfr. Diez Picazo, *Il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione europea*, in Quad. cost., 2004, 865; in giurisprudenza CdS, sez. V, 6 maggio 2011, n. 2713; Tar Toscana, sez. I, 1 marzo 2011, n. 377; CdS, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854; Tar Valle d'Aosta, 20 febbraio 2009, n. 8; T.a.r. Liguria, Sez. II, sentenza 9 gennaio 2009 n. 39; Tar Lazio, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514; Id., 14 aprile 2008, n. 3109 e Id., 14 maggio 2008, n. 4064. Sul tema anche l'AVCP, con delibera n. 2 del 13 gennaio 2010, in www.avcp.org.

⁷⁰ Il referendum popolare, svoltosi in data 12 e 13 giugno 2011, è stato presentato da una serie di associazioni che sostengono la natura pubblica del bene acqua e promuovono la gestione pubblica di essa. Dall'esito positivo del referendum è derivato il D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, che ha abrogato la norma a decorrere dal 21 luglio 2011. L'abrogazione della norma ha travolto anche il regolamento esecutivo di cui al D.P.R. n. 168/2010. Per maggiore completezza si legga la sentenza di accoglimento del referendum, Corte Cost., 26 gennaio 2011 n. 24, www.cortecostituzionale.it, secondo cui "l'oggetto del quesito referendario — che riguarda la disciplina generale delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica — è rappresentato da disposizioni legislative che non rientrano nelle categorie per le quali l'art. 75 Cost. preclude il ricorso al referendum, atteso che l'intero art. 23 bis risponde soltanto alla ratio di favorire la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte di soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica e, a tal fine, limita i casi di affidamento diretto della gestione, consentendo la gestione «in house providing» solo in presenza di situazioni del tutto eccezionale". Successivamente è stata depositata

In sede di accoglimento del referendum popolare, la Corte Costituzionale ha chiarito che nell'ordinamento italiano, nel caso in cui la materia dei servizi pubblici, e della loro gestione, non fosse disciplinata da alcuna norma specifica, si applicherebbero direttamente i principi europei in materia di servizi di interesse generale (SIEG)⁷¹, individuati principalmente negli artt. 101-109 TFUE e nelle Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE⁷². La Corte ha, inoltre, precisato che il modello *in house providing* nell'ordinamento europeo non costituisce una modalità di gestione secondaria rispetto all'esternalizzazione, ma ad essa deve essere equiparata⁷³.

Secondo la dottrina maggioritaria, la visione delle amministrazioni locali si è ampliata a seguito del referendum, poiché l'abrogato art. 23 bis proponeva un sistema di forme predefinite che sfavoriva la scelta della gestione diretta tramite *in house providing* a favore di forme *pure* di esternalizzazione⁷⁴. Esso stabiliva:

- in via ordinaria, un affidamento tramite procedure competitive ad evidenza pubblica o, in alternativa, tramite affidamento diretto del servizio, senza gara, a società miste il cui socio privato fosse scelto mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, con la condizione che la procedura di gara facesse riferimento non solo la qualità di socio, ma anche all'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione di esso. Il socio privato

l'ammissione al referendum con ordinanza pronunciata il 6 dicembre 2011 dall'Ufficio centrale per il referendum istituito presso la Corte di Cassazione, rubricata n. 1.

⁷¹ La sentenza n. 24/2011 dichiara che, in assenza di una normativa nazionale, “conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica”. Si vedano a tal proposito i commenti di M.A. Sandulli, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *www.federalismi.it*, 3, 2012; L. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Urb. app.*, 2011, 906.

⁷² Quest'ultima abroga la precedente Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in G.U.C.E. n. 134 del 30 aprile 2004.

⁷³ In coerenza con quanto affermato dalla Corte Costituzionale si veda, tra gli ultimi, Consiglio di Stato, sez. V., 10 settembre 2014, n. 4599, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

⁷⁴ Per un commento intervenuto a seguito del referendum abrogativo e relativo alla successiva disciplina della materia si legga V. Cerulli Irelli, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea* (Nota a C. Cost. 20 luglio 2012, n. 199), in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 4, 2900.

doveva, in ogni caso, detenere una partecipazione non inferiore al 40% del capitale sociale;

- in via straordinaria, l'utilizzo del modello *in house providing*, adottato nel rispetto dei principi comunitari e solo in caso di “*situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*”⁷⁵, non permettessero un efficace ed utile ricorso al mercato. La scelta per il modello *in house* doveva essere accompagnata da un'istruttoria complessa, motivata sulla base di un'analisi di mercato, e la scelta finale doveva essere adeguatamente pubblicizzata. Tutta la documentazione doveva pervenire all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), per ricevere un parere obbligatorio, ma non vincolante, da rendersi entro 60 giorni dalla ricezione.

1.2.7 L'art. 4, d.l. n. 138/2011

Nell'affermare la sottoposizione delle scelte gestorie in materia di servizi pubblici locali alla disciplina dell'Unione Europea, la Corte Costituzionale, nella sentenza con cui ha legittimato il referendum popolare⁷⁶ ha affermato che, per essa, non rileva il problema del soggetto pubblico o privato cui è affidata la gestione dei servizi, ma risulta importante la determinazione dei criteri di coordinamento delle discipline nazionali ai principi dell'ordinamento europeo⁷⁷.

A seguito del referendum popolare, il legislatore è intervenuto sulla materia attraverso l'emanazione del D.L. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011⁷⁸, che, all'art. 4, stabiliva in capo agli enti locali la facoltà di scelta tra la liberalizzazione del servizio o l'affidamento tramite

⁷⁵ Così l'art. 23bis sopra richiamato.

⁷⁶ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 24/2011, cit..

⁷⁷ Si vedano in proposito i commenti di F. Luciani, “*Pubblico*” e “*privato*” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Giustamm.it*, 10/2012, 25; R. Caranta, *Il diritto dell'Ue sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 6, 1176.

⁷⁸ così come modificato dall'art. 25 del D.L. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012, in G.U. 16/09/2011, n. 216, poi modificato dall'art. 25 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, c.d. “Cresci Italia”.

procedure concorsuali, in virtù dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi e di buona amministrazione⁷⁹.

Come già l'art. 23bis, anche l'art. 4 stabiliva l'obbligo di verificare la fattibilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, propendendo, al contempo, per la massima liberalizzazione delle attività economiche e per la salvaguardia delle caratteristiche di universalità e di accessibilità del servizio, legittimato ad attribuire diritti di esclusiva qualora la libera iniziativa economica privata non fosse risultata idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

La società mista veniva individuata come gestione alternativa, secondo quanto già stabilito dall'art. 23bis: socio privato scelto mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, procedura di gara indetta per ricercare il socio e, al contempo per attribuirgli «*specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio*», con una partecipazione non inferiore al 40%.

Ancora una volta catalogata quale modalità derogatoria, si ammetteva, infine, la gestione diretta tramite *in house providing* qualora il servizio oggetto di affidamento fosse di valore economico pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, scesi successivamente a 200.000 euro annui.

L'art. 4 del d.l. n. 138/2011 ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale poiché riproduceva, nella sostanza, il precedente art. 23bis, abrogato dal referendum popolare del giugno 2011. Infatti, a seguito del ricorso di alcune Regioni alla Corte costituzionale, con sentenza n. 199/2012, questa ha ricordato che l'abrogazione di una norma tramite referendum vieta al legislatore di riproporne il contenuto, in adesione alla volontà popolare e ne ha sancito l'illegittimità costituzionale, riconducendo il sistema di riferimento, nuovamente, all'ordinamento europeo⁸⁰.

⁷⁹ Per un'analisi della norma si vedano G. Piperata, *La "manovra di agosto". La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica (Commento a D.L. 13 agosto 2011, n. 138)*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2012, fasc. 1, 23.

⁸⁰ Cfr. Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 199, in www.cortecostituzionale.it. In dottrina si leggano G. Astegiano, *Servizi pubblici a rilevanza economica: la disciplina dell'art. 4, D.L. 138/2011 è contraria a Costituzione. Si torna al post referendum giugno 2011*, in *Azienditalia*, 8-9, 601; A. Azzariti, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della L. N. 148/2011*, in *Le istituzioni del federalismo*,

La predilezione per la gestione esternalizzata tramite procedura ad evidenza pubblica è rimasta in alcune norme dell'ordinamento italiano⁸¹, laddove l'affidamento dei servizi tramite procedure ad evidenza pubblica costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli enti locali ai fini del patto di stabilità interno in caso si tratti di gestioni d'ambito, essendo anche un requisito preferenziale per l'accesso dei gestori ai finanziamenti a qualsiasi titolo concessi⁸².

1.2.8 Gli specifici interventi sulle società partecipate da pubbliche amministrazioni e il sistema attuale

Gli interventi legislativi successivi al sistema stabilito dagli artt. 23bis e 4 richiamati hanno tracciato alcune linee generali per l'utilizzo dello strumento societario nella gestione dei servizi pubblici locali e, soprattutto, per la gestione di quelli strumentali, poiché l'incremento maggiore si è registrato in relazione ad essi.

In particolare, l'art. 4, d.l. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012⁸³ imponeva, alternativamente, l'alienazione con procedure di evidenza pubblica o lo scioglimento di tutte le società controllate, direttamente o indirettamente, da pubbliche amministrazioni, che avessero conseguito *“nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato”*. La norma si rivolgeva a tutte le pubbliche amministrazioni indicate nell'art. 1, co. 2, D.L.gs. n. 165/2001⁸⁴.

fasc. 3, 2011, 531; B. Spadoni, *Le prospettive istituzionali e gestionali dei servizi pubblici locali dopo l'abrogazione dell'articolo 4 del D.L. 138/2011*, in www.astrid-online.it.

⁸¹ Cfr. il comma 3, art. 3 bis, D.L. n. 138/2011.

⁸² Il comma 559, art. 1, l. n. 147/2013, ha invece abrogato la disposizione del comma 5, art. 3 bis, D.L. n. 138/2011, che prevedeva l'assoggettamento delle gestioni *in house* al patto di stabilità interno, con evidente scopo di disincentivarne l'uso.

⁸³ La norma è stata posta nel nulla con sentenza Corte Cost., 23 luglio 2013, n. 229 ed è stata successivamente abrogata dall'art. 1, co. 562, lett. a), l. n. 147/2013.

⁸⁴ L'art. 1, comma 2, D.L.gs. n. 165/2001 recante *“Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”* così recita *“Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità*

Venivano escluse dall'ambito soggettivo di applicazione della norma alcune tipologie di società, tra cui quelle erogatrici di servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica. La norma avrebbe potuto trovare applicazione nei confronti di un ragionevole numero di società perché non veniva in rilievo la modalità con la quale era affidata la gestione del servizio, ma era sufficiente la *strumentalità* di esso all'attività dell'ente locale, in ragione dei caratteri richiesti dalla norma. L'esplicita esclusione di società che erogano servizi di interesse generale ha indotto le pubbliche amministrazioni a far rientrare in questa categoria tutte quelle partecipazioni di confine in cui la qualificazione dell'attività svolta non fosse palesemente strumentale, riducendo la portata della norma e, di conseguenza, limitando le dismissioni auspicate dal legislatore, che in un secondo momento le ha dovute abrogare perché rimaste sostanzialmente inattuata.

E' rimasto in vigore il comma 7 dell'art. 4, d.l. n. 95/2012, che impone alle pubbliche amministrazioni di acquisire *“sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali”* stabilite dal Codice dei contratti pubblici. Tale norma rientra in quell'orientamento del sistema nazionale che ritiene il modello *in house*, in particolare applicato alle società, uno strumento *secondario* rispetto ad altre modalità e privilegia le procedure concorrenziali⁸⁵.

Sebbene la norma abbia imposto, di fatto, il divieto di costituire nuove società strumentali a far data dall'1 gennaio 2014 legittimando, in ogni caso,

montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI.”

⁸⁵ Un interessante affondo sul tema è proposto da CdS, Sez. III, 7 maggio 2015 n. 2291, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Richiamando l'Adunanza Plenaria n. 1/2008, il CdS ritiene che l'affidamento diretto “[...] sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso.” Per tal motivo, a livello comunitario (oggi contenuta nell'art. 12 della direttiva 24/2014/UE) è consentito l'affidamento diretto, ma ciò non obbliga i legislatori nazionali a disciplinarlo, limitarlo o escluderlo in determinati ambiti.

quelle *in house*⁸⁶, non ha avuto grande seguito. Tuttavia, la progressiva sensibilizzazione al tema delle società partecipate da enti locali pare aver favorito anche il recupero degli interventi più stringenti di revisione della spesa pubblica⁸⁷, che potrebbero vivere una nuova stagione.

In tale contesto, l'orientamento alla dismissione di società si è tramutato in un tentativo di razionalizzazione delle società partecipate da pubbliche amministrazioni⁸⁸, di cui si potranno, eventualmente, vedere gli effetti a seguito dell'attuale prima applicazione⁸⁹.

Ridimensionare l'impiego dello strumento societario nel panorama delle gestioni di servizi pubblici locali e strumentali appare un obiettivo necessario in relazione al periodo di parziale uscita dei mercati dalla crisi economica globale. A tale constatazione si contrappone la logica dei livelli più bassi dell'amministrazione pubbliche, poiché le scarse risorse finanziarie e i pesanti limiti di spesa denunciati dagli enti locali alimentano la convinzione di mantenere vivi quegli organismi che permettono di *uscire*, almeno parzialmente, dalle logiche stringenti della burocrazia, nell'ottica di un'amministrazione allargata capace di interagire sinergicamente con la propria comunità di riferimento e di procurarsi autonomamente risorse economiche.

Alla disciplina sulle società partecipate da amministrazioni pubbliche si è affiancata la norma di carattere generale sulle gestioni di servizi pubblici

⁸⁶ In tal senso l'art. 4, co. 8, D.L. n. 95/2012, conv. In l.n. 135/2012.

⁸⁷ Si pensi anche alla discussione sollevata in relazione all'art. 13, co. 4, D.L. n. 95/2012, rimasto nell'ombra nei primi anni di applicazione della norma, ma che si rivela uno strumento utile nel percorso di riconsiderazione delle partecipate locali e nell'approccio del sistema pubblico nei confronti delle società di capitali. Per un'analisi della materia cfr. F. Goisis, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, I.

⁸⁸ Cfr. l. 23 dicembre 2014, n. 190, art. 1, commi 661 ss. Si veda, sul tema, anche il tentativo di riforma contenuto nel testo del ddl S.1577, come approvato dalla prima Commissione Permanente al Senato Affari Costituzionali in sede referente il 2 aprile 2015.

⁸⁹ L'art. 1, comma 612, l.n. 190/2014 ha previsto che entro il 31 marzo 2015 gli enti territoriali approvassero un Piano operativo di razionalizzazione delle società da essi partecipate. La maggior parte delle amministrazioni interessate ha cominciato ad approvare il documento nel giugno 2015.

locali, che all'art. 34, d.l. n. 179/2012, conv. in l.n. 221/2012⁹⁰ impone agli enti locali di rendere pubbliche, tramite pubblicazione online, le motivazioni per le quali è stata scelta una forma di gestione piuttosto che un'altra, dettagliando la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo e indicando i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e di servizio universale, compresa l'indicazione delle compensazioni economiche, laddove previste⁹¹.

La materia dei servizi pubblici locali e, ancor più, il rapporto di essi con lo strumento societario, sono oggetto di una più ampia riforma sulla pubblica amministrazione italiana, che si prefigge lo scopo di ricomporre ad unità i pezzi del sistema⁹².

Dalla lettura del disegno di legge C. 3098, nel testo approvato al Senato in data 30 aprile 2015 (S. 1577), emerge la volontà del legislatore di definire qualitativamente le caratteristiche delle società partecipate da pubbliche amministrazioni, suscitando la sensazione che si intenda costituire un tipo contrattuale nuovo all'interno dell'ordinamento italiano.

Il disegno di legge italiano pare nuovamente alla ricerca di forme predefinite di gestione, diversamente dal sistema europeo favorevole all'esplicitarsi dell'azione discrezionale delle amministrazioni pubbliche.

A dire il vero, in relazione a tale considerazione occorre tenere presente che l'Unione Europea persegue scopi economici e politici, e ciò non la rende del

⁹⁰ In particolare, si fa riferimento ai commi 20 e 21, art. 34, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni in l. 17 dicembre 2012, n. 221, in S.O. n. 208, relativo alla *G.U. 18/12/2012, n. 294*.

⁹¹ La norma appare ridondante nella misura in cui gli enti locali devono già motivare la propria scelta in ragione dell'atto amministrativo che la autorizza, altrimenti nullo. Inoltre, una volta pubblicato l'atto amministrativo all'albo pretorio, che prevede anche la versione online, diviene oggetto di conoscenza da parte dei terzi. L'aspetto rilevante della norma era la previsione della cessazione degli affidamenti non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea nel caso di mancato adeguamento entro il termine del 31 dicembre 2014.

⁹² Cfr. d.D.L. n. 1577 della XVII Legislatura, nel testo approvato al Senato in data 30 aprile 2015, trasmesso alla Camera dei deputati il 4 maggio 2015, in esame alla prima commissione permanente alla camera Affari Istituzionali (catalogato c-3098), in www.senato.it, che pare più propenso alla predeterminazione di criteri e di forme sia per i servizi pubblici locali che per i servizi strumentali.

tutto indifferente alle scelte delle amministrazioni nazionali⁹³. Ne sono prova diversi documenti delle istituzioni europee in cui si afferma la necessità di un rilancio dell'economia dell'Unione attraverso la valorizzazione del sistema imprenditoriale attraverso un movimento di esternalizzazione dei servizi da parte degli apparati pubblici⁹⁴.

1.3 Modelli di gestione nell'ordinamento europeo.

Secondo l'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale prevalenti, per il diritto dell'Unione Europea è indifferente il fatto che il servizio sia reso tramite esternalizzazione o autoproduzione⁹⁵ ed è interamente devoluta alla volontà di ogni singolo Stato membro la decisione in merito agli strumenti da utilizzare in un caso o nell'altro, purché ci si attenga ai principi comunitari in materia di servizi di interesse generale.

Ciò non è del tutto vero, poiché l'Unione Europea fonda la propria essenza sulle politiche economiche, nell'ottica di favorire un'economia di mercato svolta in libera concorrenza, come fondamento del mercato unico europeo⁹⁶.

Per tal motivo, l'ordinamento europeo propende per la gestione esternalizzata dei servizi di interesse generale, tramite forme contrattuali tra il soggetto pubblico e quello privato, sebbene riconosca un potere di discrezionalità in capo agli Stati membri (che, a cascata, si riversa sulle ramificazioni interne di essi) circa le modalità con cui gestire i servizi rivolti

⁹³ Di questa opinione M. Mazzamuto, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'"in house" al partenariato "pubblico-pubblico"* (nota a CGUE, Grande sez., 19 dicembre 2012, Causa C-159/11), in *Giur. it.*, 2013, fasc. 6, 1416.

⁹⁴ Si leggano, per tutti, i considerando della Direttiva 2014/23 in tema di concessioni.

⁹⁵ Si veda l'interessante affondo di M. Mazzamuto, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. It.*, 2013, 6, 1415, dove l'Autore richiama tale orientamento italiano, contestandone l'applicazione ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, in un ottica comparativa ai servizi di interesse generale. Nello stesso senso si registra anche la posizione di R. Villata, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, 2008, 342 richiamata dallo stesso Mazzamuto. Già

⁹⁶ Sul tema si leggano gli scritti di L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, 1.

alla cittadinanza e quelli ad essa necessari per l'esercizio della propria azione⁹⁷.

Tra i modelli di gestione cui partecipano direttamente soggetti pubblici, l'Unione europea ha mostrato grande interesse per il partenariato pubblico privato (PPP)⁹⁸, entro il quale si collocano i partenariati istituzionalizzati quali le società miste⁹⁹.

Del partenariato pubblico-privato non si rinviene una disciplina normativa europea e, secondo autorevole dottrina, la mancanza è da legare al fatto che il partenariato pubblico-privato è una *nozione descrittiva*¹⁰⁰ che non produce effetti giuridici, servendo solo ad individuare situazioni di fatto.

Negli ultimi anni la Commissione Europea ha fornito molteplici comunicazioni interpretative sulla materia¹⁰¹, che hanno contribuito a formare un nucleo fondamentale di elementi caratterizzanti, unitamente al Libro verde del 2004, uno dei primi documenti indicanti il modello¹⁰², mentre i principi della materia vengono individuati in quelli che il Trattato definisce come concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi.

⁹⁷ Sui principi di organizzazione e di azione della pubblica amministrazione, sia a livello nazionale che europeo, se ne parlerà nel capitolo II del presente studio.

⁹⁸ Sul tema U. Breccia, *Il contratto e l'attività di negoziazione tra pubblico e privato – nuovi problemi di teoria generale del diritto negli anni duemila*, in *Diritto pubblico*, Milano, n.3, 2011, 1037; E. Scotti, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, 915; M.A. Sandulli, *Il partenariato-pubblico privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2005, 167.

⁹⁹ Sulle società miste in generale si vedano M. Atelli, *Le società miste*, in *Nuova rass. Leg. Dottr. Giur.*, 2009, 1130; L. Tessaroli, *Nuove aperture negli appalti in house e nelle società miste*, in *Rass. Avv. St.*, 2008, 32; M.A. Sandulli, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 77; L. Bertozzi – R. Villata, *Servizi di interesse economico-generale*, in *Trattato dir. Amm. Eur.*, M. P. Chiti – G. Greco (a cura di), Milano, 2007.

¹⁰⁰ M.P. Chiti, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, Finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, (a cura di) M.P. Chiti, Napoli, 2009.

¹⁰¹ Si vedano la Comunicazione sui ppp e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni 15 novembre 2005, COM (2005) 569; la Comunicazione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico privati istituzionalizzati (PPPI), 5 febbraio 2008, C(2007) 6661

¹⁰² Libro verde relativo ai ppp ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM(2004) 327 def, in www.europarl.europa.eu

Anche in relazione al modello dell'*in house providing*¹⁰³, ovvero il fenomeno di autoproduzione di beni, servizi e lavori da parte della pubblica amministrazione, si ritiene che in Europa vi sia un diverso approccio rispetto a quello seguito dal legislatore italiano, che ha progressivamente operato la scelta di una forte limitazione dello strumento¹⁰⁴.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono che l'ordinamento europeo non consideri l'*in house* come un modello minore o speciale, ma come una delle diverse forme attraverso cui erogare servizi al pari di altri modelli, nei limiti dei requisiti richiesti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁰⁵.

L'*in house providing* non trova una specifica disciplina europea se non in tema di appalti, prima nella direttiva 92/50/CE, successivamente nella direttiva 2004/17/CE e, infine, nelle Direttive 2014/23/24/25/UE relative ad appalti e concessioni; ma anche nel Regolamento 1370/2007 sulla specifica materia del trasporto pubblico locale¹⁰⁶ e, infine, in una serie di pronunce della CGUE che ne definiscono i requisiti fondamentali¹⁰⁷.

¹⁰³ Il tema dell'*in house providing* verrà trattato nel prosieguo del presente lavoro. Sul tema si vedano i lavori di R. Cavallo Perin-Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 1, 51; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico l'organizzazione in house*, Napoli, 2003;

¹⁰⁴ Già a partire dalla riforma del 2008, art. 23bis D.L. n. 112/2008 conv. in L. N. 122/2008, confermata nel 2011 dall'art. 4 D.L. n. 138/211 conv. in L. N. 148/2011.

¹⁰⁵ Cfr. CdS, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, in www.giustizia-amministrativa.it; Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁰⁶ Sul tema si veda il contributo di A. Cabianca, *Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di "paradigma"?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2010, fasc. 5-6, 26. Sulla liberalizzazione del trasporto pubblico locale cfr. R. Cangiano, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall'affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica...e ritorno*, in *Economia pubblica*, 2005, 93.

¹⁰⁷ Gli interventi più rilevanti a livello europeo sono: CGCE, 18 novembre 1999, procedimento C-107/98, *Teckal contro Comune di Viano*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2000, 1396 ss.; CGCE, sez. I, 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH*, in *Foro amm.*, CDS, 2005; CGCE, 21 luglio 2005, in causa C-231/03, *Consorzio Azienda Metano (CONAME)*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2005, 10, 1079; CGCE, sez. I, 13 ottobre 2005, n. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 2, 133; CGCE, sez. I, 10 novembre 2005 in causa C-29/04, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; CGCE, 11 maggio 2006, n. C- 340/04; CGCE, sez. I, 11 maggio 2006, C. n. 340/04, *Cabotermo e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2006, 7, 757. Nella giurisprudenza italiana si vedano CdS, Ad Plen., sent. 3 marzo 2008, n. 1, con nota di G. Piperata, *Le società pubbliche al vaglio dell'adunanza plenaria*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 11, 1119; CdS, sez. VI, 1° giugno

Questi ultimi vengono individuati in: esercizio, sul soggetto affidatario, di un *controllo analogo* a quello esercitato dall'amministrazione sui propri servizi e svolgimento della maggior parte dell'attività del soggetto affidatario in favore dell'amministrazione di appartenenza.

Il soggetto *in house*, così costituito, deve ritenersi parte dell'amministrazione territoriale che lo ha creato, poiché tra essi non intercorre un rapporto contrattuale, che presuppone la terzietà tra le parti¹⁰⁸.

L'evoluzione del modello ne ha specificato via via le caratteristiche, in modo da adattarlo alle esigenze delle amministrazioni territoriali dei singoli Stati membri. Si pensi, in particolare, al riconoscimento della persistenza del

2007, n. 2932, in *Foro amm. CDS*, 2007, 6, 1874; Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719, cit.; CdS, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, *Aedon*, nr. 3, 2007, 1127; CdS, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, in *Giust. Civ.*, 7-8, CdS, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in *Foro amm. CDS*, 2006, 7-8. CdS, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440, in *Foro amm. Cds*, 2006, 2187; CdS, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, in *Giur. it.* 2006, 1292. In dottrina si richiamano, tra i tanti: R. Caranta, *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, in *Giur. It.*, 2009, fasc. 5, 1251; M. Giorgio, *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 1269 R. Cavallo Perin – D. Casalini, *Contro lover in house providing organisations*, in *Publ. Proc. Law. Rev.*, 2009, 227; Id., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 51; G. Corso - G. Fare, *Crepuscolo dell'«in house»*, in *Foro it.*, 2009, I, 1319; D. Casalini, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, in *Foro amm.-Cons. St.*, 2008, 1158; Id., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; S. Colombari, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. App.*, 2008, 211; Id., *«Delegazione interorganica» ovvero «in house providing» nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2004, 1134; R. Fanizzi, *Il Consiglio di Stato accoglie un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'in house providing, secondo una lettura comunitaria del fenomeno*, in *Giust. civ.*, 2008, 1049; R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008; C. Volpe, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale, Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. App.*, 2008, 1401; D.U. Galletta, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2007, 19; G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.*, 2006; R. Ursi, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. App.*, 2006, 1417; F. Caringella, *L'affidamento in house*, in R. Garofoli – M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005; G. Greco, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house; ampliamento o limitazione della concorrenza*, in I. Cacciavillani (a cura di), *Le società pubbliche*, Padova, 2004; M. Mazzamuto, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. UE*, 2001, 537; F. Goisis, *Rapporto di controllo, scelta del gestore di servizio pubblico, principi del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 586.

¹⁰⁸ Si veda dottrina indicata nella nota precedente e, in giurisprudenza, già la sentenza Teckal, secondo cui un rapporto giuridico in cui le parti siano tra loro terze implica una distinzione sul piano formale e un'autonomia sul piano decisionale.

modello *in house* anche in caso di partecipazione di più amministrazioni, cui viene riconosciuto un “controllo congiunto”; oppure, sempre nel caso di soggetti pluripartecipati, al “controllo per rappresentanza”, laddove ogni singolo partecipante delega determinate amministrazioni che fanno parte del soggetto *in house* ad esercitare il controllo analogo per tutti i partecipanti¹⁰⁹.

La ripresa dei mercati dopo la crisi economica mondiale iniziata nell’anno 2008 ha spinto il sistema europeo verso una maggiore attenzione nei confronti della tutela e della promozione della concorrenza in relazione ai servizi di interesse generale (SIEG), che per affinità di definizione possono essere assimilati ai servizi pubblici italiani¹¹⁰.

L’orientamento favorevole allo sviluppo della concorrenza ammette l’esclusione della procedura ad evidenza pubblica solo quando il soggetto affidatario soddisfi i requisiti relativi al modello *in house providing*, ovvero quando si configurino partenariati tra amministrazioni pubbliche.

In tutti gli altri casi, le amministrazioni devono orientarsi al mercato, ed è per questo motivo che sono state rafforzate le regole sui contratti pubblici di appalto e di concessione¹¹¹. La nuova disciplina contiene una serie di indicazioni di carattere generale che mirano ad un sistema flessibile e inclusivo, volto a favorire la crescita economica dei mercati nei prossimi decenni¹¹².

¹⁰⁹ Si tratta, in particolare, delle sentenze CGUE, sez. III, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11; CGCE, sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07; CGCE, sez. IV, 13 novembre 2008, C-46/07; CGCE, sez. III 13 novembre 2008 C-324/07. Per la giurisprudenza nazionale sul tema cfr. CdS, sez. V, 08 marzo 2011, n. 1447; 24 settembre 2010, n. 7092; 26 agosto 2009, n. 5082; 30 aprile 2009, n. 2675; 9 marzo 2009, n. 1365.

¹¹⁰ Se considerati in ambito locale, i servizi pubblici e i servizi di interesse generale posseggono *contenuto omologo* poiché entrambe le nozioni si riferiscono a servizi svolti mediante attività economica in grado di offrire servizi o beni su un determinato mercato e che forniscono prestazioni rivolte indistintamente ai cittadini, con lo scopo di soddisfare *fini sociali*. Sul tema si veda Corte costituzionale n. 325/2010 e n. 272/2004. La Corte dei Conti ha chiarito (in Sez. reg. cont. Veneto, parere n. 5 del 15 gennaio 2009 e in Sez. reg. contr. Lombardia n.548/2009/PAR) che tra i servizi di interesse economico generale stanno i servizi offerti dalle società che gestiscono i servizi a rete e tutte le attività economiche soggette ad obblighi di servizio pubblico.

¹¹¹ Cfr. le Direttive 2014/23-24-25/UE.

¹¹² In tal senso si esprime il documento “*Europa 2020 — una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*”, che contiene un progetto di rilancio della crescita economica europea attraverso interventi mirati sulle dinamiche determinanti l’andamento dei mercati.

1.3.1 I servizi pubblici locali e la concorrenza

Il sistema europeo cui la disciplina italiana deve fare riferimento è fortemente orientato verso la tutela della concorrenza, professando il principio di apertura al mercato nella gestione dei servizi di interesse generale.

In tale contesto, il sistema delineatosi in relazione alla gestione dei servizi pubblici locali, dopo i primi interventi di modifica dell'art. 113 TUEL¹¹³, ha sollevato perplessità in capo agli enti locali per l'ingerenza nella propria autonomia organizzativa, giustificata in ragione della tutela della concorrenza, in aderenza all'impostazione europea sul tema.

Ne sono derivati diversi ricorsi delle Regioni alla Corte Costituzionale, con richiesta di dichiararne l'incostituzionalità¹¹⁴, ma la Corte Costituzionale li ha dichiarati non fondati in ragione del fatto che le modalità di gestione dei servizi pubblici locali incidono fortemente sul mercato concorrenziale e, pertanto, appartengono alla materia della concorrenza che rientra nelle “*materie trasversali*” di cui all'art. 117 della Costituzione. Secondo questo assunto, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono sottratti alla competenza statale in difetto dell'elemento dell'economicità¹¹⁵.

La Costituzione, nella formulazione successiva alla riforma del Titolo V della Costituzione ad opera della legge costituzionale n. 3/2001, legittima l'intervento statale nella materia della concorrenza, che può trovare collocazione in diverse materie.

La sottolineatura dell'incidenza della concorrenza nella materia dei servizi pubblici locali è legata all'attenzione dell'Unione Europea verso la tutela dei mercati e l'unificazione di essi¹¹⁶, che pare, tuttavia, assorbire ogni altra

¹¹³ Si fa riferimento ai ricordati interventi della l. n. 448/2001, e al D.L. n. 26972003.

¹¹⁴ Con sentenza n. 14 del 13 gennaio 2004, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le richieste di illegittimità costituzionale e ha chiarito che la “*competenza trasversale*” sulla tutela della concorrenza riservata allo Stato dall'art. 117 Cost. risponde all'obbiettivo di unificare in capo allo stesso “*strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero paese*”. Successivamente, nello stesso senso si è espressa Corte cost., n. 345/2004 e Corte Cost. n. 401/2007.

¹¹⁵ Così Corte Cost. n. 272/2004, in Serv. Pubbl. e app., con nota A. Police – W. Giulietti, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*.

¹¹⁶ Per un *excursus* sull'introduzione della concorrenza nella materia dei servizi pubblici locali si vada l'interessante contributo di F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in Dir. amm., 2010, fasc. 2, 313; In generale cfr.

valutazione sul tema che origini da considerazioni differenti come, ad esempio, il raggiungimento del benessere della comunità di riferimento attraverso l'offerta di servizi pubblici di elevata qualità.

La sensibilità al tema della concorrenza ha mosso l'Unione Europea sull'art. 35 della legge n. 448/2001, e ne è derivato un atto di messa in mora¹¹⁷ in cui si è sottolineato quali sono i regimi applicabili alle diverse modalità di affidamento dei servizi pubblici: l'affidamento di servizi pubblici locali può essere qualificato come appalto pubblico o come concessione di servizi, nel primo caso ricadendo sotto la disciplina delle direttive 92/50¹¹⁸ e 93/30, nel secondo caso rimanendo sottoposti alle norme del Trattato, mentre può avvenire direttamente laddove ricorrano i requisiti stabiliti dalla

M. Antonioli, *Concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo (voce)*, AAVV., M.P. Chiti – G. Greco (a cura di), Parte speciale, Tomo II, Milano, 2007; in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. it.*, 2005, 976 e Cass., Sez. Un., 29 aprile 2005, n. 8882, in *Foro amministrativo CDS*, 2005, 1053; per un'evoluzione storica del concetto di concorrenza si veda E. Freni, *La tutela della concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. Cassese (a cura di), Milano, 2003, 3685. In giurisprudenza le più recenti pronunce della Corte Costituzionale: n. 114 e 184/2011; 45, 325 e 232/2010; 148 e 214/2009; 63, 51 e 326/2008; 38, 303, 401 e 430/2007; 272, 320/2004. Esse ribadiscono la competenza dello Stato nella legislazione della concorrenza, in virtù dell'interpretazione della concorrenza secondo la nozione comunitaria, che presuppone la massima apertura agli operatori del mercato, in aderenza ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. Per lo specifico del servizio idrico si vedano Corte Costituzionale n. 62/2012; 123 e 128/2011; 29 e 142/2010., 2012;

¹¹⁷ L'UE era già intervenuta in merito all'art. 22, l. n. 142/1990, con Comunicazione SG(2000) D/108243 dell'8 novembre 2000, evidenziando come nelle norme dell'ordinamento italiano non fosse possibile rinvenire la natura esatta dell'affidamento. Lo Stato italiano ha risposto con la circolare n. 12727 del 19 ottobre 2001 (G.U. s. g., n. 264 del 13.11.2001) su "Affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali", con la quale si sottolineava come la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non si applicasse quando fosse mancante un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come accade nel caso di delegazione interorganica o di servizio affidato *in house providing*, secondo l'orientamento della CGCE.

Quanto all'art. 35, l. n. 448/2001, deve farsi riferimento alla Comunicazione C (2002) 2329 del 26 giugno 2002, a cui lo Stato italiano ha risposto con la circolare n. 3944 del 1° marzo 2002 (G.U. s. g., n. 102 del 3.5.2002) su "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori". Con essa, il governo ha fornito una definizione di concessione di lavori e di concessione di servizi, relativamente all'appalto di servizi pubblici. Non essendoci una normativa, sia a livello europeo sia a livello nazionale, sull'*in house providing*, si voleva fornire una definizione per esclusione dell'*in house* e, di conseguenza, individuare i casi per i quali non fosse necessaria la procedura concorsuale.

¹¹⁸ Oggi Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che abroga la precedente direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio in GU L 134/1 del 30 aprile 2004.

giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea in tema di *in house providing*¹¹⁹.

Il richiamo europeo e le valutazioni del legislatore nazionale hanno condotto ad un'ulteriore riforma dell'art. 113 del Testo unico degli enti locali con due interventi ravvicinati¹²⁰, che hanno definito *ex lege* le modalità di gestione dei servizi pubblici locali, contemplando la società di capitali tra le diverse possibilità ammesse.

L'intervento legislativo non ha attenuato i dubbi sulla incompatibilità con l'autonomia organizzativa degli enti locali¹²¹, ma, nei fatti, la struttura normativa non è stata oggetto di ricorsi¹²². Essa ha costituito lo schema di riferimento per la definizione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, mutato nel tempo in relazione al progressivo atteggiamento di sfiducia del legislatore nei confronti dello strumento societario, di cui si è fatto ampio ed improprio uso.

L'obiettivo di promuovere la concorrenza si rende necessario in ragione del contesto socio-economico in cui si trova l'Europa nel periodo di transizione *post* crisi economica ma, in questa direzione, non può essere trascurato il compito di *rallentare* l'incremento indiscriminato della spesa pubblica da parte degli enti locali, sui quali grava il dovere di orientare la propria azione a favore di operazioni di miglioramento dei servizi erogati ai cittadini.

¹¹⁹ A seguito dell'emanazione della Direttiva 2014/23 in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, il modello *in house providing* è stato preso in considerazione anche in tale veste.

¹²⁰ Si vedano il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003, n. 326, recante "*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*" e la legge 24 dicembre 2003, n. 350, contenente "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*".

¹²¹ Sulla definizione normativa dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali si veda lo studio di G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹²² La norma in oggetto prevedeva: affidamento a società a capitale totalmente privato tramite procedure ad evidenza pubblica; affidamento a società a capitale misto, ove la scelta del socio privato avvenisse tramite l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica; affidamento a società a capitale interamente pubblico, laddove sussistessero gli elementi richiesti dalla CGCE in merito all'*in house providing* (ovvero che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività a favore dell'ente o degli enti pubblici che la controllano).

1.4 Modelli e forme alternativi alla società di capitali nell'ordinamento italiano.

Nel tentativo di comporre un disegno unitario per le società di capitali partecipate da pubbliche amministrazioni, si è finito col farle divenire oggetto di interventi frazionati e dedicati, di volta in volta, a determinate categorie di società.

Questo *modus operandi* ha generato problemi interpretativi e incertezze sugli ambiti soggettivi di applicazione dei singoli interventi, lasciando alla *creatività* degli interpreti le strade per svincolarsi dai limiti prestabiliti¹²³.

La volontà di eliminare società potenzialmente nocive per il corretto svolgimento della libera concorrenza mostra un palese disfavore nei confronti di intraprese a vocazione commerciale, che sviano gli enti locali dai propri fini istituzionali.

Tale obiettivo sta alla base del comma 27, art. 3, L. N. 244/2007¹²⁴, in base al quale gli enti locali devono motivare puntualmente la costituzione di società di capitali e il relativo mantenimento, vietando quelle che svolgono “*attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*”¹²⁵.

¹²³ Così è accaduto per le norme contenute nel decreto legge n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012, successivamente modificate e, in parte, abrogate (cfr. art. 1, comma 562, L. N. 147/2103 e D.L. n. 90/2014), che hanno tentato di razionalizzare la spesa pubblica attraverso la dismissione di partecipazioni azionarie, o di intere società, da parte degli enti locali.

¹²⁴ L'art. 3, comma 27, L. N. 244/2007, recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)”, come modificato dall'art. 18, comma 4-octies, del D.L. 29 novembre 2008 n. 185 e successivamente dall'art. 71, comma 1, lettera b), della legge 18 giugno 2009, n. 69, così dispone: “*Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza*”.

¹²⁵ Così l'art. 3, comma 27, L. N. 244/2007 smi. Per un'analisi approfondita della norma si veda G. Bassi, *Novità e qualche ripensamento per le società negli enti locali. Commento*

La previsione normativa non è apparsa innovativa sotto il profilo sostanziale, perché positivizza i principi del buon andamento e dell'imparzialità sanciti dall'art. 97 della Costituzione¹²⁶, principi fondamentali su cui si sviluppa l'azione amministrativa. Inoltre, esplicita un altro principio fondamentale dell'amministrazione pubblica, immanente ai principi di cui al citato art. 97 Cost., che è quello della funzionalizzazione dell'azione pubblica di diritto privato, ovvero il perseguimento dei fini istituzionali prestabiliti *ex lege*¹²⁷.

La norma, tuttavia, si prefigge lo scopo di tutelare il mercato concorrenziale, dimenticando il riferimento ai criteri fondamentali che caratterizzano la gestione amministrativa, sebbene la dottrina¹²⁸ e la giurisprudenza¹²⁹

*alla legge 24 dicembre 2007 n. 244 (finanziaria 2008), parte I, in Appalti & Contratti, 2008, 1/2. Sul tema si veda la sentenza della Corte Costituzionale 8 maggio 2009, n. 148, che ha dichiarato la legittimità dei commi 27-29, art. 3, L. N. 244/2007 che distinguendo tra “attività amministrativa in forma privatistica” e “attività d’impresa di enti pubblici” ribadisce che ratio della norma è proprio quella di evitare che il soggetto che svolge attività amministrativa eserciti anche attività d’impresa, sfalsando il gioco delle concorrenza nella misura in cui si avvale dei privilegi derivanti dalle pubbliche amministrazioni. Per una interessante nota alla sentenza della Corte Costituzionale cfr G. Bottino, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell’odierna legislazione statale*, in *Giur. Cost.*, 2009, fasc. 3, 1606.*

¹²⁶ In tal senso G. Farneti, *Il buon andamento nell’amministrazione degli enti locali*, in *Azienditalia*, n. 10, 1994; Id., *Le società partecipate: problemi d’attualità*, in *Azienditalia* n. 9, 2008.

¹²⁷ Il principio di funzionalizzazione si fonda sulla considerazione che non esiste attività di diritto privato svolta dalla pubblica amministrazione che sia sottratta ai principi di azione cui essa soggiace nella propria attività ordinaria. L’indagine sulla funzionalizzazione dell’azione amministrativa di diritto privato si è sviluppata soprattutto in relazione ai rapporti contrattuali dell’amministrazione pubblica. Cfr. i contributi di F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, parte generale, Padova, 1996; Id., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

¹²⁸ Si veda su questo tema in particolare M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Gior. Dir. amm.*, 2013, fasc. 8-9, 855. Per una visione opposta cfr Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, V, 106, secondo il quale lo scopo della norma è dichiaratamente quello di eliminare dal sistema le società di capitali che sono divenuti nel tempo un peso per le amministrazioni socie più che una risorsa da cui attingere.

¹²⁹ Si fa riferimento in particolare a TAR Sardegna, sez. I, 5 aprile 2013, n. 269, in *Foro amm.* – *TAR*, 2013, 4, 1403; ma già prima si vedano CdS, Sez. VI, 20 marzo 2012 n. 1574; CdS, Ad plen., 3 giugno 2011, n. 10, tutte in www.giustizia-amministrativa.it quest’ultima fa riferimento alla possibilità per le Università di costituire società di capitali; cfr. anche Corte Conti reg. Lombardia, Sez. contr., 17 giugno 2010 n. 675, in *Riv. corte conti*, 2010,

prevalenti non abbiano dubbi in merito alla doppia *ratio* che caratterizza la norma: tutela della concorrenza e rispetto dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione.

L'obbligo introdotto nell'ordinamento italiano ha condotto ad una serie limitata di dismissioni, costringendo il legislatore ad insistere su questa strada con successivi interventi, tra i quali il dettato del D.L. n. 95/2012, o la peculiare cessazione *ex lege* delle partecipazioni illegittime ai sensi del comma 27 richiamato, con relativo obbligo per le società di liquidare in denaro il valore della quota del socio cessato, in base ai criteri stabiliti dal codice civile¹³⁰.

Di fronte all'atteggiamento refrattario degli enti locali che, difficilmente, accettano di *assottigliare* il proprio portafoglio azionario, il legislatore ha tentato la strada della responsabilizzazione degli investimenti compiuti in società di capitali, nella convinzione che sia meglio tentare di salvaguardare la spesa pubblica incidendo sull'esistente piuttosto che fare proiezioni economiche su scenari che forse mai si configureranno¹³¹.

L'orientamento dell'azione amministrativa verso un sistema economico efficiente favorisce una riflessione ponderata da parte degli enti locali in merito all'opportunità di utilizzare società di capitali piuttosto che altre forme di gestione dei servizi presenti nell'ordinamento italiano.

Il mutamento delle gestioni tramite società di capitali apre la strada all'esternalizzazione in senso proprio dei servizi, ovvero alla ricerca di soggetti di mercato cui demandare lo svolgimento del servizio attraverso la sottoscrizione di contratti di appalto o di concessione.

Le due figure consensuali presentano delle differenze legate ai costi del servizio, che rimangono in capo alla pubblica amministrazione nel primo

3 , 98. Più restrittiva l'interpretazione di CdS, Ad plen. 3 giugno 2011 n. 10, in *Foro amm.* – *CdS*, 2011, 6, 1842.

¹³⁰ Cfr. art. 1, comma 569, L. N. 147/2013, che proroga di quattro mesi il termine già fissato in trentasei mesi dal comma 29, art. 3, L. N. 244/2007, “*decorsi i quali la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto; entro dodici mesi successivi alla cessazione la società liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, del codice civile*”.

¹³¹ Si fa riferimento alla legge n. 147/2013.

caso, mentre, nel secondo caso, il concessionario sopporta i rischi economici della gestione, recuperando direttamente dagli utenti i costi sostenuti¹³².

Ciò che, in entrambi i casi, caratterizza la gestione esternalizzata dei servizi è l'impegno delle amministrazioni territoriali a svolgere una serie di controlli specificati nel contratto di servizio da sottoscrivere con il gestore.

La revisione delle gestioni societarie può condurre a valutazioni positive sull'impiego di forme di autoproduzione dei servizi orientate verso sistemi di natura pubblica, quale le aziende speciali, o soggetti *in house providing*.

Tra gli strumenti di gestione afferenti alla sfera pubblica e sottratti alle regole della concorrenza si annoverano gli accordi tra pubbliche amministrazioni, cosiddetti partenariati pubblico-pubblico.

Secondo autorevole dottrina¹³³, tali accordi, definiti partenariati "contrattuali", non sono altro che l'evoluzione del modello *in house providing* a "controllo congiunto", definito quale partenariato pubblico-pubblico "istituzionalizzato", da cui tuttavia si discostano perché non è possibile configurare il controllo analogo di un'amministrazione nei confronti di un'altra.

Gli accordi tra amministrazioni pubbliche consistono nella collaborazione reciproca tra pubbliche amministrazioni per lo svolgimento di un servizio o per la produzione di un bene, senza che da ciò sorgano prestazioni onerose per l'una nei confronti dell'altra, e purché l'accordo sia finalizzato all'esecuzione di un servizio o allo svolgimento di una funzione pubblica¹³⁴.

¹³² Cfr. in questo senso CdS, sez. VI, 21 maggio 2014, n. ; CdS, sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; CdS, sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068; CdS, sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, tutte in www.corteconti.it. L'appalto si presenta come la soluzione organizzativa favorita dal legislatore, che tenta di portare gli enti locali su questa strada. Si veda, ad esempio, l'art. 3bis, co. 3, D.L. n. 138/2011, che incentiva l'adozione di procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali a rete, stabilendolo quale elemento di virtuosità ai fini del Patto di Stabilità interno. Le concessioni, invece, a detta della Commissione europea (Cfr. introduzione direttiva 2014/23/CE), costituiscono il volano per lo sviluppo dei servizi pubblici nel terzo millennio.

¹³³ Sono considerati tali da C. Volpe, *L'affidamento "in house". Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, in www.giustamm.it, 2014, fasc. 7, 13; M Mazzamuto, *L'apparente neutralità*, cit.

¹³⁴ In tema di accordi tra pubbliche amministrazioni, soprattutto in relazione alla loro potenziale incidenza sugli equilibri di mercato, tale da richiedere l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, la Corte di Giustizia si è più volte pronunciata: CGCE, 13 gennaio 2005, causa C-84/2003; CGCE, 9 giugno 2009, causa C-480/06 CGCE, 23

1.5 Note di sintesi sul contenuto dello studio.

La gestione dei servizi pubblici locali e di quelli strumentali è stata influenzata da diversi fattori che hanno favorito la creazione del sistema imperniato sulla figura societaria.

Un primo elemento è indubbiamente da riferirsi alla legittimazione formale delle società di capitali quale modello di gestione da parte degli enti locali, introdotta dalla L. N. 142/1990.

Gli enti territoriali hanno colto l'occasione di strutturare apparati esterni alla propria organizzazione, alla ricerca di strade che alleggerissero la propria attività interna, secondo logiche imprenditoriali prima pienamente sperimentate solo dall'amministrazione centrale dello Stato.

Il riconoscimento e la promozione dell'autonomia amministrativa degli enti locali, portate avanti dalla riforma del Titolo V della Costituzione¹³⁵, e l'insistenza del legislatore sul modello societario quale forma di gestione dei servizi pubblici locali, hanno ulteriormente legittimato l'azione delle amministrazioni territoriali in tal senso.

Questi due fattori hanno determinato la tendenza *patologica* degli enti locali a impiegare le società di capitali per la gestione dei servizi, persistendo

dicembre 2009, causa C- 305/2008; CGCE, causa C-159/11 cit., tutte in www.EUR-Lex.europa.eu. Si confrontino, in dottrina, i contributi di D. Gallo, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di appalti pubblici: la Corte di Giustizia UE di pronuncia su un contratto di cooperazione tra una ASL [Azienda Sanitaria locale] e un'Università pubblica (Nota a CGUE Grande sezione 19 dicembre 2012 (causa C-159/11))*, in *Dir. comm. Intern.*, 2013, fasc. 1, 293; S. Valaguzza, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, 395; C.E. Gallo, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali (Nota a CGCE Grande sezione 9 giugno 2009 (causa C-480/06))*, in *Urb. e app.*, 2009, fasc. 10, 1176; G. Del Vecchio, *Accordi di programma tra enti pubblici. Il caso degli accordi tra Comuni e INPDAP in materia socio-assistenziale*, in *Rivista Ammi. Rep. It.*, 2006, fasc. 11-12, 1065; G. Bardelli, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra PP.AA. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici (Nota a CGCE sez. II 13 gennaio 2005 (causa C-84/03))*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 11, 1277; M. Protto, *Accordi tra pubbliche amministrazioni e disciplina sugli appalti (Nota a CGCE 13 gennaio 2005 (causa C-84/03))*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 7, 780.

¹³⁵ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 recante "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 248 del 24 ottobre 2001. Per un approfondimento sul tema si veda M. Mazza, *Federalismo, regionalismo e decentramento nella prospettiva della comparazione tra i sistemi di amministrazione (o governo) locale*, in *Ist. fed.*, 2012, 829.

l'idea che l'attività imprenditoriale dei servizi pubblici locali da parte delle amministrazioni locali garantisca il raggiungimento di elevate qualità di essi. Il sistema delineatosi ha contribuito a sottrarre capitali pubblici dalla gestione di imprese reperite sul mercato e, al tempo stesso, al controllo del giudice contabile ma, nel tempo, ha mostrato la difficoltà di modellare l'istituto privatistico alle necessità di trasparenza e di buon andamento dell'azione pubblica.

L'avvento della crisi economica mondiale e il rapporto sempre più stringente con l'Unione europea¹³⁶, da cui sono derivati forti vincoli alla spesa pubblica, hanno indotto ad un ripensamento globale del sistema delle autonomie locali, sulla base della supposizione che la riforma del Titolo V della Costituzione non sia stata in grado di creare un federalismo sufficientemente controllato a livello centrale dallo Stato¹³⁷. In questa direzione sono stati approntati interventi volti a riordinare alcuni livelli istituzionali, si è messa mano ai costi della politica e sono state previste misure di razionalizzazione degli enti partecipati.

Il principio di economicità ha svolto un ruolo centrale nel contesto di riferimento ed è divenuto criterio di valutazione delle gestioni esternalizzate della pubblica amministrazione, contestualmente all'esigenza di conseguire risparmi di spesa e all'obiettivo di ottenere una visione più complessiva dell'apparato amministrativo.

L'obiettivo di giungere ad una struttura pubblica unitaria si sta realizzando attraverso l'organizzazione di un sistema amministrativo complesso, in cui gli enti locali assumono il ruolo di *holding* di una *diramazione* cui appartengono anche tutti i soggetti partecipati, profit e non, che consolidano i propri conti con l'ente proprietario.

¹³⁶ L'11 marzo 2011 alcuni Stati membri hanno sottoscritto il Patto *Europlus*, che contiene l'impegno dei sottoscrittori ad adottare riforme volte a migliorare la solidità fiscale e la competitività del proprio Paese.

¹³⁷ Con legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 è stato modificato il Titolo V, parte seconda, della Costituzione italiana. La riforma costituzionale, sottoposta a referendum confermativo con esito positivo, ha ampliato le funzioni attribuite agli enti territoriali tentando di dare attuazione al principio di sussidiarietà verticale presente nella Costituzione italiana, la cui piena applicazione è auspicata dall'Unione Europea.

In questa direzione, oltre agli interventi relativi alla redazione di bilanci consolidati da parte delle pubbliche amministrazioni, sono stati rafforzati i controlli interni degli enti locali e, in particolare, i controlli sulle società partecipate.

Il sistema proposto si discosta da quello previgente alla legge costituzionale n. 3/2001, incentrato sui controlli sugli atti effettuati dai Comitati Regionali di Controllo (co.re.co.), poiché le disposizioni del TUEL mirano a verificare la legittimità e la regolarità della gestione dei servizi con la previsione di un dettagliata organizzazione, della cui responsabilità sono investite le figure apicali degli enti.

In tale contesto si colloca anche l'introduzione in Costituzione del principio di pareggio di bilancio, mediante la modifica degli articoli 81, 117, 119 e 97 della Costituzione¹³⁸, posto come principio di azione delle pubbliche amministrazioni, al pari del buon andamento e dell'imparzialità.

L'insistenza sull'economicità dell'azione amministrativa potrebbe giovare al sistema societario, abbandonato o, comunque, ridimensionato a favore dell'impiego di altre forme che presentino un'incidenza meno onerosa sul bilancio dell'ente locale¹³⁹.

Il contenimento dell'impiego dello strumento societario potrebbe favorire il recupero degli elementi fondamentali che lo caratterizzano, quali lo scopo di

¹³⁸ Tramite legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, recante "Introduzione del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale", pubblicata in G.U. 23 aprile 2012, seguita dalla legge di attuazione 24 dicembre 2012, n. 243, recante "Disposizioni per l'attuazione del principio di pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione", pubblicata in G.U. n. 12 del 15 gennaio 2013. Sull'introduzione dell'obbligo di pareggio di bilancio come controffensiva alla crisi economica mondiale scoppiata dall'America nel 2008, si ricorda che otto autorevoli economisti il 28 luglio 2011 scrissero al Presidente degli Stati Uniti e al Congresso che "*Nell'attuale fase dell'economia è pericoloso tentare di riportare il bilancio in pareggio troppo rapidamente. I grossi tagli di spesa e/o gli incrementi della pressione fiscale necessari per raggiungere questo scopo, danneggerebbero una ripresa già di per sé debole*".

Il testo integrale può essere letto sul sito web www.cbpp.org.

¹³⁹ Che le società partecipate da amministrazioni territoriali abbiano una forte incidenza su di esse, e che sia spesso negativa, è riconosciuto da tempo dalla Corte dei Conti, che presenta i dati raccolti presso gli enti locali nella Relazione annuale sugli organismi partecipati. Cfr. Relazione 2014 "Gli organismi partecipati da enti territoriali", deliberazione n. 15/SEZAUT/2014/FRG, in www.corteconti.it. Altrettanto negativi sono i dati presentati nel "Programma di razionalizzazione delle partecipate locali" redatto dal Commissario straordinario per la revisione della spesa e pubblicato il 7 agosto 2014 su www.revisionespesa.gov.it.

lucro¹⁴⁰, a seguito di una stagione di adattamento delle società alle finalità pubblicistiche e alla presenza di soci pubblici che ha imposto vincoli alteranti la struttura.

A ciò si è aggiunta l'incapacità della pubblica amministrazione di sviluppare ed utilizzare un istituto privatistico così rilevante, oggetto di una normativa caotica e parziale, intorno al quale sono mancate competenze in capo alle stesse amministrazioni, un coordinamento tra i diversi livelli di essa, un reale controllo sulle attività svolte dalle società, così come l'assenza di logiche pubblicistiche da parte dei *manager* privati coinvolti nella gestione.

Nel prosieguo dello studio verranno approfonditi questi temi e ci si propone l'intento di mostrare che lo strumento societario per la gestione dei servizi pubblici locali e per quelli strumentali non costituisce l'unica modalità di gestione di essi, poiché sussistono nell'ordinamento italiano forme alternative di gestione che, nel contesto socio-economico di riferimento possono concorrere alla corretta esplicazione del sistema concorrenziale in materia e ad una efficiente, efficace ed economica gestione a favore della collettività.

¹⁴⁰ In questo senso F. Goisis, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, I, secondo cui la spinta lucrativa gioca a favore di una natura privatistica delle società partecipate.

CAPITOLO II

PRINCIPI DI ORGANIZZAZIONE E DI AZIONE PUBBLICA IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

2.1 Uno sguardo ai principi di organizzazione e di azione della Pubblica Amministrazione: il buon andamento e la buona amministrazione; 2.1.1 Un corollario del buon andamento: la responsabilità amministrativa; 2.1.2 Imparzialità e legalità; 2.1.3 La riformulazione dell'art. 97 Cost.; 2.1.4 Equilibrio di bilancio quale strumento di controllo delle amministrazioni pubbliche; 2.1.5 Il sistema di garanzia dell'equilibrio di bilancio; 2.2 Il potere di auto-organizzazione e l'attività di diritto privato come esplicazione dei principi di azione della Pubblica Amministrazione; 2.3 Il contenuto dell'azione amministrativa in materia di servizi pubblici locali: la teoria *soggettiva*; 2.3.1 La teoria *oggettiva* dei servizi pubblici locali; 2.3.2 Ulteriori elementi di definizione del concetto di servizi pubblici locali.

2.1 Uno sguardo ai principi di organizzazione e di azione della Pubblica Amministrazione: il buon andamento e la buona amministrazione.

I principi di organizzazione e di azione dell'amministrazione pubblica fissati dalla Costituzione italiana e dall'ordinamento europeo rivestono un ruolo fondamentale nella definizione di ciò in cui consiste la cura degli interessi della collettività.

Tali principi, soprattutto in relazione alla gestione dei servizi pubblici locali, sono regolati all'interno di un sistema complesso stratificatosi nel tempo, anche in virtù di un crescente intervento pubblico in attività di diritto privato.

Essi sono stabiliti all'art. 97 della Costituzione¹⁴¹ e si concretano in buon andamento, imparzialità e pareggio di bilancio, quest'ultimo introdotto a

¹⁴¹ Cfr. Sezione II, Titolo III, Il Governo. Sui principi regolatori dell'amministrazione pubblica in generale si vedano i maggiori manuali di diritto amministrativo, tra cui G.

seguito del c.d. *Six pack* e del Trattato *Fiscal compact*, sottoscritto a livello comunitario quale misura condivisa per fronteggiare la situazione di crisi economica degli Stati membri¹⁴².

Ai principi esplicitati dalla Costituzione se ne aggiungono altri, tra cui la legalità, che completano il quadro di riferimento entro cui agisce l'amministrazione pubblica.

Nell'articolo 97 della Costituzione si legge che “*Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*”.

Il testo dell'art. 97 Cost. presenta subito un riferimento all'ordinamento europeo, dal quale l'azione pubblica non può prescindere, ed enuncia tre

Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2013; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012; R. Garofoli – G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012; G. F. Scoca (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2011; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011; G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010.

¹⁴² Nel marzo 2011 gli Stati membri dell'UE hanno sottoscritto il Patto *Europlus*, che detta una serie di impegni economici, tra cui quello di “recepire nella legislazione nazionale le regole di bilancio dell'UE fissate nel patto di stabilità e crescita”. Ogni Stato membro è invitato a provvedere secondo lo strumento giuridico che ritenga più adeguato, stabilendo liberamente la modalità più adeguata per adeguare le regole di bilancio al patto di stabilità europeo. Al *Patto Europlus* è seguito il “*six pack*”, che contiene cinque regolamenti e una direttiva che hanno ampliato le competenze delle istituzioni europee in materia economica e finanziaria, e un ulteriore patto, c.d. *Fiscal Compact*, che ha ristretto l'ambito di azione discrezionale dei singoli stati membri in merito all'allineamento dei bilanci nazionali agli standard attesi dall'Unione Europea.

Il principio è stato recepito nell'ordinamento italiano con legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, in *GU n.95 del 23-4-2012*. In merito a quest'ultimo principio, la legge costituzionale n. 1/2012 stabiliva l'entrata in vigore della disposizione sul pareggio di bilancio a partire dall'esercizio finanziario 2014, ma l'applicazione del principio è stata slittata all'anno 2016 con decisione assunta a maggioranza dal Parlamento italiano il 17 aprile 2014, in considerazione delle “*fasi avverse [...] del ciclo economico*”, che sono le condizioni per le quali l'art. 81, ammette la deroga all'applicazione del principio.

principi fondamentali: buon andamento, imparzialità e pareggio di bilancio¹⁴³.

L'imprescindibile principio che si trova nell'ordinamento europeo è quello del buon andamento dell'azione amministrativa¹⁴⁴, volta a garantire la cura degli interessi pubblici con gli strumenti a sua disposizione.

Tale principio ha trovato una specificazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁴⁵, che sancisce il diritto ad una buona amministrazione in riferimento sia alla struttura organizzativa di essa sia all'attività che svolge¹⁴⁶.

Il contenuto del concetto di buona amministrazione è "variabile", per dirla secondo Autorevole dottrina¹⁴⁷, poiché racchiude in sé buona parte dei principi relativi all'azione pubblica¹⁴⁸, sia di natura procedimentale che non. Il principio di buona amministrazione indica gli obiettivi cui l'amministrazione pubblica deve tendere ma, al tempo stesso, stabilisce un diritto a favore degli individui che compongono la comunità in cui l'amministrazione opera¹⁴⁹, allo scopo di avvicinare i singoli e le aggregazioni direttamente ad essa¹⁵⁰. Tale diritto pone determinati obblighi in capo all'amministrazione¹⁵¹, che sostanzialmente si traducono nel dovere

¹⁴³ Per un'analisi dei principi dell'ordinamento europeo si veda G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2013, 63.

¹⁴⁴ Si può affermare che il principio è diretta esplicitazione del tradizionale principio del "buon padre di famiglia" presente nel diritto romano.

¹⁴⁵ Così l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea promulgata nell'anno 2000. L'art. 6 del Trattato sull'Unione europea del 2012 le riconosce valore di Trattato e gli Stati membri sono vincolati dalle sue disposizioni.

¹⁴⁶ Corte Cost. n. 22/1966, in www.giurcost.org.

¹⁴⁷ Cfr. S. Cassese, *Il diritto ad una buona amministrazione*, Relazione alla "Giornata sul diritto alla buona amministrazione" per il 25° anniversario della legge sul "Sindic de Greuges" della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009, in www.irpa.eu. Per una riflessione più estesa del tema si veda L. Vandelli, *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, L. Vandelli (a cura di), Milano, 2009.

¹⁴⁸ S. Cassese, *ibidem*.

¹⁴⁹ Cfr. S. Cassese, *ibidem*, secondo cui il diritto ad una buona amministrazione costituisce "una difesa dal potere pubblico".

¹⁵⁰ In questo senso si esprime F. Santini, *Diritto ad una buona amministrazione: la prima applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (nota a Trib. I grado CE, 30 gennaio 2002, n. 54/99), in *Giur. it.*, 2002, 1792.

¹⁵¹ In particolare, l'art. 41 stabilisce in capo ad "ogni individuo", che può anche presentarsi in forme di aggregazione, il diritto ad essere ascoltato, il diritto di accesso e il diritto ad una decisione motivata da parte dell'amministrazione pubblica.

di svolgere le proprie funzioni e di erogare i servizi che ad essa fanno capo. Pertanto, la celerità nella conclusione dei procedimenti o la motivazione delle decisioni costituiscono parametri di valutazione della buona amministrazione, che fondano la legittimità del singolo di rivolgersi alle Istituzioni europee per essere tutelato.

Autorevole dottrina ha sottolineato¹⁵² come il principio del buon andamento altro non sia se non l'invito all'esercizio dell'attività pubblica mediante "*buon senso*", che, tradotto in ambito giuridico, starebbe a significare che la Pubblica Amministrazione deve operare attraverso "*mezzi giuridici elastici*", in grado di favorire il raggiungimento di un'attività adeguata alla realtà delle proprie comunità.

Nell'esplicarsi dell'attività amministrativa si manifesta l'importanza del principio del buon andamento, da cui derivano i criteri indicati nell'art. 1 della legge n. 241/1990: economicità, efficacia, pubblicità, imparzialità e trasparenza; criteri che devono coesistere tra loro per favorire il raggiungimento di diversi livelli di benessere per la comunità amministrata, elevandone uno più degli altri a seconda del contesto storico e sociale di riferimento.

Nella fase successiva alla crisi economica mondiale, con l'assottigliarsi delle risorse disponibili da parte dello Stato e, a cascata, delle amministrazioni territoriali, si è imposto il principio di economicità quale fattore determinante della ripresa economica sociale, al di sopra degli altri principi.

Esso ha caratterizzato sin da subito l'ordinamento nazionale, anche in relazione al tema della gestione dei servizi pubblici locali¹⁵³, ma il contesto economico-sociale ha ampliato la necessità di raggiungere gli obiettivi istituzionali attraverso il minor impiego possibile di denaro, unitamente ad una diffusa esigenza di moralizzazione degli apparati amministrativi, da cui sono emerse situazioni di significativo dispendio di denaro.

¹⁵² Si veda in questo senso M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966.

¹⁵³ Si vedrà, che già in relazione alla costituzione di aziende municipali all'inizio del IX secolo si richiedeva ai comuni di considerare le implicazioni economiche del modello gestionale adottato e si imponeva un controllo penetrante su di esse in grado di intercettare eventuali scostamenti.

Fattore determinante per raggiungere lo scopo prefissato in relazione ai servizi pubblici locali è la costituzione di mercati in cui la concorrenza sia adeguatamente tutelata, e ciò è quanto lo Stato italiano porta avanti da un ventennio sulla spinta dell'Unione europea.

Gli effetti di questa impostazione hanno inciso inevitabilmente sulla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni nell'ambito delle scelte relative alla gestione dei servizi pubblici locali, poiché gli sono stati imposti schemi predefiniti e procedure ad evidenza pubblica volte a stimolare l'iniziativa privata¹⁵⁴.

Sviluppo economico, creazione di mercati competitivi e avanzamento del progresso sociale sono, infatti, i motori dell'azione pubblica, secondo la visione proposta dal sistema europeo¹⁵⁵, che ha, in tal modo, determinato un notevole mutamento dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni nazionali.

Tutte queste misure mirano ad un maggior rigore dell'agire amministrativo, maggiore trasparenza di esso, democraticità delle scelte e controllo diffuso, la cui reale validità potrà essere verificata solo nel lungo periodo, quando saranno presenti sufficienti fattori di valutazione, che ricadranno necessariamente anche sull'operato dei soggetti che rendono concreto il principio del buon andamento entro cui si determinano queste specificazioni¹⁵⁶.

154 Queste considerazioni sono ben espresse da G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. Pubbl. serv.*, 1999, 7. Nella direzione dell'impiego di contratti pubblici quale esito di procedure di evidenza pubblica vanno le Direttive 2014/23/24/25/UE in tema di appalti e concessioni, in www.eur-lex.europa.eu.

155 Le istituzioni europee abbracciano la Teoria Economica Sociale di Mercato, presente nel trattato sull'Unione Europea e nel trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, in G.U. C115, 9 maggio 2008, l'art. 3, comma 3 (vecchio art. 2 TUE), dove si dice esplicitamente che: "l'Unione [...] si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente".

156 Si fa riferimento, in particolare, alla legge 6 novembre 2012, n. 190, in G.U. n. 265 del 13.11.2012 e ai decreti attuativi di essa, in particolare al D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, in G.U. n. 80 del 5.04.2013. La legge n. 190/2012 è stata emanata nell'ambito di un percorso che l'ordinamento europeo ha intrapreso con l'adozione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione da parte dell'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata in Italia con legge 3 agosto 2009, n. 116. Secondo S. Cassese, in *Le privatizzazioni arretramento o riorganizzazione dello*

2.1.1 Un corollario del buon andamento: la responsabilità amministrativa.

In relazione all'azione dei soggetti che operano all'interno dell'amministrazione pubblica, emerge il corollario più rilevante del principio di buon andamento: il principio di responsabilità. Esso assume una duplice veste:

1. interna all'Amministrazione;
2. esterna ad essa, ovvero riferita alla globalità dei cittadini destinatari dell'azione amministrativa.

Relativamente alla prima, si fa riferimento alla responsabilità del soggetto, persona fisica, che intrattiene un rapporto di servizio con una pubblica amministrazione e che, in violazione dei doveri derivanti dal rapporto, abbia cagionato un danno nei confronti di essa o di altre pubbliche amministrazioni.

La responsabilità di tali soggetti può essere disciplinare o patrimoniale.

Nel primo caso il dipendente pubblico non adempie al proprio dovere d'ufficio e, per questo motivo, può essere sanzionato a seguito di uno specifico procedimento disciplinare¹⁵⁷; mentre il danno patrimoniale consiste nella causazione di un pregiudizio suscettibile di valutazione economica e consegue un giudizio innanzi al giudice contabile¹⁵⁸.

La responsabilità amministrativa c.d. 'esterna', si configura invece quando vengono violati i diritti dei terzi, a mente dell'art. 28 Cost: "*I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*".

Stato?, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1996, fasc. 3-4, 579, l'attenzione dello Stato all'equilibrio dei conti, all'economicità della propria azione e alla trasparenza di essa, costituiscono una tipologia di privatizzazione nell'ambito delle differenti privatizzazioni compiute dallo Stato italiano.

¹⁵⁷ La responsabilità patrimoniale in origine era prevista solo per i funzionari e per gli impiegati dello Stato, ma è stata progressivamente estesa anche agli altri dipendenti della Pubblica Amministrazione. Così l'art. 18 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

¹⁵⁸ Un'interessante approfondimento della materia è compiuto da P. Maddalena, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa*, in *Amm. cont. St. e Enti pubbl.*, 2002, fasc. 4, 309.

Da tale norma, l'orientamento giurisprudenziale consolidato trae la conseguenza che ogni illecito azioni la responsabilità diretta sia del dipendente, che ha causato il fatto illecito, sia dell'amministrazione di appartenenza¹⁵⁹.

In relazione alla responsabilità amministrativa, è sorta l'esigenza di definire l'eventuale applicazione di essa ai soggetti esterni all'organizzazione amministrativa, che operano per conto di essa. In particolare, si è sviluppata un'articolata giurisprudenza sulla giurisdizione relativa alla responsabilità degli amministratori di soggetti partecipati, in connessione alla natura pubblica o privata ad essi riconosciuta¹⁶⁰.

Sul tema si è andato consolidando l'orientamento favorevole al rispetto della personalità giuridica propria delle società e, al tempo stesso, dell'esigenza di garantire la punibilità di gestioni non rispettose della natura pubblica degli investimenti¹⁶¹.

Riconosciuta la natura privata delle società partecipate da soci pubblici, gli amministratori *colpevoli di mala gestio* rispondono al giudice contabile per danno erariale solo laddove procurino un danno diretto al socio pubblico, secondo quanto stabilito dall'art. 2395 del codice civile.

Ciò significa che ogni danno subito dalla società, ancorché incidente sugli interessi del socio pubblico, segue il regime di responsabilità stabilito dagli

¹⁵⁹ Per costante giurisprudenza si è affermato il principio secondo cui “*il riferimento della condotta del dipendente alla P.A. può venire meno solo quando egli agisca come semplice privato, per un fine strettamente personale ed egoistico, ed il suo comportamento, non importa se colposo o doloso, non sia perciò diretto ai conseguimento di fini istituzionali che, in quanto propri della Amministrazione, possono anche considerarsi propri dell'ufficio nel quale il dipendente stesso è inserito*”. Si sottolinea, inoltre, che “*la sussistenza del rapporto di occasionalità necessaria tra l'attività del dipendente e l'evento lesivo*”, non viene meno neppure in presenza dell'eventuale abuso compiuto da quest'ultimo o dall'illegittimità del suo operato”, sempre che l'attività si inserisca nel meccanismo dell'attività complessiva dell'amministrazione di riferimento. Tra le tante, Cass., 29 dicembre 2011, n. 29727, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 12, 1889; Cass., 12 aprile 2011, n. 8306; Cass. 30 gennaio 2008, n. 2089, in *Giur. it.*, 2008, 2721; Cass. 21 novembre 2006, n. 24744, in *Foro Amm.*, CdS, 2007, 441.

¹⁶⁰ Le prime pronunce significative sul tema riguardavano gli enti pubblici economici dello Stato. Si vedano le sentenze della Cassazione, S.U., 22 dicembre 2003, n. 19667 e 26 febbraio 2004, n. 3899, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

¹⁶¹ Cfr. l'intervento determinante in tal senso Cass. S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, in www.cortedicassazione.it.

artt. 2393 ss e 2476 c.c., incardinandosi la giurisdizione nel giudice ordinario¹⁶².

Diversamente ci si pone, invece, in relazione alle società che adottano il modello *in house providing*, identificate quali strutture organizzative dell'amministrazione pubblica per la gestione di servizi pubblici o strumentali e, di conseguenza, soggetti ad essa appartenenti.

Dalla mancanza di un'alterità rispetto all'amministrazione pubblica, il più recente approdo giurisprudenziale fa derivare l'assoggettamento degli amministratori alla giurisdizione del giudice contabile, poiché si concretizzano gli estremi per la configurazione di un rapporto di servizio rilevante ai sensi degli articoli 1, l. n. 20/1994 e 52 R.D. n. 1214/1934¹⁶³.

Il presupposto per fondare la giurisdizione del giudice contabile si rinviene laddove la società partecipata adotti il modello *in house providing*, secondo i parametri che lo caratterizzano, e di cui si dirà nel prosieguo, indicato nel regolamento statutario, purché tale condizione sussista al momento dell'avveramento della condotta¹⁶⁴.

2.1.2 Imparzialità e legalità.

L'art. 97 Cost., oltre a stabilire il principio del buon andamento, fissa anche il principio di imparzialità¹⁶⁵, sancito dal comma 3, che prescrive alle

¹⁶² Per un approfondimento sul tema si rimanda all'intervento di C. Croci, *Le società partecipate pubbliche: concorrenti profili di responsabilità civile, amministrativa e contabile, nei casi di crisi e di insolvenza*, in *Il Nuovo dir. delle soc.*, n. 6, 2014, 80.

¹⁶³ Cfr. Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26233, in www.cortedicassazione.it che esclude l'esistenza di una società di capitali che aveva adottato il modello *in house* poiché ritiene che non sussistano gli elementi costitutivi del contratto societario, quali la causa lucrativa e la natura imprenditoriale dell'attività. In tema si veda quanto affermato da F. Goisis, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *dir. ec. (II)*, 2013, fasc. 1, 41.

¹⁶⁴ In questo senso la giurisprudenza della Cassazione, S.U., 24 marzo 2015, n. 5848; S.U., 26 marzo 2014, n. 7177; S.U., 16 dicembre 2013, n. 27993, tutte in www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹⁶⁵ Si vedano alcuni significativi contributi sul tema: G. Corso, *La Costituzione italiana negli studi di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 124; F. Satta, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, 1 ss; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 126 ss; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966. In particolare, G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, 2012, ritiene che l'attività amministrativa improntata al

pubbliche amministrazioni l'obbligo di selezionare il proprio personale attraverso procedure concorsuali e mediante l'utilizzo di criteri che garantiscano la non discriminazione, ovvero il trattamento egualitario di ogni soggetto¹⁶⁶.

Una definizione di imparzialità non è reperibile nella Costituzione, né tantomeno si può rinvenire nella legislazione speciale, che fornisce definizioni applicabili a specifici settori¹⁶⁷.

Tuttavia, si può constatare che la tesi giurisprudenziale maggioritaria ricollega il principio di imparzialità sia all'organizzazione amministrativa sia all'attività amministrativa, con la conseguenza che esso acquisterà il significato proprio di quel momento della pubblica amministrazione¹⁶⁸.

Buon andamento ed imparzialità, oltre al pareggio di bilancio non sono, tuttavia, gli unici principi che governano l'azione della pubblica amministrazione, perché ve ne sono altri non esplicitamente richiamati in Costituzione, ma stabiliti dalle leggi e dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, come per esempio, il principio di legalità, che costituisce un principio essenziale dell'ordinamento italiano¹⁶⁹.

principio di imparzialità implichi “*il diritto del privato di partecipare al procedimento amministrativo (in quanto parte) e l'obbligo dell'autorità amministrativa di ponderare gli interessi in gioco, e, al limite, di valutare comparativamente l'interesse pubblico e l'interesse privato.*”

¹⁶⁶ Sul punto si veda Corte Cost., 21 febbraio 2008, n. 27, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁶⁷ Così riporta G. Gardini, *Imparzialità amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, IV, 2936.

¹⁶⁸ Si veda, in particolare, Corte Cost., 309/1997, in www.giurcost.org. Per un approfondimento sull'incidenza del principio nell'organizzazione e nell'azione amministrativa si veda G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013. Quanto all'organizzazione amministrativa, appare indubbio, però, che il principio dell'imparzialità delineato dall'art. 97 Cost. ponga la regola dell'accesso ai pubblici impieghi tramite concorso e, allo stesso tempo, affermi il principio della separazione tra funzioni politiche di indirizzo e funzioni di gestione, proprie dei dirigenti preposti alla cura dei servizi dell'amministrazione. Così M. Clarich, in *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2012, 309, ricorda che rientrano nella manifestazione del principio di imparzialità anche la pubblicazione degli incarichi dirigenziali interni ed esterni alla P.A. ai sensi dell'art. 1, commi 39 e 40, l. n. 190/2012, nonché l'obbligo del responsabile del procedimento di dichiarare l'eventuale conflitto di interessi nel procedimento medesimo e di astenersi dall'esercizio dei propri poteri secondo quanto richiesto dall'art. 6bis, l. n. 241/1990.

¹⁶⁹ Sul principio di legalità si è discusso in merito al mancato inserimento in Costituzione. Sul tema si vedano: Fois, *Legalità* (principio di), in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, 659; F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova,

Esso trova una sua definizione *positiva* nell'ordinamento europeo all'art. 19 TUE, che individua nella Corte di giustizia l'istituzione che ha il compito di assicurare “*il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati*” e all'art. 263 TFUE, affida alla Corte di Giustizia il controllo di legittimità sugli atti degli organi della Comunità europea¹⁷⁰.

Il principio di legalità racchiude in sé diversi significati, primo fra tutti quello di considerare il primato della legge nei confronti dell'azione amministrativa, da cui consegue che la pubblica Amministrazione può esercitare solo quei poteri che le siano conferiti per legge. Tale esercizio, da parte della P.A., deve avvenire esclusivamente nei limiti e con le modalità che la legge stabilisce, non potendo utilizzare i propri poteri in modo privilegiato nei confronti dei soggetti privati¹⁷¹. In questa accezione, è evidente che gli atti posti in essere dalle amministrazioni pubbliche non devono essere in contraddizione con il dettato normativo, ma devono conformarsi ad esso¹⁷², sia da un punto di vista formale sia da quello sostanziale¹⁷³.

La legalità in senso formale significa che l'Amministrazione è vincolata nella propria azione solo laddove sia prevista dalla legge e solo secondo i modi ivi stabiliti¹⁷⁴.

Quando si fa riferimento al principio di legalità in senso sostanziale, invece, non solo si ribadisce il fatto che l'Amministrazione deve agire entro i limiti

1967. Per ulteriori approfondimenti si veda L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, 5.

¹⁷⁰ In tal senso si veda M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 2012, cit.

¹⁷¹ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.

¹⁷² In proposito si richiamano l'art. 4. Delle disposizioni preliminari al codice civile, secondo cui i regolamenti amministrativi non possono contenere “*norme contrarie alle disposizioni di legge*”, e l' art. 5, l. n. 2248/1865, all. E, che impone ai giudici l'obbligo di disapplicare gli atti amministrativi e i regolamenti che non siano conformi alle leggi. Il principio di legalità così concepito fu espressamente affermato nella Costituzione austriaca del 1920, che all'art. 18 stabiliva “*L'amministrazione statale, nel suo complesso, si può esercitare solo in base alle leggi*”.

¹⁷³ Sulla conformità in senso formale e sostanziale si veda per tutti l'approfondimento di E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011.

¹⁷⁴ Sul punto si vedano S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano 1973, 689; F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1967.

stabiliti dalla legge, ma che le modalità e l'esercizio di tale azione devono avvenire in conformità alla disciplina sostanziale posta da quest'ultima¹⁷⁵.

La corrispondenza alla sostanza non pare, tuttavia, in grado di accordare l'esigenza di tutela dei privati e l'esigenza dell'amministrazione di esercitare la propria attività. I condizionamenti derivanti dalla legge porrebbero, infatti, la pubblica amministrazione nell'impossibilità di rispondere ai bisogni concreti dei cittadini, che avanzano pretese mutevoli nel tempo e differenziate a seconda del luogo e del tempo in cui si esplicano¹⁷⁶. Appare difficile supportare la tesi della legalità sostanziale, se non altro nei casi che non rientrino in riserve di legge specificamente stabilite dalla Costituzione¹⁷⁷.

Inoltre, l'idea di legalità sostanziale non pare conciliarsi con apparati amministrativi che svolgono anche attività imprenditoriale, creando un'Amministrazione rivolta all'erogazione di servizi piuttosto che all'esercizio autoritativo dei propri poteri. Proprio questo contesto ha condotto ad un rinnovato significato del principio di legalità, percepito come lo spazio in cui vengono definite le funzioni da svolgere e gli interessi da tutelare¹⁷⁸.

Pare indubbio, infatti, che il potere della P.A. non esista solo nella misura in cui sia attribuito tramite legge e che l'eventuale mancato rispetto del principio di legalità debba considerarsi a livello dell'esercizio del potere medesimo.

L'assenza di una disciplina legislativa non fa venire meno la necessità di rispettare i parametri di legalità, inducendo a ritenere che, quando si fa riferimento alla legge, la stessa non debba intendersi in senso meramente *tecnico*, ma che occorra rinviare alla regola (generale) di diritto che rappresenta il criterio con cui valutare e verificare la conformità dell'atto allo scopo. Ciò costituisce un maggiore vincolo rispetto alla concezione

¹⁷⁵ L. Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 148 ss.

¹⁷⁶ Così E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

¹⁷⁷ Di questa idea Elena D'Orlando, *Lo statuto costituzionale della Pubblica Amministrazione. Contributo allo studio dei fenomeni di convergenza tra ordinamenti nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2013.

¹⁷⁸ Così G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010.

tradizionale, ma presenta, al contempo, possibilità più ampie per una corretta applicazione del principio.¹⁷⁹

La legge non ha la capacità di disciplinare ogni aspetto della vita delle pubbliche amministrazioni, poiché esse hanno bisogno di operare al di là dei confini definiti dalle norme, come, ad esempio, nel momento in cui esercitano la funzione di tutela dei cittadini, che richiede un ampio margine di operatività per il suo esercizio¹⁸⁰.

Si pone, quindi, il problema di coniugare questo spazio di azione con il principio di legalità, nella consapevolezza che, laddove la pubblica amministrazione agisce al di fuori di prestabilite operazioni, rimane assoggettata alla legge, e il potere di scelta mal esercitato conduce inevitabilmente ad un eccesso di potere, *ex lege* vizio di legittimità¹⁸¹.

La possibilità che l'amministrazione operi al di fuori di precetti normativi emerge, in ogni caso, solo per l'esercizio di poteri che non comportino la modificazione di diritti dei privati, poiché, in tal caso, è sempre la legge a stabilirlo, e quando si tratta di tali poteri, l'attività amministrativa fa riferimento a criteri più estesi di quelli ricavabili dalla sola legge in senso formale.

E' per questo motivo che, in dottrina, ci si riferisce alla legalità, ma anche alla legittimità, che attiene alla corrispondenza tra i parametri ulteriori alla legge (ma ad essa collegati), e l'azione amministrativa posta in essere, o il provvedimento assunto¹⁸².

La digressione sul principio di legalità evidenzia un collegamento di esso con il principio di discrezionalità, proprio dell'organizzazione pubblica, che riveste un aspetto rilevante nella dinamica di scelta delle modalità gestionali dei servizi pubblici e di quelli strumentali.

¹⁷⁹ In questo senso le osservazioni di S. Cassese (a cura di), *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 220 ss.

¹⁸⁰ Sulla discrezionalità amministrativa già P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano 1979, secondo cui essa costituisce la facoltà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti al fine di soddisfare un interesse pubblico. Si assesta invece sull'idea che la Pubblica Amministrazione possa agire solo nella misura in cui la legge glielo consenta si veda G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1924, 281.

¹⁸¹ In tal senso si esprime E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011.

¹⁸² *Ibidem*.

Di esso verranno tratteggiati nel prosieguo gli elementi caratterizzanti, a seguito di una disamina del principio dell'equilibrio di bilancio.

2.1.3 La riformulazione dell'art. 97 della Costituzione.

Un ulteriore principio, introdotto nell'ordinamento italiano nell'anno 2012¹⁸³, deriva da quanto contenuto nel *six pack*¹⁸⁴ e nel *Fiscal Compact*¹⁸⁵, che impegnano gli Stati membri ad adottare “*le misure necessarie in tutti i settori essenziali al buon funzionamento della zona euro, perseguendo gli obiettivi di stimolare la competitività, promuovere l'occupazione, contribuire ulteriormente alla sostenibilità delle finanze pubbliche e rafforzare la stabilità finanziaria*”¹⁸⁶.

Tali documenti perseguono lo scopo di coordinare i bilanci dei singoli Stati membri dell'Unione europea, in aggiunta al già esistente Patto di stabilità e crescita¹⁸⁷, per far fronte alle problematiche emerse a seguito della crisi economica globale, iniziata nell'anno 2008¹⁸⁸.

¹⁸³ Il principio sarà applicabile dall'anno 2016 a seguito della decisione assunta dal Parlamento italiano di posticipare il raggiungimento dell'obiettivo in considerazione del momento non favorevole del ciclo economico nazionale. Tale giustificazione è legittimata dal testo dell'art. 81 Cost. in vigore dal gennaio 2014. La notizia è riportata da www.ilsole24ore.com del 17 aprile 2014.

¹⁸⁴ Il *six pack* si compone della Direttiva 2011/85 UE del Consiglio europeo, 8 novembre 2011 e dei Regolamenti n.1173/2011 – n. 1174/2011 – n. 1175/2011 – n. 1176/2011 – n. 1177/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011.

¹⁸⁵ Il *Fiscal Compact* è il Trattato internazionale sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'Unione economica e monetaria, 2 marzo 2012, con cui è stato ridisegnato il “patto di bilancio” tra i sottoscrittori, che prende a riferimento i vincoli dell'ordinamento europeo, in www.european-council.europa.eu.

¹⁸⁶ Cfr. art. 9 del *Fiscal Compact* 2012, in www.european-council.europa.eu.

¹⁸⁷ Il Patto di Stabilità e crescita deriva da una “Risoluzione del Consiglio europeo relativa al patto di stabilità e di crescita (Amsterdam, 17 giugno 1997)”, in *G.U.* C 236 del 02 agosto 1997, in cui gli Stati membri si impegnavano a rispettare l'obiettivo di un saldo di bilancio vicino al pareggio o attivo, sulla base di determinati vincoli da rispettare.

¹⁸⁸ Già con il Patto Unico europeo del 1986 ci si poneva l'obiettivo di giungere ad una completa integrazione europea ed alla definitiva liberalizzazione degli scambi tra gli Stati membri. Nella stessa direzione è andata

Infine, l'istituzione di una moneta unica europea (EURO), che ha posto un ulteriore passo verso il mercato unico europeo. Essa può essere adottata dai singoli Stati dell'Unione solo laddove siano rispettati determinati parametri economici, detti Parametri di Maastricht, ovvero: un deficit pari o inferiore al 3% del prodotto interno lordo; un rapporto debito pubblico/PIL inferiore al 60%; un tasso di inflazione non superiore di oltre 1,5 punti percentuali rispetto a quello medio dei tre stati membri a più bassa inflazione; tassi

La previsione del pareggio di bilancio si propone come stimolo per gli Stati membri a porre in essere politiche che favoriscano la crescita economica mediante il rafforzamento della convergenza e della competitività, e per far ciò, gli Stati membri si sono impegnati ad adottare una serie di misure nazionali che consolidino la stabilità finanziaria.

Tale principio è stato trasposto nell'ordinamento italiano come "equilibrio di bilancio", diversamente dal principio del "pareggio di bilancio"¹⁸⁹ indicato in sede europea.

La previsione del pareggio di bilancio, sebbene non esplicitamente richiamato¹⁹⁰, era già presente nella formulazione originaria dell'art. 81 Cost., che contiene le regole di economia del Paese¹⁹¹, ma la Corte Costituzionale, in una nota sentenza sulla materia del 1966, affermò che tale articolo non deve essere interpretato come la richiesta del raggiungimento di un rigido pareggio, ma deve "tendere" al "*conseguimento dell'equilibrio tra entrate e spesa*"¹⁹². Da tale orientamento è derivata la riformulazione dell'art. 97 Cost., che rende più flessibile il divenire della finanza pubblica.

Il contesto nazionale in cui esso si inserisce è caratterizzato dalla presenza del Patto di stabilità interno¹⁹³, strumento di raccordo di tutte le ramificazioni

d'interesse a lungo termine non superiori di oltre 2 punti percentuali rispetto alla media dei tre stati membri a più bassa inflazione; appartenenza per almeno un biennio al Sistema monetario europeo. Al momento dell'istituzione dell'EURO, l'Italia e il Belgio non rispettavano il parametro del rapporto debito pubblico/PIL inferiore al 60%, ma furono ugualmente incluse nel sistema, poiché il dato aveva mostrato la tendenza alla diminuzione.

¹⁸⁹ Questo orientamento risulta essere il più seguito dalla dottrina in materia, tra cui si richiama per chiarezza lo scritto di A. Brancasi, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 10 gennaio 2012.

¹⁹⁰ Si legga il testo dell'art. 81 Cost. applicato fino all'esercizio finanziario relativo all'anno 2013: "Le Camere approvano ogni anno i bilanci e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese. Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte".

¹⁹¹ Già l'articolo 43 del R.D. n. 2240 del 1923 (legge di contabilità dello Stato) conteneva la previsione del pareggio di bilancio quale misura di prevenzione del sistema contabile pubblico.

¹⁹² Così Corte Cost, 7 gennaio 1966, n. 1, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁹³ Il Patto di stabilità interno deriva dal Patto di stabilità e crescita contenuto in un accordo stipulato dagli Stati membri quale ulteriore passo di integrazione economica iniziata con il Trattato di Maastricht. Esso prevede che gli Stati membri che partecipano

della pubblica amministrazione in un unico soggetto economico, di cui si possono mantenere monitorati i conti, secondo un sistema di controlli interni ed esterni.

La creazione di un apparato economico unitario caratterizza l'impianto nazionale nei suoi diversi aspetti e si propone come traguardo per la valorizzazione di una struttura complessa, necessaria per garantire nel modo migliore il perseguimento degli obiettivi delle singole articolazioni di essa. Ciò è testimoniato, ad esempio, dal fatto che si è avviato un percorso di consolidamento dei bilanci delle singole amministrazioni pubbliche con gli enti e organismi strumentali partecipati, con aziende e società, sia controllate sia partecipate, secondo criteri e modalità stabilite dal principio contabile applicato al bilancio consolidato¹⁹⁴, normativamente definito.

Il progetto di armonizzazione dei sistemi contabili, finalizzato al coordinamento della finanza pubblica prevede che le Regioni, gli Enti locali e i loro enti strumentali adottino la contabilità finanziaria e, parallelamente, una contabilità economico-patrimoniale, in modo da effettuare una rilevazione unitaria della gestione¹⁹⁵.

Ciò permette di stabilire un consolidamento con i soggetti esterni all'amministrazione pubblica, ad essa legati da un vincolo di funzionalità o di proprietà e garantisce il raggiungimento di una rappresentazione veritiera e corretta della situazione finanziaria e patrimoniale degli enti locali, la cui attività è stata oggetto di importanti esternalizzazioni "ibride".

La definizione di un "gruppo amministrazione pubblica", permette ai singoli enti locali un quadro generale, anche contabile, delle scelte di indirizzo e di

all'EURO e che, quindi, soddisfano i parametri di Maastricht, sono obbligati ad operare nell'ambito dei limiti di bilancio dello Stato, ovvero: rapporto debito pubblico/PIL inferiore al 60% e rapporto deficit/PIL inferiore al 3%.

¹⁹⁴ E' la fase sperimentale prevista dal D.Lgs. n. 118/2011. Quanto all'applicazione pratica, si veda il D.P.C.M. 28 dicembre 2011 al cui allegato 4 è contenuto il principio contabile applicato concernente il bilancio consolidato.

¹⁹⁵ La norma impone che la documentazione contabile deve essere elaborata attraverso l'unione di più documenti tra cui, per quanto qui interessa, si segnalano: la suddivisione del bilancio tra obiettivi strategici dell'amministrazione e attività omogenee di realizzazione degli obiettivi, in accordo con quanto avviene per il bilancio dello Stato; l'elaborazione di un apposito prospetto di obiettivi e attività anche per gli enti e per gli organismi strumentali; la predisposizione di schemi di bilancio consolidato con i propri enti strumentali, aziende e società controllate e partecipate.

pianificazione operate dalle proprie articolazioni, in modo da poter correggere eventuali distorsioni e tendere ad un miglioramento nella gestione delle proprie risorse economiche; ma anche umane, poiché in tal modo è possibile una valutazione dell'operato di esse, in particolare delle posizioni apicali.

Infine, la rappresentazione contabile del gruppo legittima in misura maggiore un controllo da parte degli enti locali sull'andamento economico-finanziario delle proprie società od enti partecipati, diversamente dalla tendenza in passato sistematizzata di disinteresse reciproco da parte dei soggetti coinvolti, soprattutto in considerazione del timore di vedere pregiudicata la propria autonomia.

A rendere più difficoltoso il raggiungimento degli obiettivi di consolidamento contribuisce, nel breve periodo, l'introduzione della contabilità economico-patrimoniale, che impegna in maniera significativa gli uffici delle ragionerie locali¹⁹⁶.

2.1.4 Equilibrio di bilancio quale strumento di controllo delle amministrazioni pubbliche.

Il monitoraggio della stabilità del debito pubblico e l'intervento su eventuali scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica trovano esplicitazione nei controlli interni degli enti locali, espressi nel TUEL, che si focalizzano sulla regolarità amministrativa e contabile, sulla legittimità, sulla regolarità e sulla correttezza dell'azione amministrativa¹⁹⁷.

In relazione alle gestioni tramite società di capitali sono stabiliti precisi controlli che permettono agli enti locali di acquisire informazioni dai propri soggetti partecipati¹⁹⁸. Può apparire *surreale* ritenere che gli enti locali

¹⁹⁶ La redazione di un bilancio economico-patrimoniale è stabilito dall'art. 2, D.Lgs. n. 118/2011.

¹⁹⁷ Nella versione precedente alle modifiche apportate dal D.L. n. 174/2012, conv. in l. n. 213/2012, l'art. 147 TUEL stabiliva che i controlli fossero effettuati sulla regolarità amministrativa e contabile; sulla gestione; sulla dirigenza; nonché venisse svolto un controllo strategico. Per una ricostruzione storica dei primordi dell'istituto si veda in dottrina G. Melis, *La lunga storia dei controlli: i conti separati dall'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, fasc. 2, 397.

¹⁹⁸ Si fa riferimento all'art. 147 quater TUEL, introdotto dal D.L. 174/2012.

debbano essere sollecitati o supportati dalle norme a creare un flusso informativo adeguato con le proprie strutture esterne, ma la realtà ha fornito molte prove del fatto che l'assenza di tale comunicazione si verifica in maniera diffusa su tutto il territorio nazionale, fonte di incertezze sugli obiettivi, di sprechi di denaro e dell'insorgere di fenomeni di corruzione. E' vero, infatti, che una reale rappresentazione dei conti dell'ente locale passa attraverso la conoscenza di tutte le ramificazioni di cui si compone, compresi tutti quei soggetti cui partecipa, sebbene giuridicamente distinti¹⁹⁹. Tra essi si collocano le società di capitali, cui viene demandata la gestione dei servizi pubblici locali e strumentali, che, per loro natura, sono legittimati ad *escludere* i soggetti proprietari dalla propria amministrazione. Per questo, i soci, privati o pubblici che siano, non hanno diritto di conoscere i documenti amministrativi se non quando gli amministratori della società abbiano già compiuto le loro scelte e, pertanto, è possibile solo un controllo successivo.

Si comprende, allora, la rilevanza della previsione normativa che sollecita agli enti locali il controllo sulle società e richiede a queste ultime di collaborare alla trasmissione delle informazioni relative alla gestione del servizio e ai rapporti economici intrattenuti con l'amministrazione di riferimento, poiché il raggiungimento dell'equilibrio di bilancio passa necessariamente attraverso l'acquisizione di tutti gli elementi di cui l'ente locale si compone.

Uno strumento da impiegare in tal senso è costituito dalla rilevazione delle poste reciproche di debito e di credito tra amministrazione pubblica e proprie società partecipate²⁰⁰. La rappresentazione veritiera del proprio bilancio permette indubbiamente di parametrare la propria programmazione in vista di risultati di equilibrio nel lungo periodo.

¹⁹⁹ La legge n. 196/2009 ha ampliato i confini delle norme quadro di contabilità precedentemente stabilite dalla legge n. 468/1978, imponendo la redazione di un bilancio consolidato a tutte le pubbliche amministrazioni dell'ordinamento italiano. In tale contesto, anche i soggetti esterni all'amministrazione, i cui criteri di individuazione sono stabiliti dalla norma medesima, concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica.

²⁰⁰ Cfr. art. 6, co. 4, D.L. n. 95/2012, conv. In l. n. 135/2012.

I controlli interni sono affiancati dal controllo esterno della Corte dei Conti, cui spetta il compito di verificare l'andamento dei costi delle Regioni e degli Enti locali²⁰¹, allo scopo di coordinare la finanza pubblica nell'alveo dei vincoli del Patto di stabilità interno, e di garantire il rispetto dei vincoli finanziari di derivazione europea.

2.1.5 Il sistema di garanzia dell'equilibrio di bilancio.

In tale allargamento dei confini dell'amministrazione pubblica, si inseriscono le modifiche agli articoli 81, 97, 117 e 119 della Costituzione²⁰² per far spazio ai meccanismi di esplicazione dell'equilibrio di bilancio, che diviene esso stesso uno strumento di controllo dei conti pubblici.

All'articolo 81 Cost. è stato introdotto un primo comma così formulato: “*Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico*”.

Come evidenziato da più parti²⁰³, a fronte del principio del pareggio di bilancio indicato nella rubrica della legge costituzionale, il legislatore ha optato per l'introduzione della regola dell'equilibrio di bilancio, che appare una formula meno stringente per le Pubbliche Amministrazioni perché si rifà al concetto di ‘tendenziale equilibrio’ tra le entrate e le spese riconosciuto dalla Corte Costituzionale nel 1966 quale politica di spesa che deve orientare il legislatore.

²⁰¹ Cfr. il D.L. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla L. 7 dicembre 2012, n. 213, in S.O. n.206, relativo alla G.U. 07 dicembre 2012, n. 286.

²⁰² Cfr. la legge 24 dicembre 2012, n. 243, “*Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione*”, in GU n.12 del 15 gennaio 2013 che ha previsto l'emanazione di una legge “rinforzata” per determinare il contenuto della legge di bilancio, i criteri per assicurare l'equilibrio tra entrate e spese e la sostenibilità del debito pubblico in relazione all'insieme delle pubbliche amministrazioni. Per un commento si vedano M. Bergo, *Pareggio di bilancio “all'italiana”. Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n.243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in www.federalismi.it, n.6, marzo 2013 e M. Boccaccio, *L'introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione e la legge rinforzata n. 243/2012*, in *Note e Studi*, 1/2014, Assonime.

²⁰³ Si veda, tra tutti, il commento di D. De Grazia, *L'introduzione del principio del pareggio di bilancio in costituzione (tra vincoli europei e zelo del legislatore)*, in *Giur. Cost.*, 2012, fasc. 3, 2483.

Posto il principio applicabile allo Stato, l'articolo 97 prevede la responsabilità solidale di tutte le articolazioni della pubblica amministrazione nell'assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico, in una visione globale del sistema pubblico.

Un diverso regime è stabilito per gli Enti locali e per le Regioni, che non hanno più il compito di raccordo dei diversi enti, ma ricoprono un ruolo di carattere ordinamentale²⁰⁴. Per entrambi²⁰⁵, il raggiungimento dell'equilibrio viene definito secondo due condizioni che devono sussistere nel bilancio previsionale e in quello consuntivo: una condizione è già presente nel TUEL agli artt. 162 e 192, che richiede un saldo non negativo, in termini di competenza e di cassa, tra le entrate finali e le spese; l'altra condizione si concreta in un saldo non negativo in termini di competenza e di cassa tra le entrate correnti e le spese correnti.

Nel caso in cui, in sede di rendiconto di gestione, risulti un valore negativo in relazione ai due indicatori riportati, come già per lo Stato, anche per le Regioni e per gli Enti locali è prevista la possibilità di definire un piano di correzione degli eventuali squilibri rilevati (ma non è chiaro in quali termini debba essere attuato), mentre sono previsti dei vincoli ad eventuali saldi positivi di bilancio, che devono essere destinati all'estinzione del debito eventualmente maturato dall'ente²⁰⁶.

Sui bilanci locali vengono anche stabiliti meccanismi di controllo da parte dell'amministrazione centrale, che può irrogare sanzioni a carico di tutte quelle amministrazioni territoriali che non conseguano l'equilibrio gestionale prestabilito²⁰⁷. Questo compito di coordinamento, attribuito naturalmente allo Stato, comprende anche il potere di legiferare su ulteriori obblighi finalizzati al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica da parte dei livelli territoriali dell'amministrazione pubblica.

²⁰⁴ In questi termini si esprime A. Brancasi, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2, 2012.

²⁰⁵ La disciplina dell'equilibrio di bilancio relativa a regioni ed enti locali è contenuta nel capo IV della legge n. 24 dicembre 2012, n. 243. La legge fa riferimento a regioni, comuni, province, città metropolitane e province autonome di Trento e Bolzano.

²⁰⁶ Così l'articolo 9, comma 3, l. n. 243/2012.

²⁰⁷ Si veda in questo senso l'articolo 9, comma 4, l. n. 243/2012.

Lo Stato potrà intervenire in considerazione dell'andamento del complesso delle pubbliche amministrazioni, con lo scopo di assicurare il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo.

Nell'ambito delle azioni volte a garantire l'equilibrio di bilancio, occorre tenere in considerazione quelle che comportano un indebitamento. Quest'ultimo, per Regioni ed Enti locali, è regolamentato dall'art. 119 Cost., secondo cui è possibile l'indebitamento solo *“per finanziare spese di investimento, con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio”*.

La legge n. 243/2012 esplicita i limiti e le modalità attraverso cui determinare gli indebitamenti, che dovranno essere accompagnati da uno specifico piano di ammortamento.

Il tema dell'indebitamento di Regioni ed Enti locali appare particolarmente delicato e rende evidente il meccanismo del concorso delle pubbliche amministrazioni all'equilibrio di bilancio complessivo: l'indebitamento del singolo ente è possibile solo in base ad un'intesa definita in ambito regionale, che garantisca il rispetto dell'equilibrio di cassa finale degli enti di una stessa Regione complessivamente considerati²⁰⁸.

Nel caso in cui, in sede di rendiconto, si presenti un saldo negativo (venendo quindi meno l'equilibrio di bilancio), l'equilibrio complessivo della gestione di cassa finale dell'anno successivo dell'intera Regione verrà determinata da questo, ma lo scostamento verrà attribuito agli enti inadempienti²⁰⁹.

La visione generale di ogni singola amministrazione pubblica ed il conseguimento di economie di scala in grado di garantire l'economicità dei servizi, oltretutto l'efficienza e l'efficacia di essi, ha delle ricadute necessarie nei confronti delle società e degli enti partecipati dagli enti locali.

Tutto ciò limita l'azione di tali soggetti, poiché essi presentano connotati e finalità differenti da quelle della pubblica amministrazione, che li predilige

²⁰⁸ Così prevede l'articolo 10, comma 3, l. n. 243/2012.

²⁰⁹ La legge n. 243/2012 estende i poteri della Corte dei Conti in modo tale da poter svolgere un controllo successivo sulla gestione dei bilanci di tutte le amministrazioni pubbliche, favorendo il coordinamento della finanza pubblica e il rispetto dell'equilibrio dei bilanci richiesti dalla Costituzione.

proprio in virtù della propensione al lucro, allo scopo di sostenere le spese dell'ente e raggiungere l'equilibrio di bilancio richiestogli.

Così come l'ente locale ritiene di trarre del profitto dalla gestione societaria, allo stesso modo deve preoccuparsi dell'incidenza negativa delle società partecipate sul proprio bilancio, ancorché indiretta stante lo schermo della personalità giuridica di cui sono dotate.

Da ciò deriva una serie di considerazioni che l'ente locale deve affrontare nell'analisi del proprio assetto finanziario, in un sistema normativo ormai divenuto *scettico* sulla validità dello strumento societario per la gestione dei servizi pubblici e di quelli strumentali, e dove si intensificano le esigenze dei cittadini/utenti.

2.2 Il potere di auto-organizzazione e l'attività di diritto privato come esplicazione dei principi di azione della pubblica amministrazione.

Le considerazioni precedentemente espresse sfociano nell'analisi del potere di auto-organizzazione delle articolazioni territoriali dello Stato, riconosciuto in diverse previsioni della Costituzione italiana²¹⁰.

Esso riflette il generale principio comunitario dell'autonomia istituzionale²¹¹, secondo cui gli Stati membri, pur appartenendo all'Unione Europea, mantengono la propria area di competenza su questioni di rilievo costituzionale o istituzionale e la seconda deve svolgere un ruolo di neutralità rispetto alle scelte dei primi, rispettando l'identità nazionale di ognuno²¹².

L'ordinamento europeo, riconosce, quindi, il diritto della Pubblica Amministrazione di predisporre la propria struttura organizzativa nel modo

²¹⁰ Si richiama *in primis* l'art. 5 Cost. e poi gli artt. 114, comma 2, art. 117, comma 6, art. 118, comma 1 Cost.

²¹¹ Sul principio di autonomia istituzionale si veda Díez Picazo, *Il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Quad. cost.*, 2004, 865. In base a tale principio l'appartenenza all'Unione europea non condiziona gli Stati membri nell'esercizio delle opzioni di rilievo costituzionale o istituzionale, come la scelta fra centralismo e decentramento, rispetto alle quali l'Unione europea deve rimanere assolutamente neutrale.

²¹² Così stabilisce l'art. 4 del Trattato sull'Unione Europea, nella versione consolidata del 2012.

più adeguato a rispondere alle necessità del territorio di riferimento²¹³ attraverso l'esternalizzazione del servizio o la gestione diretta di esso²¹⁴.

Da questo principio discende il conseguente rapporto dello Stato con i propri apparati territoriali, ai quali è demandato il compito di ricercare le soluzioni organizzative più confacenti alle necessità delle proprie comunità²¹⁵.

Tra le scelte poste in capo agli enti locali vi è l'individuazione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali e di quelli strumentali, le cui soluzioni organizzative concorrono al benessere del territorio.

Affinché l'ente locale possa stabilire le forme di azione più adeguate a garantire standard qualitativi, universalità ed accessibilità dei servizi, è imprescindibile la definizione di uno spazio di libertà.

Tale spazio ha trovato riconoscimento nell'ordinamento italiano con la riforma del Titolo V della Costituzione²¹⁶, da cui è derivata l'attribuzione di

²¹³ In tal senso si vedano CGCE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA*, §§ 48-49; CGCE, 8 aprile 2008, C-337/05, *Commissione CE c. Italia*, § 36; CGCE, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asemfo*, § 55; CGCE, sez. I, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Aroux*; CGCE, 22 luglio 2005, C-231/03, *CONAME*; CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, § 48 e Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 42, 71 e 80; CGCE, 11 marzo 2003, C-186/01, *Dory*. Nella giurisprudenza nazionale si vedano in particolare CdS, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro amm.*, CDS, 2008, 740; CdS, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustizia-amministrativa.it; CdS, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514 in *Foro amm.* CDS, 2007, 1225; Cds, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5316, in *Urb. e app.*, n. 12/2003, 1417.

²¹⁴ In tal senso, già il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e dal diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni della Commissione europea, 30 aprile 2004, COM (2004) 327, punto 17, in www.europa.eu.int, riconosceva che l'auto organizzazione "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. Infatti, 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".

²¹⁵ L'art. 4 del Trattato sull'Unione Europea, come modificato dal Trattato di Lisbona del 2007, stabilisce esplicitamente il rispetto delle autonomie regionali e locali. Su questo tema si veda già S. Crimali, *Il Parlamento europeo e la promozione delle autonomie locali negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, 916. Rispetto al rapporto delle autonomie locali con l'ordinamento comunitario si veda l'esito degli studi compiuti ai fini della redazione della Costituzione europea, mai adottata: la risoluzione del Parlamento europeo 14 gennaio 2003, sul ruolo delle articolazioni locali nell'ordinamento europeo, in www.europarl.-eu.int, e il Libro Bianco della Commissione europea 5 agosto 2001, *La governance europea*, COM(2001)428, in www.europa.eu.int.

maggiori funzioni e compiti a favore degli enti territoriali, a favore dei quali è stato attuato il decentramento organizzativo e, in parte, quello economico.

Già prima dell'intervento costituzionale si era andata, tuttavia, rafforzando la convinzione del necessario ampliamento dei profili di autonomia delle amministrazioni territoriali, in modo da favorire lo sviluppo della territorialità e permettere di oltrepassare la persistente concezione dello Stato quale unico fautore di tutti i livelli della struttura amministrativa²¹⁷.

Da una parte, dunque, si va verso la creazione di un soggetto pubblico che vuole ricondurre ad unità la propria eterogeneità organizzativa, dove il vertice è consapevole di come agiscono le proprie articolazioni ed è in grado di monitorare l'andamento delle gestioni decentrate; dall'altra, queste ultime mantengono la necessaria discrezionalità per il raggiungimento dei propri scopi istituzionali, che si esplica, per quel che qui interessa, nella gestione di servizi strumentali alla propria attività o nella scelta di servizi pubblici da erogare ai cittadini.

Nell'esplicazione della propria autonomia gestionale in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica, gli enti locali hanno dimostrato una forte propensione all'impiego di strumenti appartenenti alla sfera privatistica, soprattutto società di capitali. Ciò, soprattutto, in virtù di un condizionamento culturale espresso nella previsione della società di capitali quale strumento di gestione privilegiato, suffragato dalla convinzione degli enti locali di una maggiore efficienza nella gestione del servizio, della possibilità di una remunerazione del proprio investimento e della ricerca di tecniche evolute per garantire standard elevati di qualità.

²¹⁶ Nell'art. 5 Cost. era già positivizzato il principio in tal senso: “*La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento*”. Di fatto, esso si esplica nell'autonomia statutaria, nella potestà legislativa e regolamentare, nell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nonché nella titolarità di funzioni proprie. Sul punto, le considerazioni di A. Corpaci, *L'incidenza della riforma del titolo V della Costituzione in materia di organizzazione amministrativa*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2002, 39.

²¹⁷ Si veda già R. Scarciglia, *L'autonomia normativa, organizzativa e amministrativa degli enti locali dopo la l. 3 agosto 1999 n. 265*, in *Ist. Fed.*, 2000, 303.

L'adozione di istituti tipici del diritto privato da parte di soggetti pubblici trovano giustificazione nell'assunto secondo cui²¹⁸, se la Costituzione riconosce ai privati la possibilità di soddisfare interessi pubblici attraverso strumenti di diritto privato deve, ugualmente, riconoscere che tali interessi siano realizzati attraverso strumenti di diritto privato direttamente dai soggetti pubblici cui appartengono²¹⁹.

Da tale constatazione deriva la fungibilità tra diritto privato e diritto amministrativo nel perseguimento di interessi pubblici, che legittima lo Stato imprenditore. L'azione dello Stato in questa visione perde i connotati dell'autoritatività e si inserisce in schemi di natura convenzionale.

La facoltà dell'amministrazione pubblica di svolgere attività di impresa, e di farlo attraverso soggetti di natura privata, non la libera, tuttavia, dai vincoli che le sono propri per la natura pubblica che la caratterizza: si pensi al regime giuridico²²⁰, che la rende un soggetto dell'ordinamento dotato di capacità di agire allo stesso modo della persona fisica, precludendo quelle azioni connesse alla fisicità in senso proprio²²¹.

Le amministrazioni non possono, sempre e comunque, agire come i privati, poiché sono pur sempre soggette al complesso dei principi che le determina, ed esistono per il raggiungimento di determinati scopi istituzionali all'interno dell'apparato amministrativo²²²: si pensi, nel primo caso,

²¹⁸ Ben espresso da U. Pototschnig, *I Pubblici Servizi*, Padova, 1964.

²¹⁹ Così la ricostruzione di G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013. Sull'azione in forma privata dell'amministrazione pubblica si vedano, tra i tanti, P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. Si vedano anche gli studi di estrema attualità di F. Benvenuti, *Il diritto dell'economia*, in *Jus*, 1987, 3; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

²²⁰ Cfr. G. Caia, *Compiti dei consorzi tra enti locali e loro partecipazione a società*, in *Giur. Comm.*, 1996, 880. In giurisprudenza cfr. CdS, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *CdS*, 1990, I, 445.

²²¹ A tal fine, G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013 ricorda che “*la persona giuridica, pubblica o privata che sia, non può contrarre matrimonio, instaurare rapporti familiari, essere soggetta a obblighi di fedeltà o convivenza, disporre per testamento.*”

²²² Sui limiti al sindacato giurisdizionale delle scelte organizzative della pubblica amministrazione, cfr. CdS, sez. V, 30 agosto 2004 n. 5643, secondo cui: “*il comune stabilisce l'assetto e il conseguente regime dei servizi pubblici di propria competenza, scegliendo tra gli strumenti operativi prefigurati dalla legge, con valutazioni che attengono alla efficienza, alla economicità e alla efficacia dei servizi stessi, quello*

all'obbligo di effettuare procedure di evidenza pubblica per l'individuazione del gestore di servizi pubblici²²³, che limitano la volontà contrattuale delle amministrazioni; mentre, nel secondo caso, si pensi alla costituzione di società di capitali, che non possono avere ad oggetto qualsiasi attività, ma devono essere finalizzate al raggiungimento degli scopi affidati alle amministrazioni che le costituiscono²²⁴.

La capacità di diritto privato viene dunque *scolpita* alla luce delle funzioni che competono ad ogni singola amministrazione, e la discussione in merito ai servizi pubblici locali e a quelli strumentali si concentra sul tentativo di definire con maggiore chiarezza i limiti di azione.

2.3 Il contenuto dell'azione amministrativa in materia di servizi pubblici locali: la teoria soggettiva.

La scelta della modalità di gestione dei servizi pubblici locali costituisce l'esplicazione del principio di auto-organizzazione richiamato all'inizio del

ritenuto più idoneo in relazione alle esigenze proprie della collettività che solo il comune, quale ente rappresentativo della comunità locale e titolare del compito di soddisfare di tali esigenze, può concretamente stimare. Si tratta, quindi, di valutazioni che agiscono sul piano del merito dell'azione amministrativa, nei cui confronti non sono configurabili posizioni giuridiche soggettive tutelabili dei privati, anche se titolari di imprese che esercitano attività potenzialmente idonee a svolgere detti servizi". Si faccia riferimento anche a CdS, sez. V, 8 marzo 2005 n. 931; CdS, sez. V, 14 maggio 2004 n. 3149; CdS, sez. V, 22 novembre 2004 n. 7636, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Si registra anche un orientamento contrario espresso da TAR Umbria, 24 ottobre 2003, n. 821, in www.giustizia-amministrativa.it; CdS, sez. V, 25 giugno 2002 n. 3448, in *Giur. amm.*, 2002, 1405; CdS, sez. V, 3 settembre 2001 n. 4586, in *Riv. Corte conti*, 2001, 5, 258; ma già CdS, Ad. gen., 10 maggio 1996 n. 90, in www.giustizia-amministrativa.it. Anche la Corte di Giustizia si è espressa in senso contrario in CGCE, 23 aprile 1991, C-1/90; CGCE, 11 dicembre 1997, C-55/96; CGCE, 21 settembre 1999, C-67/96. In dottrina cfr. R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio fra ordinamento interno e ordinamento costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2000, 73; B. Mameli, *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Urb. app.*, 2002, 74, secondo cui il principio di proporzionalità costituisce uno strumento di circoscrizione del potere di auto-organizzazione.

²²³ In ogni fase del rapporto contrattuale, anche quella di esecuzione, come, per esempio, l'impossibilità di rinegoziare le condizioni del contratto con il contraente scelto con evidenza pubblica.

²²⁴ Si vedrà, in merito alla costituzione di società di capitali da parte di enti locali, che questo principio è stato positivizzato nell'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007.

presente lavoro, e concorre al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica che perseguono l'equilibrio del bilancio nazionale.

Non pare superfluo, dunque, tratteggiare il contenuto dei servizi oggetto di scelta da parte delle amministrazioni territoriali.

Fissare una definizione di servizi pubblici locali appare difficoltoso sia in relazione al quadro normativo sia al contesto sociale in cui l'amministrazione pubblica opera.

La nozione di servizio pubblico trae origine dal mutamento sociale di inizio XIX° secolo e si è sviluppata successivamente nell'alveo dell'assetto costituzionale.

Alcuni servizi vengono, tuttavia, identificati chiaramente nell'alveo dei servizi pubblici locali²²⁵, mentre altri vengono diversamente qualificati a seconda delle tradizioni territoriali di ogni ente locale e dei contesti che determinano le decisioni in merito²²⁶.

L'originale contesto in cui si è sviluppato il concetto di servizio pubblico si basava sull'azione pubblica quale azione autoritativa, esplicita attraverso la categoria delle funzioni pubbliche.

Esse costituiscono l'espressione di tale potere autoritativo dell'amministrazione pubblica poiché quest'ultima ne definisce le caratteristiche sostanziali della propria missione; diversamente il servizio pubblico comprende attività che possono essere svolte da soggetti privati²²⁷.

In un primo momento, si affermò un orientamento dottrinale che considerava servizio pubblico quello posto in essere dallo Stato e volto a fornire prestazioni ai singoli cittadini²²⁸.

²²⁵ Si tratta dei tradizionali servizi a rete: trasporto pubblico locale, raccolta dei rifiuti, distribuzione di acqua, gas ed energia elettrica.

²²⁶ Si pensi ai servizi di illuminazione pubblica, alla gestione del verde pubblico, o agli impianti sportivi.

²²⁷ Nella successiva evoluzione del sistema si assisterà anche all'esercizio di funzioni pubbliche in forma privata, come accade per il tramite di molte società strumentali. Si pensi, ad esempio, che la Regione Emilia Romagna, per previsione legislativa regionale, l. RER 10/2008, ha imposto agli enti locali l'istituzione di società di capitali cui affidare le funzioni relative al trasporto pubblico locale.

²²⁸ In tal senso De Valles, I servizi pubblici, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, VI, I, Milano 1924; L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001; F. Merusi, voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1970, XVII, 215; G.

Questa teoria rischiava, tuttavia, di ricomprendere nella nozione ogni servizio offerto dallo Stato, senza l'individuazione di specifiche attività.

Si fece riferimento, allora, a tutte quelle attività svolte al di fuori dei poteri autoritativi e accomunate dal soggetto che le poneva in essere, la Pubblica Amministrazione, posando, in questo modo, le basi per la teoria soggettiva, che fa riferimento al soggetto pubblico titolare dell'attività da svolgere²²⁹.

Da ciò scaturisce la stretta connessione tra la titolarità e la gestione del servizio, che devono essere riconducibili ad un soggetto pubblico ma, al contempo, si postula la necessità che tale servizio sia strumentale alla funzione pubblica del soggetto che la pone in essere²³⁰.

C'è chi ha sostenuto che la teoria soggettiva dei servizi pubblici, facendo riferimento al soggetto pubblico erogatore, rifiutasse l'idea di una gestione necessariamente diretta ed esclusiva dalla Pubblica Amministrazione²³¹, poiché è legittimo ritenere che un privato possa svolgere il servizio, permanendo la titolarità di esso in capo all'amministrazione pubblica²³².

Qualche autore ha definito questo orientamento come “*concezione soggettiva temperata*”²³³, ma, in sostanza, viene richiamato il medesimo contenuto della concezione soggettiva, poiché ciò che rileva ai fini dell'individuazione di un

Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; E. Scotti, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

²²⁹ Considerazioni interessanti sono svolte in particolare da G. Miele, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1933; P. Duret, *Sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, secondo cui “*la nozione di pubblico servizio in senso soggettivo può rendersi con quella attività non autoritaria assunta da un pubblico potere*”. E ancora, in questo senso S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, cit., che ritiene legittima l'erogazione diretta di servizi pubblici locali da parte dei comuni che decidano di non utilizzare poteri autoritari per soddisfare i bisogni della propria collettività.

²³⁰ In questo senso, G. Guarino, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 3; successivamente, F. Merusi, voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1970, XVII, 215.

²³¹ Il tema viene affrontato con buona sintesi da G.D. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013; F. Merusi, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004; A. Travi, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civili*, 2003, 8; R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia: profili giuridici*, Milano, 1998.

²³² Ampiamente E. Scotti, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

²³³ Così R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993; G. Montedoro, *Servizi pubblici locali fra diritto interno e comunitario*, in *Giust. Amm.*, 5/2007, 1107.

servizio pubblico è l'imputabilità di esso all'Amministrazione pubblica, anche laddove l'attività venga concretamente svolta da un soggetto privato sulla base di una concessione; la natura pubblica del servizio, infatti, rimane disgiunta dal soggetto che eroga il servizio, anche nel caso in cui questi sia privato.

Ai fini dell'individuazione delle attività che possono rientrare tra i servizi pubblici, si deve quindi far riferimento alla prestazione che essi assumono, al di là del soggetto erogatore.

Inoltre, devono essere individuati i soggetti cui sono rese le prestazioni, identificati in quelli appartenenti alla collettività di riferimento, diversamente dalle attività cui non corrisponda una specifica pretesa degli utenti.

2.3.1 La teoria oggettiva dei servizi pubblici locali

La concezione soggettiva di servizio pubblico è entrata in crisi nel momento in cui la titolarità del servizio è stata trasferita alle articolazioni territoriali della pubblica amministrazione²³⁴, poiché l'inclusione nella categoria dei servizi pubblici locali non avveniva nello stesso modo nelle differenti realtà territoriali; anzi, poteva configurarsi la situazione di un medesimo servizio definito diversamente da comuni limitrofi.

Si venne, quindi, ad affermare una concezione oggettiva di servizio pubblico, secondo cui esso consiste nell'erogazione di prestazioni che l'Amministrazione ritiene indispensabili per la propria comunità di riferimento²³⁵.

La concezione oggettiva muove dalla lettura dell'art. 43 Cost., che consente l'intervento legislativo, ai fini di utilità generale, per riservare o trasferire allo Stato, ad Enti pubblici o a comunità di lavoratori e di utenti, determinate

²³⁴ Così Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 586.

²³⁵ Il propugnatore della teoria oggettiva è U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; al quale aderisce R. Garofoli, *La privatizzazione degli enti dell'economia*, cit.. Anche G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013. In giurisprudenza Cass., Sez. V, 6 giugno 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 2084; Cass., S.U., 24 luglio 1989, in *Giust. civ. Mass.* 1989.

imprese o categorie di imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali.

Da ciò si desume che tali servizi non solo possono essere resi da imprese private, ma che, a tali imprese, può essere trasmessa la titolarità del servizio medesimo, contrariamente a quanto affermato dalla concezione classica.

Ne deriva una nozione di servizio pubblico legata alle attività economiche finalizzate al raggiungimento di utilità generale, secondo quanto stabilito dall'art. 41 della Costituzione, e l'intervento della Pubblica Amministrazione sarebbe limitato ad un'attività di regolazione del mercato in cui dette attività si svolgono²³⁶.

Questa visione è stata considerata troppo estensiva, perché, così argomentando, nel concetto di servizio pubblico potrebbe essere ricondotta, potenzialmente, una serie indefinita di attività²³⁷. E' apparsa, inoltre, *fuorviante*²³⁸ perché il riferimento all'art. 43 Cost., nella parte in cui sancisce la possibilità e non il dovere di assumere l'attività da parte della Pubblica Amministrazione, opta per un *disinteresse* per il soggetto gestore.

La norma, invece, appare coerente con un'interpretazione soggettiva, che ammette sia la possibilità per l'Amministrazione di assumere direttamente la gestione del servizio sia quella di affidarla a terzi privati.

La teoria oggettiva è stata confutata, dunque, sulla base del medesimo dettato dell'art. 43 della Costituzione, che (verosimilmente) stabilisce il principio per cui vi sono alcuni servizi gestiti da imprese private che possono configurarsi come essenziali e che, in caso di necessità, possono divenire servizi pubblici, riferendosi così ad un'accezione soggettiva del concetto²³⁹.

²³⁶ Si fa riferimento, per esempio agli obblighi di servizio pubblico, alla determinazione di tariffe calmierate o alle carte di servizio.

²³⁷ Si vedano le approfondite osservazioni di R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993; V. Cerulli Irelli, *Corso di Diritto amministrativo*, Torino, 2001; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, III, Bologna, 2001, I; A. Police, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, 469; Id., *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. Amm.*, fasc.1, 2007, 79 G. Napolitano, *I servizi pubblici*, cit..

²³⁸ In tal senso si esprime R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008.

²³⁹ G.D. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, 2013, cit.

Nonostante la dottrina maggioritaria si sia assestata su una concezione soggettiva di servizio pubblico, la dottrina favorevole ad una visione oggettiva l'ha successivamente riproposta mediante un'interpretazione rinnovata degli articoli 41 e 43 della Costituzione²⁴⁰. Secondo tale orientamento, la Costituzione considera in maniera differente l'utilità sociale cui fa riferimento il comma 2 e i fini sociali previsti dal comma 3 dell'art. 41 Cost., poiché la prima, che riguarda il momento esecutivo dei principi fondamentali enunciati dalla Costituzione italiana, si colloca nella dimensione *auto esecutiva* di essi, mentre i fini sociali, che sempre appartengono al momento esecutivo, non presentano i caratteri di tale auto esecutività. Si sostiene, inoltre, che la definizione di pubblico servizio deve essere data in relazione a tutte quelle prestazioni di carattere economico tese a realizzare le condizioni in cui possa esplicarsi la dimensione non auto esecutiva delle libertà e dei diritti sociali riconosciuti dalla Costituzione²⁴¹. Ne consegue che il pubblico servizio consiste in quell'attività economica che favorisce il verificarsi delle condizioni per cui libertà e diritti diventino effettivi.

Su tale assunto, lo svolgimento di un pubblico servizio acquisisce tre diverse qualità: libero, regolato o riservato. Quest'ultima considerazione contribuisce a comprendere come la concezione oggettiva non sia in grado di fornire una definizione univoca di pubblico servizio, poiché appare impensabile definire un'azione che si esplica in tre differenti modalità²⁴².

²⁴⁰ Sostenitore della tesi è in particolare, L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001.

²⁴¹ “[...] tale attività si svolgerà ordinariamente in regime di libera concorrenza, salvo solo il limite della mancanza di contrasti con l'utilità sociale, limite il cui rispetto potrà richiedere misure di coordinamento; in caso di mancato raggiungimento dei fini sociali, interverrà nuovamente il legislatore tramite misure di indirizzo o, addirittura, nell'ipotesi di ulteriore fallimento del mercato, con l'affidamento ad un soggetto organizzato in forma di impresa avente il compito di realizzare il fine che costituisce lo statuto del servizio pubblico; [...]” così R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano 2008.

²⁴² Per una pregevole critica alla concezione oggettiva si veda, fra tutti, il già richiamato lavoro di R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, 15-17.

Ciò induce, pertanto, a considerare la validità della concezione soggettiva²⁴³, basata principalmente sulla decisione della Pubblica Amministrazione di assumere un'attività come servizio pubblico, divenendone titolare²⁴⁴.

L'assunzione della titolarità del servizio da parte dell'amministrazione pubblica le permette di porre in essere adeguati provvedimenti per il soddisfacimento²⁴⁵ delle esigenze della collettività, che le permette di comprenderle.

Il D.Lgs. n. 267/2000 ha attribuito la responsabilità dell'erogazione del servizio in capo agli enti locali che decidono di acquisirlo tra le proprie attività²⁴⁶ e ha posto l'accento sulle finalità perseguite attraverso le attività assunte, rivolte al soddisfacimento delle esigenze della collettività²⁴⁷, anche attraverso l'attribuzione a soggetti privati²⁴⁸.

La norma pone l'accento sull'aspetto oggettivo della gestione, nel perseguimento di scopi sociali selezionati mediante scelte politiche.

²⁴³ Si veda in particolare F. Trimarchi Banfi, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comm.*, 2002, 945.

²⁴⁴ Sulla decisione dell'Amministrazione pubblica di assumere il servizio pubblico si trova riscontro in M. Cammelli – A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, 2001, cit.; A. Police, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, cit.; E. Casetta, *Manuale*, cit.; D. Sorace, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2012; Sul mantenimento della titolarità in capo all'Amministrazione si vedano le considerazioni di G. D. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; V. Parisio, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003; G. Rossi, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 2005; E. Scotti, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; C. Fresa, *Servizio pubblico*, in *Dizionario amministrativo*, G. Guarino (a cura di), Milano 1983.

²⁴⁵ Così V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1013, che rileva come l'attività dell'Amministrazione pubblica sia svolta dal privato attraverso un provvedimento concessorio che legittima l'esercizio del servizio pubblico, ma le modalità con cui questo viene eseguito sono contenute in un atto bilaterale. Della medesima opinione sono E. Scotti, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; A. Romano, *La concessione di un pubblico servizio*, in G. Pericu - A. Romano - V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995.

²⁴⁶ Sul punto in particolare cfr. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 268.

²⁴⁷ Tutto ciò secondo quanto stabilito dall'art. 112 TUEL, che fa riferimento ai "fini sociali" e allo "sviluppo economico e civile delle comunità locali".

²⁴⁸ Di questa opinione G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, 2001, cit.; R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993; E. Casetta, *Manuale*, cit.; G. Piperata, *Tipicità e autonomia*, 2005, cit..

L'aspetto soggettivo viene, invece, rintracciato nella natura pubblica del soggetto titolare del servizio, anche laddove non direttamente²⁴⁹.

2.3.2 Ulteriori elementi di definizione del concetto di servizio pubblico locale.

In dottrina vi è chi ritiene ormai da considerare superato il dualismo tra la concezione soggettiva e quella oggettiva di cui si è parlato²⁵⁰, e sostiene che il momento oggettivo, quello in cui il servizio è rivolto al pubblico degli utenti per soddisfare i bisogni della collettività, e il momento soggettivo in cui un soggetto pubblico lo assume come doveroso, anche in caso di gestione affidata ad un privato, si fondano inevitabilmente.

Quanto riportato mostra come la definizione di servizio pubblico sia in evoluzione, per una serie di motivi che si connettono soprattutto al mutare dei bisogni dei cittadini/utenti e all'adeguamento delle normative di settore a questo contesto di riferimento.

Il sistema entro cui si sviluppa la materia si compone di ulteriori elementi, che derivano in parte dalla disciplina penalistica italiana e in parte dall'ordinamento europeo.

²⁴⁹ Questa interpretazione è sostenuta già da V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2012 ed è stata delineata da CdS, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *Giorn. Diritto Amm.*, 2007, n. 5, con nota G. Piperata, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*. Il Consiglio di Stato si è espresso sulla nullità di due delibere del consiglio comunale di Genova che definivano come servizi pubblici locali alcuni servizi, affidati ad una società per azioni derivante dalla trasformazione di un'azienda speciale. Il 40% della costituenda società per azioni era stato contestualmente ceduto ad un'altra società, anch'essa partecipata dal Comune di Genova. Il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima la trasformazione, ai sensi dell'art. 115 TUEL, ma ha contestato la cessione di capitale senza previo espletamento di gara. La pronuncia ha il pregio di indicare genericamente gli elementi del servizio pubblico locale, diversamente dai precedenti interventi che si sono focalizzati sulla riconducibilità del singolo caso alla nozione di servizio pubblico: cfr. tra le tante CdS, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, in *Giur. it.* 2006, 1292, sul riscaldamento degli edifici comunali; CdS, sez. V, 22 novembre 2004, n. 7636, in www.giustizia-amministrativa.it, sul trasporto scolastico.

²⁵⁰ Si vedano in quest'ottica G. Palligiano, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, atti del Convegno di Vallo della Lucania, 26 giugno 2009, in www.giustizia-amministrativa.it; A. Police, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. Amm.*, fasc.1, 2007, 79, secondo cui il momento fondamentale di un'attività di servizio pubblico è quello in cui l'Amministrazione decide di assumerne la titolarità del compito-servizio.

La disciplina penalistica di servizio pubblico è contenuta negli articoli 537 e 538 c.p., oggetto, nel 1990, di una riforma che ha allontanato la definizione di servizi pubblici in ambito penalistico da quella fornita dalla dottrina amministrativistica nel momento in cui gli elementi fondamentali dei primi consistono nella presenza di un'attività pubblica fondante un servizio pubblico, riconducibile al complesso organizzativo dell'amministrazione di riferimento²⁵¹.

La qualifica di incaricato di pubblico servizio, di cui all'art. 358 c.p., viene identificata dalla norma, infatti, in tutti quei casi in cui siano ad esso affidati compiti inseriti in un'attività amministrativa soggetta alla disciplina pubblicistica, dalla quale sono esclusi i poteri propri del pubblico ufficiale, figura definita dall'art. 357 codice penale.

Secondo la nozione penalistica di pubblico servizio non è sufficiente, quindi, un atto autoritativo perché esso venga configurato, ma bisogna che a tale atto consegua una regolamentazione pubblicistica delle singole attività²⁵².

Una definizione del genere potrebbe risultare alquanto vaga e non fornire un concreto criterio di identificazione della fattispecie. Occorre, tuttavia, tenere in considerazione che vi sono situazioni in cui l'attività della Pubblica Amministrazione appare chiaramente relativa, in un senso piuttosto che nell'altro²⁵³.

Il regime giuridico delle attività poste in essere funge da discriminare per l'identificazione della fattispecie, poiché, da una parte, l'art. 257 del codice penale identifica la funzione pubblica nell'attività disciplinata da norme di diritto pubblico o da atti autoritativi, da individuarsi nel momento della formazione e dalla manifestazione della volontà dell'Amministrazione e caratterizzata dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi;

²⁵¹ Cfr V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001 e G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, 2001, cit.

²⁵² S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, cit.; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, 2001, cit.; M. Cammelli – A. Ziroldi, *Le società*, cit.; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, Bologna, 2012, 177.

²⁵³ Così G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. pubbl. serv.*, 1999, 1, specifica che “è chiara a tutti la distinzione tra l'attività che lo Stato esplica per assicurare l'ordine pubblico o la difesa contro l'esterno o l'amministrazione della giustizia, e l'attività che svolge invece quando fornisce i mezzi che servono al soggetto privato per trasferirsi da un posto all'altro (trasporti) o per comunicare (telecomunicazioni, poste) o per liberarsi dei rifiuti o per approvvigionarsi d'acqua”.

dall'altra, la definizione fornita dall'art. 358 del codice penale esclude l'elemento autoritativo dalla sfera delle attività rientranti tra i servizi pubblici, che rimangono comunque soggetti alle norme di diritto pubblico e agli atti autoritativi²⁵⁴.

Ne risulta che il riconoscimento della P.A. quale autorità si riscontra solo nel caso in cui essa svolga una funzione pubblica, mentre l'assenza di un potere autoritativo configura l'erogazione di un servizio in cui la P.A. non esercita poteri autoritativi.

Infine, quanto alle modalità di disciplina del servizio pubblico, il codice penale assimila i concetti di 'funzione pubblica' e di 'servizio pubblico', non ponendo alcuna distinzione tra le norme che disciplinano l'organizzazione di quest'ultimo dalle norme che disciplinano la prestazione del servizio.

Non meno interessante è l'incidenza di quanto previsto nell'ordinamento europeo, laddove il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e nel diritto comunitario derivato in tema di servizi pubblici si riferisce a "*servizio di interesse economico generale*" (SIEG)²⁵⁵, volendo, in tal modo, fornire

²⁵⁴ Cfr G. Corso, *Manuale*, cit., secondo cui "*Altro è, ad es., ordinare un comportamento (per es. presentarsi alla leva militare obbligatoria che è esistita sino a poco tempo fa) o vietarne un altro (per es. superare un certo limite di velocità), altro è rendere una prestazione sanitaria in un ospedale pubblico o consentire a chi ha pagato il biglietto di salire su un treno*".

²⁵⁵ Si parla di SIEG, in particolare negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Ai servizi pubblici locali di rilevanza economica si applicano i principi dei Trattati secondo le interpretazioni fornite dalla Commissione, di cui si ricordano: la Comunicazione "Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale" del 23 marzo 2011; la Comunicazione "I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un impegno europeo" 725 del 20 novembre 2007; il Libro Bianco su "I Servizi di interesse generale" del 12 maggio 2004; il Libro Verde su "I Servizi di interesse generale" del 21 maggio 2003; la Comunicazione del 19 gennaio 2001 su "I servizi di interesse generale in Europa"; la Comunicazioni del 26 settembre 1996. Nella giurisprudenza europea si vedano CGCE, 9 giugno 2009, C-480/06, Commissione c. Repubblica Federale di Germania; CGCE, 10 settembre 2009, C-573/07, Sea; CGCE, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset; CGCE, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant; CGCE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle. Ma si veda anche la sentenza del Tribunale di primo grado 12 febbraio 2008, T-289/03, British United Provident Association - BUPA. Per un'analisi del concetto europeo di servizio pubblico si vedano, tra i tanti, i contributi di G. Corso, *I servizi pubblici*, cit; S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma, 2012; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012; S. Pignataro, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, Padova, 2004, 36; V. Parisio, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003; E. Ferrari (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000; M. Clarich,

una definizione univoca a fronte dei diversi significati presenti nei vari Stati membri²⁵⁶. I SIEG sono richiamati, in particolare, nell'art. 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che ne riconosce l'importanza nell'ambito dei valori comuni dell'Unione e richiama il loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale. Esso demanda agli Stati membri la competenza relativa al corretto funzionamento di essi, secondo i propri compiti²⁵⁷.

Le interpretazioni elaborate dalla giurisprudenza comunitaria²⁵⁸, le comunicazioni della Commissione europea²⁵⁹ e il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003 forniscono chiaramente la nozione comunitaria di SIEG che, limitata all'ambito locale, pare coincidere con la nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica propria dell'ordinamento italiano²⁶⁰. Le definizioni nazionale ed europea trovano un punto di contatto nell'individuazione di un servizio offerto tramite attività

Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181; E. Scotti, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; G. D. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo - I - L'attività*, Padova, 2009, 194; L. Bertonazzi – R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte Speciale, Tomo IV, M.P. Chiti e G. Greco (a cura di), Milano, 2007; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti con l'utenza*, Padova, 2001.

²⁵⁶ In tal senso G. Palliggiano, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Atti del Convegno – Vallo della Lucania*, 26.6.2009, 6.

²⁵⁷ Il protocollo n. 26, art. 1, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, esemplifica i valori a cui fa riferimento l'art. 14, tra cui “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 si sottolinea anche il fatto che “la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse”.

²⁵⁸ CGCE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia.

²⁵⁹ In particolare si vedano le Comunicazioni del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001, e successivamente anche la Comunicazione della Commissione 20 settembre 2000, avente ad oggetto “I servizi d'interesse generale in Europa”, in cui il concetto di servizio pubblico da una parte fa riferimento al soggetto che eroga il servizio e dall'altra individua la missione di interesse generale affidata a quest'ultimo. Vi sono anche il Libro verde e il Libro bianco sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003 e del 12 maggio 2004.

²⁶⁰ Così si esprime Corte Cost. sentenza n. 325 del 2010. Sul punto cfr. anche Corte cost. sentenza n. 272 del 2004.

economica sotto forma di impresa pubblica o privata²⁶¹, che eroga sul mercato, ad una generalità indifferenziata di soggetti, prestazioni aventi finalità sociali. Le nozioni in oggetto svolgono anche la funzione di individuare i servizi cui applicare le regole della concorrenza.

Per servizio pubblico di interesse generale deve, quindi, intendersi ogni attività che, per le caratteristiche oggettive possedute, persegua un interesse diffuso della collettività allo svolgimento e alla qualità minima di esso. A ciò si accompagna la previsione dell'autonomia degli Stati membri nella definizione dei servizi da erogare, purché in conformità alle regole poste dall'ordinamento europeo.

²⁶¹ G. Corso, *Manuale*, cit., osserva giustamente che “*I servizi di interesse economico generale sono prodotti da imprese: il profilo soggettivo coincide con quello dell’art. 43 Cost*”.

CAPITOLO III

LO STRUMENTO SOCIETARIO NELL'ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E DEI SERVIZI STRUMENTALI

3.1 La gestione diretta (o autoproduzione) dei servizi; 3.1.2 Il modello *in house providing*: elementi caratterizzanti; 3.1.3 Il modello *in house providing*: evoluzione dell'istituto; 3.1.4 Altri casi di gestione sottratti all'evidenza pubblica; 3.2 La gestione esternalizzata dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali; 3.3 L'esternalizzazione 'ibrida': la società di capitali; 3.3.1 La caratterizzazione del tipo 'società a responsabilità limitata'; 3.3.2 Le criticità del tipo 'società per azioni'; 3.3.3 Quando il socio diventa pubblico; 3.3.4 (segue) L'organizzazione societaria si adatta alla presenza del socio pubblico; 3.4 Il partenariato pubblico-privato: le società miste; 3.4.1 La convivenza di interessi divergenti nelle società miste; 3.4.2 La prestazione del socio privato e quella del socio pubblico nelle società miste; 3.5 Società di capitali adottate nell'organizzazione dei servizi pubblici a rete per ambiti territoriali ottimali o omogenei; 3.6 Il modello societario nella gestione dei servizi strumentali; 3.6.1 Il rischio di finalità elusive nell'impiego di società di capitali per la gestione di servizi strumentali.

3.1 La gestione diretta (o autoproduzione) dei servizi.

L'autonomia organizzativa che caratterizza l'azione degli enti locali si può esplicitare nell'utilizzo di modelli di gestione diretta, che prevedono una produzione in proprio del servizio da parte dell'amministrazione o modelli di gestione esternalizzata, che attingono al mercato concorrenziale.

Dopo un lungo periodo di gestioni svolte da soggetti privati attraverso rilascio di concessione, la scelta degli enti locali è ricaduta sulla gestione diretta, di matrice pubblicistica, anche attraverso l'impiego di soggetti

esterni strettamente legati all'amministrazione di riferimento, ma dotati di capacità imprenditoriale.

La gestione diretta che meglio risponde a questo nome è la c.d. gestione in economia, che si sviluppa attraverso l'istituzione di uno o più uffici dell'amministrazione dedicati alla cura del servizio in tutti i suoi aspetti, compresa la materiale esecuzione di esso da parte delle risorse umane appartenenti alla struttura, o attraverso la collaborazione di soggetti esterni cui spetta il compito di fornire il materiale necessario allo svolgimento del servizio.

La gestione in economia ha il pregio di garantire un buon livello di adeguamento organizzativo alle istanze provenienti dai cittadini e favorisce l'instaurarsi di un rapporto diretto tra questi e l'ente locale incentivando la coerenza tra indirizzi programmatori ed esecuzione degli stessi.

I limiti che la struttura pubblica porta con sé e le necessità legate alle caratteristiche del servizio da rendere fanno propendere per l'attribuzione di esso a soggetti formalmente separati dall'amministrazione pubblica, ma ad essa appartenenti, che permettono di avvalersi di professionalità qualificate e di gestioni condotte con metodo imprenditoriale, mantenendo la direzione del servizio.

Il modello impiegato è, in tal caso, quello dell'azienda speciale, cui si affianca la possibilità di costituire soggetti sottoposti al regime dell'*in house providing*, che in Italia non è sperimentato se non attraverso società di capitali.

Le aziende speciali sono enti pubblici economici²⁶² chiamati a svolgere attività di rilevanza commerciale mediante autonomia imprenditoriale e secondo finalità poste dall'ente locale che le istituisce.

²⁶² Che il consorzio tra enti sia un ente pubblico economico non è assodato, posta una costante giurisprudenza secondo cui la qualifica di ente pubblico economico va verificata in concreto, sulla base di quanto stabilito dallo statuto, e in relazione all'attività svolta. In tal senso: Cass., S.U., 17 aprile 2007, n. 9095, in ; Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6573, in *MGC*, 2006, 778; Cass., S.U., 17 dicembre 2002, n. 18015, in *MGC*, 2002, 2207; Cass., S.U., 9 agosto 2001, n. 10968, in *MGC*, 2001, 1578. In senso favorevole alla definizione dei consorzi quali enti pubblici economici si esprimono Cass., S.U., 15 dicembre 1997, n. 12654, in *Giust. civ.* 1987, 2373 e già prima C. Cost., 12 febbraio 1996, n. 28, in www.giurcost.org, che sottolinea come gli enti pubblici economici non rientrino, tuttavia, nella nozione di amministrazione pubblica. Sul tema cfr anche Cons. St., ad gen., 23

Esse hanno costituito il principale modello di gestione esterna fin dalla legge n. 103/1903, nella forma dell'azienda municipale e, successivamente, si sono rafforzate nel Testo Unico n. 2578/1925²⁶³, fino a confluire nell'art. 114 del TUEL²⁶⁴, che le definisce come enti strumentali dell'ente locale, non volendo significare, secondo l'interpretazione più accreditata, che esse siano un organo dell'ente, ma che costituiscano una modalità con la quale si esplica la gestione diretta del servizio²⁶⁵.

Essendo dotata di autonomia gestionale, l'azienda speciale non risente dell'ingerenza totale dell'ente locale che la costituisce, ma, nello stesso tempo, persegue i fini da esso dettati, in un rapporto di strumentalità che si fonda sull'attività svolta uniformata alle direttive derivanti dall'ente locale.

Allo stesso modo si pone l'azienda speciale nata su iniziativa di più enti locali, definita 'consorzio' e finalizzata alla gestione associata di servizi o di funzioni²⁶⁶, che si articola in una struttura interna adatta al raggiungimento degli obiettivi affidati.

L'impiego delle aziende speciali ha subito una battuta di arresto a seguito del riconoscimento della legittimità a costituire società di capitali da parte degli

febbraio 1967, n. 151; Cass. 15 ottobre 1963, n. 2767; Cass. 6 marzo 1931, in *Foro it.*, 1931, I, 1163. In dottrina cfr. M.S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, 621; A. Troccoli, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1957, vol. X, 988; ID., *Le aziende municipalizzate*, Firenze, 1963; *contra*, F. Bassi, *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Milano, 1957.

²⁶³ In dottrina, tra i tanti autorevoli contributi si faccia riferimento a R. Torrigiani, *Le aziende autonome pubbliche*, Milano, 1971; G. Pischel, *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi e domani*, Roma, 1965; F. Bassi, *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Milano, 1957.

²⁶⁴ Precedentemente, era stato adottato un D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902, in *G. U.* 27 dicembre 1986, n. 299, che è rimasto in vigore anche a seguito dell'avvento del TUEL.

²⁶⁵ In questo senso già si esprimevano G. Guarino, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1962, 30; A. Acquarone, *Immagine alla nozione di strumentalità: le c.d. funzioni delegate del comune*, in *Studi in onore di Zanobini*, Milano, 1961; V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959, ID., voce *Ente pubblico*, *Enc. Dir.*, XI, 963;

²⁶⁶ Così l'art. 31 D.Lgs n. 267/2000 (TUEL)

Preme evidenziare che l'art. 2, comma 186, lett. e) della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria 2010), come modificato dal D.L. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 marzo 2010, n. 42, dispone, al fine del coordinamento della finanza pubblica e per il contenimento della spesa pubblica, la soppressione dei consorzi di funzioni tra gli enti locali, ad eccezione dei bacini imbriferi montani.

enti locali e, successivamente, dell'obbligo normativo di trasformarle in società di capitali.

Le aziende speciali non sono scomparse dall'ordinamento italiano, in quanto l'art. 114 TUEL ha mantenuto la propria vigenza pur nell'avvicinarsi della stratificazione normativa, ma sono state collocate al di fuori del sistema di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica per essere indirizzate verso la gestione servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

L'esclusione dell'azienda speciale dagli strumenti di gestione diretta dei servizi pubblici a rilevanza economica ha privato gli enti locali di un soggetto a carattere imprenditoriale sottoposto alla direzione di essi.

Tale constatazione si è posta soprattutto in relazione al reperimento di servizi strumentali all'attività dell'amministrazione pubblica, che ha trovato una soluzione favorevole nell'istituto *dell'in house providing*, modello di organizzazione dei servizi sorto nella prassi del Regno Unito²⁶⁷ e riconosciuto dalla giurisprudenza europea, che ne ha delineato i tratti essenziali, scolpendo la figura in diversi momenti storici e in relazione ad ordinamenti differenti²⁶⁸.

3.1.2 Il modello in house providing: elementi caratterizzanti.

Il modello *in house providing* costituisce una modalità di gestione diretta dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali attraverso la costituzione di un soggetto anche formalmente distinto dall'amministrazione che lo costituisce, ma ad essa strettamente legato.

La dottrina e la giurisprudenza consolidate sul tema parlano di un rapporto talmente stringente da configurare il soggetto *in house* come una *longa*

²⁶⁷ Per una ricostruzione delle origini del fenomeno si veda D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, che sottolinea come l'*in house provider* nel Regno Unito sia soggetto al confronto concorrenziale quanto un eventuale soggetto esterno cui affidare la gestione del servizio tramite procedura concorsuale.

²⁶⁸ Il primo riferimento europeo all'*in house providing* (definito *in house contract*) si rinviene nel Libro Bianco della Commissione europea COM (98) 143 *Public Procurement in the European Union*, dell'11 marzo 1998, punto 2.1.3, nota 10, in cui si fa esplicito riferimento a contratti conclusi tra amministrazioni pubbliche o tra amministrazione e propria società totalmente controllata.

manus dell'amministrazione di riferimento, tale da annullare l'alterità giuridica dei soggetti²⁶⁹, che li rende un tutt'uno.

Secondo consolidata giurisprudenza europea, l'affidamento del servizio ad un soggetto *in house providing* è sottratto alle regole dell'evidenza pubblica perché la presenza di determinati requisiti lo pone al di fuori del gioco concorrenziale²⁷⁰: controllo analogo, gestione prevalente a favore dell'amministrazione costituente e capitale interamente pubblico²⁷¹.

Il primo requisito viene soddisfatto nella misura in cui l'amministrazione sia in grado di esercitare un controllo strutturale e funzionale²⁷² sugli obiettivi e sulle scelte decisive per la vita del soggetto *in house*, cui l'organo direttivo deve sottostare.

Nell'ordinamento italiano, il modello *in house providing* è stato applicato solo alle società di capitali perché le altre forme di gestione storicamente impiegate, quali aziende speciali o istituzioni sono state, nel tempo, allontanate dalla gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica²⁷³, e non sono state prese in considerazione quali soggetti cui affidare la

²⁶⁹ Per un recente contributo sulla materia in relazione alle società di capitali cfr. A. Bartolini, *La società in house perde il corporate veil: un ritorno all'organo-impresa*, in *Giur. It.*, fasc. 8-9/2014, 1988. In giurisprudenza si parla di rapporto interorganico e non intersoggettivo in ultimo in Cass, S.U., 25 novembre 2013 n. 26283, in www.dirittodeiservizipubblici.it

²⁷⁰ Si richiama la ricca giurisprudenza e dottrina citate nella premessa al presente lavoro alla nota 115. Si aggiungono qui i contributi di R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012; M. Roversi Monaco, *Società in house e gare*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 635.

²⁷¹ Si richiama, ancora una volta, CGCE, Stadt Halle, 11 gennaio 2005, in causa C-26/03-17, secondo cui "*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*".

²⁷² In tal senso si esprime la Direttiva 2014/24/UE, par. 1, lett. a) e c).

²⁷³ Si ritrova questa osservazione nella riflessione di C. Tassarolo, *La gestione in house di pubblici servizi*, 2005, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Dal fatto che l'art. 113 TUEL prevedeva la sola gestione societaria, in alternativa alla gestione esternalizzata, la discussione sull'*in house providing* si è sviluppata esclusivamente su di essa, spingendo gli interpreti ad interrogarsi, tuttavia, sulla natura giuridica delle società cui sia applicato il modello *in house*. E' pur vero anche che il primo riferimento della Commissione europea al modello *dell'in house providing* faceva riferimento a contratti tra amministrazione pubblica e propria società totalmente partecipata. Successivamente, tuttavia, l'evoluzione giurisprudenziale dell'unione europea ha fatto riferimento ad organismi pubblici partecipati dall'amministrazione di riferimento, fondando la possibilità di impiegare altri soggetti diversi dalle società di capitali, anche aventi propria personalità giuridica, per l'esplicazione del modello.

gestione dei servizi pubblici locali. Per tal motivo, l'immaginario comune non solo identifica il modello in relazione ad esse, ma ritiene che le società *in house* costituiscano un tipo societario a se stante, contrariamente al principio di tipicità dei tipi societari dettato dal codice civile²⁷⁴.

Legato alle società di capitali, il requisito del controllo analogo viene soddisfatto laddove i soci possono accedere alla gestione sociale attraverso l'organo assembleare, cui devono essere devolute le competenze fondamentali²⁷⁵ diverse dall'ordinaria amministrazione, riservata all'organo amministrativo.

Il requisito relativo all'attività svolta dal soggetto *in house* si fonda sul presupposto che l'organismo sia stato costituito dall'amministrazione di riferimento allo scopo di fornire prestazioni in proprio favore.

La giurisprudenza europea non impone l'esercizio esclusivo dell'attività del soggetto *in house* nei confronti dell'amministrazione di riferimento, nella consapevolezza che apprestare i mezzi per realizzare un servizio può sfociare nell'offerta a terzi²⁷⁶.

Il terzo elemento caratterizzante il soggetto *in house providing* è costituito dalla totale partecipazione ad esso di soggetti pubblici²⁷⁷ che, tradotto in termini societari, significa che il capitale sociale deve interamente essere sottoscritto da soci pubblici.

Il modello *in house* strutturato secondo i criteri richiamati si presta a due considerazioni relative all'applicazione di esso alle società di capitali: una relativa al rapporto intercorrente tra il soggetto *in house* e l'amministrazione pubblica; l'altro relativo alla soggettività giuridica di tale soggetto.

²⁷⁴ Ma così non può essere stante la tipicità dei tipi societari che vige nell'ordinamento italiano. Cfr., tra i tanti, G. F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, Tomo II, Roma, 2012.

²⁷⁵ Una buona sintesi di questo elemento è contenuta nella sentenza del TAR Toscana, sez. I, 20 dicembre 2012, n. 2090, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

²⁷⁶ Il TAR Lombardia, sez. II Brescia, 23 settembre 2013 n. 780 ha affermato che le società *in house* non solo possono effettuare prestazioni a favore di terzi, ma sono legittimate anche a partecipare a gare. Tutto ciò deve essere contenuto in misura tale da non divenire la parte più importante dell'attività complessiva del soggetto.

²⁷⁷ La Direttiva 2014/23/UE ha aperto la strada a forme di partecipazione dei privati "che non comportano controllo o potere di veto", ma che siano stabilite da leggi nazionali e siano conformi ai trattati.

Quanto alla soggettività giuridica delle società *in house* è considerazione avallata anche da recente giurisprudenza²⁷⁸ che l'applicazione del modello all'istituto societario ne condizioni le caratteristiche al punto tale da qualificarla quale ente pubblico. Ciò porta con sé una serie di problemi, primo fra tutti l'affidamento dei terzi nei confronti della società.

In questa prospettiva si colloca anche il tema dei rapporti tra ente locale e società *in house*, che verranno evidenziati nel prosieguo della trattazione in relazione agli elementi essenziali del contratto societario.

3.1.3 Il modello in house providing: evoluzione dell'istituto.

Gli elementi di identificazione dell'*in house* sono stati, nel tempo, adattati alle esigenze degli Stati membri, soprattutto quelli del Nord Europa, con la conseguenza di alterare la struttura iniziale del modello.

Si fa riferimento, in particolare, alla partecipazione di più amministrazioni pubbliche riconosciuta dalla Corte di Giustizia purché tutti i partecipanti siano in grado di incidere sulle scelte decisive ad esso relative²⁷⁹. In tal modo, si è acconsentito ad una deroga allo stretto requisito del controllo analogo, che, nella prassi, è stato generalmente soddisfatto attraverso la sottoscrizione di accordi tra le amministrazioni partecipanti.

Tali accordi sono prevalentemente conclusi ai sensi dell'art. 30 TUEI, ovvero attraverso convenzioni di natura pubblica tra enti locali.

Gli enti locali hanno impiegato anche l'istituto privatistico dei patti parasociali che, tuttavia, non costituisce lo strumento adeguato alla definizione del controllo analogo da parte dei soci. I patti parasociali, infatti, non possono avere ad oggetto l'imposizione di scelte gestionali relative all'attività della società o all'organizzazione di essa, ma possono riguardare solo diritti relativi ai soci che partecipano all'accordo parasociale, che si chiama tale perché non coinvolge la società in quanto tale.

²⁷⁸ Cfr. Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283.

²⁷⁹ Si veda, in particolare, CGCE, 29 novembre 2012, C-182/11 e 183/11, *Econord*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; CGCE, sez. III, 10 settembre 2009, causa C-537/07, *Foro Amm.* – *CdS*, 2009, 2233.

Si deve ritenere che la determinazione del controllo analogo e la sua regolazione debbano, piuttosto, ascrivere tra le regole del contratto sociale e trovare collocazione all'interno dello statuto societario quali disposizioni che rivestono carattere strutturale dell'organizzazione societaria.

Quanto all'esercizio del controllo analogo, esso viene principalmente esercitato attraverso comitati di coordinamento in cui ogni amministrazione partecipante può avanzare le proprie necessità ed essere pienamente informata dell'attività svolta dalla società, oltre a poter incidere sulle scelte determinanti dell'attività.

Nelle realtà societarie che adottano il modello *in house*, la partecipazione di più amministrazioni pubbliche non è messa in dubbio, ma è difficile sostenere pari rilevanza dei soci laddove vi siano differenti apporti al capitale sociale, considerato che il contratto societario si basa su una struttura capitalistica dove la maggiore influenza appartiene ai maggiori investitori²⁸⁰.

L'elemento del controllo analogo, già fortemente compromesso rispetto all'originario, è stato ulteriormente depotenziato dalle Direttive del 2014 in tema di appalti e di concessioni, che aprono la strada a forme di partecipazione dei privati “*che non comportano controllo o potere di veto*”.

La direzione intrapresa dall'Unione Europea si pone in controtendenza rispetto alla giurisprudenza italiana maggioritaria, che deplora la semplice previsione statutaria di una partecipazione privata²⁸¹.

Non rassicura neppure la previsione che subordina la partecipazione di soggetti privati alla lettera di leggi nazionali in tal senso, che devono rispondere ai requisiti e agli obiettivi perseguiti dai trattati europei, poiché la strada rimane, comunque, aperta.

Vi sono ulteriori variazioni nella definizione del modello anche in relazione all'attività svolta nei confronti dell'ente di riferimento laddove la Direttiva 2014/23/UE richiede che il soggetto *in house* svolga oltre l'80% delle proprie

²⁸⁰ Così l'art. 2359 c.c. in tema di maggioranza dei voti detenuti all'interno dell'organo assembleare.

²⁸¹ Cfr. i più rilevanti interventi sul tema: TAR Puglia, Bari, 2 aprile 2013, n. 458; TAR Puglia, Bari, 14 maggio 2010 n. 1891; CdS, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591; CdS, A.P., 3 marzo 2008, n. 1; CdS, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072.

attività a favore dell'amministrazione che lo ha costituito²⁸². Per verificare la sussistenza del requisito occorre fare riferimento al fatturato totale medio dell'attività del soggetto *in house*, oppure si può compiere una misurazione riferita all'attività da svolgere, idonea rispetto ad essa quale, ad esempio, il costo sostenuto nel triennio precedente dai soggetti coinvolti per il medesimo servizio²⁸³.

Sorgono dubbi sulle modalità applicative con cui inserire soggetti privati nei rigidi schemi entro cui sono state costruite le strutture *in house providing* nel corso degli anni, soprattutto laddove la giurisprudenza europea continua a ritenere fondamentale tale requisito²⁸⁴.

L'elaborazione normativa europea del 2014, ha riconosciuto anche la possibilità di configurare ipotesi di *in house* "verticale capovolto"²⁸⁵, laddove il soggetto *in house* affida lo svolgimento di un servizio alla propria amministrazione di riferimento. L'esclusione della procedura ad evidenza pubblica non stupisce nell'ambito di un rapporto interorganico, ma sorge il dubbio sull'utilità di un percorso che potrebbe trovare una strada semplificata nella gestione in economia.

3.1.4 Altri casi di gestione sottratta all'evidenza pubblica

Nella decisione in merito alla gestione dei servizi da erogare alla cittadinanza o di quelli necessari alla realizzazione della propria azione, le

²⁸² Così si esprime all'art. 17, in cui si sottolinea che nel soggetto *in house* non vi deve essere alcuna partecipazione di capitali privati diretti: "*ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.*".

²⁸³ La norma europea fa riferimento ai "[...] costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto" e si prevedono adattamenti nel caso in cui tale misura non sia più attendibile o non sia rilevabile.

²⁸⁴ Da ultimo, si veda la sentenza CGCE, 19 giugno 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, in cui la Corte ha ribadito che la presenza di privati all'interno della compagine sociale di un soggetto *in house* devia lo stesso dal fine pubblico per cui è costituito e, al tempo stesso comporta un indebito vantaggio concorrenziale per il beneficiario. Si veda, in precedenza, *Stadt Halle* punti 36 e 38 - 49 e 50, cit.

²⁸⁵ Come lo ha definito C. Volpe, *L'affidamento in house di servizi pubblici e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustamm.it, 3/2014.

amministrazioni pubbliche possono impiegare i mezzi che più ritengono idonei al raggiungimento degli obiettivi, nel rispetto del principio di concorrenza e di tutti quelli ad esso legati.

Vi sono sistemi, tuttavia, che sfuggono dall'ambito della concorrenza perché si concretizzano in modalità tali da non incidere su di essa.

L'autoproduzione o la produzione diretta tramite soggetti esterni rientrano tra le modalità sottratte al mercato concorrenziale e, per tal motivo, non sono soggette alle procedure di evidenza pubblica necessarie a tutelare i mercati.

Allo stesso modo, i contratti conclusi tra due o più amministrazioni pubbliche costituiscono un'esplicazione organizzativa di esse e sono potenzialmente sottratte dall'applicazione delle norme relative ai contratti pubblici.

Il contratto tra amministrazioni pubbliche non è, infatti, automaticamente escluso dall'applicazione della normativa su appalti e concessioni perché può configurarsi in maniera tale da prevedere prestazioni a titolo oneroso dell'una verso l'altra, che dovrebbero essere acquisite tramite procedura ad evidenza pubblica.

Alle procedure di evidenza pubblica possono partecipare soggetti di natura pubblica, che agiscono in tal caso come operatori economici, ovvero come soggetti che offrono sul mercato i beni o servizi prodotti²⁸⁶, con la differenza di essere soggetti a regimi differenti quanto alla propria azione privatistica.

Amministrazioni pubbliche che si propongano quali operatori economici devono essere legittimate dall'ordinamento nazionale a poterle offrire quale parte della propria missione istituzionale.

Laddove, invece, più amministrazioni pubbliche intendano gestire un servizio che costituisce parte delle finalità istituzionali di ognuna, esse possono addivenire ad accordi che svolgano la funzione di regolazione delle modalità con cui le stesse devono svolgere il servizio.

²⁸⁶ L'art. 3, D.Lgs n. 163/2006, Codice degli contratti pubblici, identifica l'operatore economico con l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi, definiti come le persone fisiche e giuridiche, o gli enti privi di personalità giuridica, compresi i GEIE, che offrano sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

Per configurare una collaborazione tra amministrazioni pubbliche, c.d. ‘partenariato pubblico-pubblico orizzontale’, devono sussistere i seguenti requisiti²⁸⁷:

- a) il contratto costituisce una cooperazione tra le amministrazioni che vi partecipano;
- b) la cooperazione deve essere finalizzata al conseguimento di servizi comuni a tutte;
- c) l’attuazione della cooperazione si basa sull’interesse pubblico cui le partecipanti aderiscono;
- d) le amministrazioni partecipanti non svolgono sul mercato più del 20% delle attività oggetto di cooperazione.

I contratti tra amministrazioni che svolgono medesime funzioni sono, dunque, legittimati qualora un’amministrazione affidi direttamente servizi ad un’altra amministrazione o ad un suo soggetto *in house*²⁸⁸, purché non vi sia una prestazione in termini patrimoniali da fornire, ma la partecipazione corale ad un progetto in cui ogni parte concorre al tutto.

3.2 La gestione esternalizzata dei servizi.

La gestione diretta dei servizi, nel tempo, è tornata verso ipotesi di esternalizzazione, nell’idea che le pubbliche amministrazioni non fossero in grado di sostenere la struttura organizzativa che i singoli servizi richiederebbero, quali, ad esempio, spazi adeguati allo svolgimento del servizio; strutturazione in diversi punti del territorio; risorse economiche in grado di garantire un’erogazione universale; ma, ancor più, risorse umane in grado di comprendere l’oggetto del servizio, di interpretarlo a favore dell’utenza e di mantenere un costante monitoraggio sulla qualità di esso, anche tramite strumenti di rilevazione della soddisfazione dei cittadini.

Secondo le scienze commerciali, la gestione esternalizzata dei servizi implica l’acquisizione di essi da parte di operatori esterni alla struttura *aziendale*, che offrono la propria attività imprenditoriale nel mercato concorrenziale.

²⁸⁷ Cfr. art. 12, par. 4, Direttiva 2014/23/UE del febbraio 2014.

²⁸⁸ In tal senso le già citate CGCE, 9 giugno 2009, C-480/06 – Hamburg e CGCE, 19 dicembre 2012, C-159/2011 – Azienda Sanitaria di Lecce.

Per quanto riguarda le pubbliche amministrazioni, dare corso all'esternalizzazione di un servizio significa scegliere un soggetto terzo rispetto alla struttura pubblica e richiedergli l'esecuzione di una prestazione contro corrispettivo.

Sin dalle origini del riconoscimento della capacità contrattuale delle pubbliche amministrazioni, tale scelta è stata affidata ad un meccanismo di evidenza pubblica che garantisca la selezione imparziale dei soggetti cui attribuire lo svolgimento del servizio²⁸⁹. Per tal motivo, l'amministrazione pubblica è richiesta di indire una procedura concorsuale che terminerà con l'individuazione del soggetto provvisto dei requisiti richiesti dai documenti di gara per lo svolgimento del servizio.

I contratti pubblici adottati dalle amministrazioni territoriali si fissano sulle figure degli appalti, diversi da quelli di diritto privato, e sulle concessioni.

La definizione fornita per entrambi i tipi contrattuali è simile, trattandosi, in sostanza, di rapporti in cui una parte si impegna a compiere un'opera o un servizio a favore dell'altra.

Vi è, invece, una distinzione relativa alle modalità di remunerazione della prestazione svolta, poiché, in caso di appalto il corrispettivo è posto in capo all'amministrazione pubblica mentre, in caso di concessione il soggetto privato remunera la propria attività attingendo direttamente dai cittadini che usufruiscono del servizio, poiché al primo è attribuita la gestione del servizio ed il relativo guadagno che se ne può trarre.

Secondo la dottrina più attenta, la distinzione tra i due istituti non si esaurisce esclusivamente in ciò, ma deve fare riferimento all'attività che l'amministrazione pubblica intende gestire tramite soggetti esterni²⁹⁰.

In tal senso, l'origine della concessione mostra come essa sia sorta, e si sia sviluppata, quale modalità di organizzazione di servizi pubblici, ovvero di servizi svolti a favore della cittadinanza, mentre l'appalto rispondeva all'esigenza di gestire servizi strumentali all'attività dell'amministrazione,

²⁸⁹ Per un maggiore approfondimento del tema si richiama G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013.

²⁹⁰ Si veda l'intervento di A. Pioggia, *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, in *Dir. amm.*, 2013, fasc. 3, 481, che richiama la dottrina che segue questo approccio.

ed è per questo motivo che l'appaltatore viene retribuito direttamente dall'amministrazione che mette in gara lo svolgimento del servizio.

La dottrina richiamata individua nella perdita delle specifiche caratteristiche del concetto di servizio pubblico la causa dell'incertezza regolamentare che ha caratterizzato l'ultimo decennio della storia delle concessioni²⁹¹, che hanno trovato definizione nel Codice degli appalti pubblici²⁹² in relazione alle procedure con cui attribuirle.

La crescente presenza di amministrazioni pubbliche nelle attività economiche di mercato ha progressivamente allontanato gli enti locali dall'impiego della concessione quale strumento di gestione dei servizi pubblici locali a favore di società di capitali.

Queste ultime, attraverso l'applicazione congiunta del modello *in house providing*, hanno caratterizzato gli ultimi decenni della gestione dei servizi strumentali, e vengono preferite alle concessioni perché appaiono più confacenti ai requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per l'omissione della procedura ad evidenza pubblica nell'attribuzione dei servizi; permettono la semplificazione delle procedure; garantiscono la scelta di un determinato soggetto affidatario, diversamente dalla procedura pubblica cui possono partecipare liberamente tutti coloro che posseggono i requisiti richiesti per l'esecuzione del servizio.

La preferenza delle autonomie locali per il veicolo societario le ha allontanate dal modello di esternalizzazione propriamente detto, avviandole verso un percorso di esternalizzazione 'ibrida', ovvero l'intervento imprenditoriale dell'amministrazione pubblica in cui esso assume la doppia veste di richiedente il servizio e di proprietario del soggetto gestore.

Tale scenario mal si concilia con la continua richiesta di tutela e di promozione della concorrenza dei mercati da parte dell'Unione Europea, che costituisce il motore per il raggiungimento del mercato unico europeo e per lo sviluppo dell'impresa privata.

²⁹¹ Ibidem, dove si riportano esempi di questa "confusione" come il caso della concessione scelta per attribuire la collocazione di distributori automatici di bevande nell'atrio di una scuola. Così TAR Puglia, I, 12 aprile 2012, n. 716 o TAR Umbria, I, 7 febbraio 2013, n. 74.

²⁹² Cfr. D.Lgs n. 163/2006.

Si sono avanzati tentativi di privatizzazione delle società partecipate, in modo da favorire tali processi, ma gli apparati pubblici hanno reagito, anche in momenti differenti della storia, in maniera negativa al cambiamento.

L'operazione di privatizzazione²⁹³ andrebbe a sottrarre il soggetto pubblico dall'attività imprenditoriale, per renderlo, al più, regolatore del mercato, lasciando spazio all'azione privata²⁹⁴ nella gestione di tutti quei servizi che hanno propriamente carattere commerciale.

Tutto ciò comporta un'inversione di cultura difficilmente comprensibile in un momento storico in cui gli enti locali accusando la carenza di risorse economiche favoriscono il mantenimento dello stato di fatto.

3.3 L'esternalizzazione 'ibrida': la società di capitali.

La scelta di adottare la società di capitali quale strumento di gestione dei servizi pubblici locali, e di quelli strumentali, ha condotto ad un tipo di esternalizzazione che può definirsi 'ibrida', poiché l'attività che si intende portare all'esterno della struttura pubblica viene affidata ad un soggetto in parte appartenente all'amministrazione che gliela conferisce in gestione. Per tal motivo, chi affida il servizio, chi lo svolge e chi lo riceve è, sostanzialmente il medesimo soggetto, che impiega strumenti di differenziazione della propria personalità giuridica, pur mantenendo uno scopo unitario e medesime risorse distribuite su più centri di imputazione.

²⁹³ Per un pregevole *excursus* storico sulle privatizzazioni, anche in relazione ai sistemi francese e inglese, si veda lo scritto di S. Cassese, *Le privatizzazioni in Italia*, (Relazione al seminario sul tema: "The politics of privatization in Western Europe", e al seminario sul tema: "Le privatizzazioni in Europa", Roma, 24 novembre 1987), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, fasc. 1, 32. Sul tema, sempre in rapporto ai sistemi francese e inglese, si veda anche G. Ragusa Maggiore, *La "privatizzazione" delle imprese e le resistenze anacronistiche del legislatore*, in *Dir. fall. e soc. comm.*, 1989, fasc. 1, 5.

²⁹⁴ Quando si parla di privatizzazione la dottrina classica fa riferimento ad operazioni "formali" o "sostanziali", intendendo con le prime indicare la trasformazione di enti pubblici in società di capitali il cui capitale sia detenuto in tutto o in maggior parte dal socio pubblico; mentre nel secondo caso si fa riferimento alla vendita delle azioni di tali società a soggetti privati. Per una disamina più ampia del concetto di privatizzazione e delle tipologie configuratesi nell'ordinamento italiano si veda, per tutti, S. Cassese, *Le privatizzazioni arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1996, fasc. 3-4, 579.

Il sistema basato sulla gestione tramite società di capitali partecipate da enti locali ha ridotto l'impiego delle aziende speciali, i cui punti di sfavore furono diversi, tra cui, spiccava l'assenza della personalità giuridica²⁹⁵, con la conseguenza di *ribaltare* i propri costi di gestione direttamente sul bilancio dell'ente locale di costituzione e, quindi, di gravare sul bilancio statale.

L'attività economica delle società di capitali, invece, era totalmente autonoma da quella degli enti locali costituenti, essendo le prime dotate di personalità giuridica, che esonerava gli azionisti dall'obbligo di ripianare i disavanzi di gestione, come accadeva, invece, per le aziende speciali.

Questo elemento veniva considerato un valore aggiunto all'azione amministrativa, che poteva alleggerire i bilanci pubblici e, al tempo stesso, garantire un incremento delle risorse economiche attraverso l'attività finalizzata al lucro, propria di questi soggetti.

Il successivo riconoscimento della personalità giuridica delle aziende speciali ha indubbiamente ridimensionato il problema connesso alla ricaduta diretta della gestione del servizio sui conti dell'ente locale. Questo problema, tra l'altro, è successivamente emerso in relazione alle società di capitali partecipate, poiché la situazione patologica di perdita nella quale si trovano molte di esse²⁹⁶ ha evidenziato come sull'ente locale ricadano indirettamente i costi della struttura societaria e del servizio medesimo.

²⁹⁵ Il riconoscimento della personalità giuridica non è avvenuto in concomitanza con la creazione di questo modello, ma è stato il frutto di studi dottrinali che hanno ritenuto necessario questo riconoscimento ai fini di una maggiore capacità imprenditoriale realmente in grado di mutare in relazione al mutare delle condizioni sociali di riferimento. In tal senso cfr, tra i tanti, G. Rossi, *Le basi giuridiche della municipalizzazione*, in *Impr Pubbl*, 1958, 112; M.S. Giannini, *Profili giuridici*, cit.. In relazione al tema della personalità giuridica nella sua accezione più ampia, si leggano i contributi rilevanti di F. Roversi Monaco, *L'attività economica pubblica*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977; S. Cassese, *Ente pubblico economico (voce)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VI, Torino, 1975, 573.

²⁹⁶ Per una rappresentazione dei risultati di bilancio delle società partecipate dagli enti locali, si vedano gli schemi presenti nel *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, predisposto dal Commissario Straordinario per la revisione della spesa e presentato il 7 agosto 2014, in www.revisionedellaspesa.gov.it.

Il lucro costituiva la stonatura della composizione ideale creata dagli enti locali, poiché esso non rientra tra gli scopi istituzionali attribuiti a tali soggetti²⁹⁷.

Per legittimare l'adozione dello strumento societario, la cui essenza consiste nella causa di lucro, da parte di soggetti che perseguono finalità pubblicistiche, si fece ricorso al principio della neutralità delle forme giuridiche soggettive²⁹⁸.

Si contrapposero due orientamenti, entrambi favorevoli ad un intervento pubblico nell'economia, ma divergenti sulle modalità con cui esso si sarebbe dovuto manifestare.

Un primo orientamento *professava* la neutralità dello strumento societario, superando il problema dello scopo di lucro poiché, in tal caso, esso non costituiva più un elemento determinante del contratto societario, in considerazione della differente natura degli interessi che possono caratterizzarlo²⁹⁹.

La posizione contraria riteneva che il contratto societario non fosse una forma giuridica neutra³⁰⁰, perché la causa lucrativa è ciò che lo differenzia da altre fattispecie di esplicazione dell'autonomia negoziale quali l'associazione

²⁹⁷ Cfr. G.F. Cambobasso, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, fasc. 2-3, 390, in tema di società miste per la gestione di pubblici servizi, era certo che lo scopo di lucro tipico delle società di capitali non fosse limitato né dalla presenza di soci pubblici nella compagine sociale, anche laddove in maggioranza, né dalla gestione di servizio pubblico da essa perseguita. Sosteneva, infatti, che la scelta del modello societario per la gestione di servizi pubblici incidesse “*sul criterio di gestione del pubblico servizio che deve essere svolto secondo le regole di economicità e lucratività*”.

²⁹⁸ Sul tema si legga la riflessione di G.P. Cirillo, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹⁹ La società di capitali diveniva, dunque, un modello organizzativo di diritto privato da utilizzare a seconda delle esigenze dei privati o dei pubblici interessi. Sul tema lo scrisse G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nella società di capitali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, 151. Critico sull'utilizzo di società di capitali M. T. Cirenei, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, Torino, 1992. Al contrario, G. Marasà, *Le << società >> senza scopo di lucro*, Milano 1984, che offre una ricostruzione del problema.

³⁰⁰ Sul tema cfr. G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, 36; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; id. *Il problema della natura e lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Riv. Econ.*, 2013, 53.

o la fondazione: non viene negato il possibile impiego di società di capitali, ma si ritiene che sia l'amministrazione pubblica a doversi adattare alla struttura privata predefinita³⁰¹.

Definitivamente adottato il modello societario, il sistema legislativo si è concentrato essenzialmente su di esso, oltrepassando il dibattito sul suo impiego.

I sostenitori dello scopo di lucro quale causa del contratto societario hanno dato nuova linfa al dibattito sul tema dopo la sentenza della Cassazione civile n. 26283/2013³⁰², che propone un'interpretazione favorevole all'impiego del modello societario laddove esso possa dirsi tale, ovvero quando si configurino tutti gli elementi essenziali di esso, tra cui lo scopo di lucro.

Da tale assunto, si ritiene imprescindibile un adeguamento del soggetto pubblico al modo di essere della società di capitali, che non può essere qualificata tale se non ne sussistano gli elementi qualificanti.

La giurisprudenza richiamata, nel caso di specie ha dichiarato la natura di ente pubblico del soggetto *spogliato* della veste societaria.

L'impostazione dei giudici corrisponde al dettato dell'art. 4, co. 13, d.l n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012 che, in relazione alle società a partecipazione pubblica, sancisce il principio di applicazione della disciplina civilistica in materia di società di capitali, salvo che non sia stabilito diversamente per legge.

La qualificazione giuridica del soggetto partecipato si rende necessaria per il corretto svolgimento della vita di esso, dei rapporti che intrattiene con il proprio ente proprietario e con i terzi ma, soprattutto, ai fini di una corretta imputazione delle responsabilità degli amministratori e dei dipendenti che lavorano all'interno della società.

³⁰¹ Cfr. in tal senso N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2008, dove viene citato uno stralcio della relazione al codice civile del 1942, secondo cui “[...] è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alla società con partecipazione dello Stato e gli enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente [...]”.

³⁰² Cfr. Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, in www.cortedicassazione.it.

La problematica emerge in maniera significativa in relazione alla progressiva assimilazione delle società partecipate da enti locali ai propri soci pubblici, come accade, ad esempio, in relazione alla regolamentazione delle informazioni di trasparenza da rendere ai terzi³⁰³.

Per tali motivi, occorre analizzare gli aspetti di definizione delle società di capitali per osservare il contesto in cui si inseriscono i soci pubblici.

3.3.1 La caratterizzazione del tipo ‘società a responsabilità limitata’.

Per comprendere maggiormente come si pongono le società di capitali all’interno dell’ordinamento italiano, appare necessario un breve *excursus* sul sistema delle società di capitali prima di divenire società a partecipazione pubblica.

Le amministrazioni pubbliche adottano la fattispecie delle società di capitali e non le società di persone, perché le prime sono dotate di personalità giuridica³⁰⁴ e, quindi, garantiscono maggiore tutela al socio pubblico che investe nella società, ma, al tempo stesso, perché vige il divieto per le pubbliche amministrazioni di assumere responsabilità illimitata che possa comportare risvolti economici ulteriori rispetto a quelli considerati nell’ambito del fondo per spese impreviste³⁰⁵.

Entrando nella descrizione delle società di capitali, si osserva che essa è, di regola, un contratto tra due o più persone “*conferiscono beni o servizi per*

³⁰³ Cfr. D.Lgs. n. 33/2013, attuativo della l. n. 190/2012 in materia di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni. L’Autorità di vigilanza in materia di trasparenza e anticorruzione, l’ANAC, ha avviato una consultazione pubblica su una bozza di deliberazione relativa all’applicazione delle disposizioni di trasparenza agli organismi partecipati, allo scopo di sanare alcune antinomie tra la disciplina della trasparenza rivolta all’amministrazione pubblica e la regolazione civilistica delle strutture societarie. Il documento è consultabile sul sito www.anticorruzione.it.

³⁰⁴ In tema di personalità giuridica delle società di capitali si veda G. F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, II, M. Campobasso (a cura di), Milano, 2012.

³⁰⁵ La Corte dei Conti, sezione giurisd. Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015, in www.amcorteconti.it in un caso relativo all’assunzione di partecipazione societaria esclusiva da parte di un ente locale, ha osservato che la responsabilità patrimoniale illimitata si pone in contrasto con l’art. 81 della Costituzione, per l’indeterminatezza dell’incidenza della spesa e della relativa copertura della spesa a carico, in ultima analisi, della collettività. Cfr. anche la l. n. 196/2009.

l'esercizio in comune di un'attività commerciale allo scopo di dividerne gli utili"³⁰⁶.

I soci costituitisi in società, conferiscono in essa beni o servizi, che contribuiscono alla creazione del patrimonio sociale, espresso in un determinato valore nominale, che è patrimonio indisponibile da parte dei soci nel corso della vita della società.

La costituzione di una società, o la partecipazione ad essa, pone l'amministrazione locale nello *status* di socio, e ciò comporta l'acquisizione di diritti amministrativi e di diritti patrimoniali necessari per la partecipazione alla vita sociale e alla divisione degli utili, motore e vero scopo delle società di capitali. In relazione a tali diritti emerge una distinzione con l'azienda speciale, poiché l'ente locale, in relazione a quest'ultima agisce in virtù dei propri poteri pubblici, mentre la partecipazione alla società di capitali comporta anche per il socio pubblico l'assoggettamento agli strumenti stabiliti dal diritto societario³⁰⁷.

Quanto alla struttura interna della società, la stessa viene determinata nell'atto costitutivo, atto pubblico con cui viene sottoscritto il contratto associativo che dà vita all'accordo societario.

Il contenuto dell'atto costitutivo è spesso molto ridotto perché contiene solo gli elementi essenziali dell'accordo, lasciando tutti gli assetti organizzativi al documento che costituisce il punto di riferimento di tutta la struttura societaria: lo statuto.

A seguito della riforma delle società del 2003³⁰⁸, lo statuto ha acquisito un grande rilievo nelle società a responsabilità limitata, dove la struttura flessibile consente ai soci di gestire società di capitali costituite nella forma di srl in maniera equilibrata ai propri interessi e di intervenire anche nella gestione della vita societaria³⁰⁹.

³⁰⁶ Così la definizione dell'art. 2247 del codice civile.

³⁰⁷ In tal senso Cass., S.U., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Foro it.*, 1996, I, 1363, con nota di F. Caringella, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzia*; Cass., S.U., 26 agosto 1998, n. 8454, in *Urb. e App.*, 1999, 262; Cass., S.U., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Riv. Corte conti*, 2005, 5, 167.

³⁰⁸ Si fa riferimento al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, in *GU n.17 del 22-1-2003 - Suppl. Ordinario n. 8*.

³⁰⁹ Per un maggiore approfondimento si faccia riferimento a Buonocore, *La società a responsabilità limitata*, in *La riforma del diritto societario. Commento ai D.Lgs. n. 5-6 del*

Gli elementi fondamentali che devono essere contenuti nello statuto di una srl, a pena di nullità, sono principalmente quelli che individuano i lineamenti della persona giuridica, ovvero la denominazione della società, l'oggetto sociale e l'ammontare del capitale, i conferimenti ed il loro valore, i dati anagrafici dei soci e la relativa quota di partecipazione. Infine, dovranno essere indicate le norme relative al funzionamento della società: amministrazione ed eventuale revisione legale dei conti³¹⁰.

Nello specifico, per quanto attiene alla *governance* della società, il codice civile prevede la nomina di uno o più amministratori, che potranno operare congiuntamente o disgiuntamente, come avviene nelle società di persone. Ad essi sono riservate alcune materie fondamentali alla gestione societaria, mentre per tutte le altre decisioni lo statuto deve individuare i confini delle competenze tra amministratori, assemblea e soci, che in questa forma societaria acquisiscono ampi poteri in ordine alla gestione sociale.

Le decisioni dei soci possono essere assunte attraverso lo strumento assembleare oppure attraverso l'espressione per iscritto del voto. Rispetto a tale previsione, la strada generalmente intrapresa dai soci è quella dell'utilizzo dello strumento assembleare quale momento di confronto tra di essi, anche se la prassi mostra, tuttavia, che l'assunzione delle decisioni tramite consultazioni scritte o tramite consensi scritti favorisce uno snellimento delle operazioni e, di conseguenza, aumenta l'efficacia dell'azione sociale.

Un'ulteriore caratteristica rilevante della struttura di srl è costituita dall'ampio potere di consultazione e di informazione posta in capo ai soci, poiché possono introdursi nel merito delle scelte assunte dagli amministratori, per esempio, attraverso partecipazioni assistite da particolari poteri di gestione, ai sensi dell'art. 2468 c.c., e, per combinato disposto degli articoli 2475 e 2479 c.c. lo statuto può prevedere competenze gestorie in capo all'assemblea o a singoli soci. Rimangono ferme, tuttavia, le competenze in capo agli amministratori per la redazione del progetto di

17 gennaio 2003, Buonocore (a cura di), Torino, 2003, 138; G. Bianchi, *Il controllo dell'amministrazione nella riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2002, 291.

³¹⁰ Così l'art. 2463 del codice civile.

bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale.

La facoltà di rendersi parte della gestione societaria pone diversi problemi al socio pubblico, tra cui la responsabilità illimitata in cui può incorrere se identificato come “amministratore di fatto”; in tal caso, ciò non sarebbe compatibile con i principi della contabilità pubblica, secondo cui l’amministrazione pubblica deve assumere un rischio di impresa quantificabile *a priori*³¹¹.

Si tenga in considerazione anche il fatto che l’ingerenza nell’amministrazione della srl trova un limite nella responsabilità da direzione e coordinamento di cui all’art. 2397 c.c., che tutela le società di capitali da tutti gli enti che agiscono per scopi propri o altrui, diversi da quelli per cui la società è posta in essere: questi saranno, nel caso, direttamente responsabili nei confronti dei soci per il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale³¹².

Il potere di controllo attribuito al singolo socio, poi, sfocia nella possibilità di denunciare eventuali irregolarità riscontrate nella gestione societaria, anche se questo potere non è risultato di grande efficacia poiché si inserisce in un momento successivo al compimento di azioni di *mala gestio* da parte degli amministratori, quando, cioè il danno alla società e ai soci si è già verificato.

³¹¹ Tra le tante pronunce sul tema si veda Corte Conti, sez. contr. Lazio, 7 ottobre 2008, n. 46/PAR.

³¹² Dopo la riforma societaria del 2003 la dottrina fu prevalentemente orientata verso la sottrazione degli enti locali dall’applicazione della norma, si veda, per tutti F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2005. A seguito dell’intervento normativo di interpretazione autentica del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, conv. in l. n. 3 agosto 2009, n. 102, la dottrina ha riconsiderato l’applicazione dell’istituto anche agli enti locali, soprattutto in relazione alle società holding da essi costituite per la gestione di tutte le partecipazioni societarie dell’amministrazione territoriale. Oltre al volume aggiornato di F. Galgano, una ricostruzione del sistema, ancorché poco esplorato nei suoi aspetti, si trova in A. Barbiero, *Note critiche sulle società holding degli enti locali (e sulla possibilità di costituire tali società)*, in www.dirittodeiservizi pubblici.it.

3.3.2 Le criticità del tipo ‘società per azioni’.

Diverso appare lo scenario nelle società per azioni, in cui i soci non hanno poteri così penetranti per intervenire nella gestione societaria, vigendo il fondamentale principio espresso dall’art. 2380bis c.c., che attribuisce in via esclusiva agli amministratori la gestione dell’impresa³¹³, demandando ad essi l’attività amministrativa volta al raggiungimento dell’oggetto sociale. Ai soci è attribuito un potere di controllo nei confronti dell’operato degli amministratori, che si esplica successivamente all’assunzione degli atti gestori, attraverso la denuncia al tribunale qualora vi sia il fondato sospetto che gli amministratori abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione³¹⁴.

Gli elementi essenziali della società per azioni, si possono rinvenire nell’atto costitutivo, che dovrà contenere, a pena di nullità: l’indicazione del numero delle azioni, l’eventuale valore nominale loro attribuito, le caratteristiche e le modalità di emissione e circolazione, il sistema di amministrazione adottato, il numero e i poteri di amministratori e sindaci, nonché la nomina dei primi amministratori, che può tuttavia essere effettuata anche in sede di prima assemblea dei soci³¹⁵.

L’atto costitutivo e lo statuto devono indicare anche la struttura della società per azioni che, diversamente da quanto indicato per le srl, è già stabilita dal diritto comune in tre forme: sistema tradizionale, sistema dualistico e sistema monistico.

Nell’ordinamento italiano, il sistema tradizionale (composto da un organo amministrativo, uno di controllo ed uno assembleare) costituisce un sistema talmente radicato e consolidato nella prassi delle società partecipate da Pubbliche Amministrazioni che, di fatto, è l’unico sistema utilizzato sul territorio, nella convinzione che ciò garantisca una struttura autosufficiente.

Non si può tacere il fatto che le società per azioni partecipate da soggetti pubblici presentano diverse criticità in fase operativa, tra le quali, quella di non poter indirizzare l’operato degli amministratori di propria nomina o designazione, a fronte dello schermo alzato dall’art. 2380 bis c.c., che devolve interamente l’attività gestoria all’organo amministrativo.

³¹³ Così l’art. 2380bis cc.

³¹⁴ Si veda l’art. 2409 cc.

³¹⁵ Cfr. art. 2328 c.c. per l’elenco esaustivo del contenuto dell’atto costitutivo.

Per le società che gestiscono servizi pubblici locali il problema può, in parte, essere ovviato dalla presenza del contratto di servizio, all'interno del quale vengono indicati tutti gli elementi fondamentali che devono caratterizzare la gestione del servizio, e ad essi gli amministratori devono attenersi nell'orientare il proprio operato, ma esclusivamente in ragione del raggiungimento della qualità stabilita dall'amministrazione aggiudicatrice, non potendo costituire il programma dell'azione amministrativa ogniqualvolta essa si ponga in contrasto con l'interesse della società, che spesso non coincide con quello del socio pubblico.

A tale problema, si affianca la diafrasi tra i sostenitori della causa di lucro quale elemento essenziale del contratto societario e coloro che negano l'essenzialità della lucratività per la configurazione della fattispecie.

La ricordata pronuncia della Cassazione n. 26283/2013³¹⁶ ha affermato che la causa del contratto societario è incompatibile con la presenza di soci pubblici, che perseguono ontologicamente scopi pubblici differenti da quelli di lucro, caratteristici delle società.

Questa interpretazione è riferita, innanzitutto, alle società per azioni che adottano il modello dell'*in house providing*, in linea con l'orientamento della giurisprudenza comunitaria³¹⁷ che ne esclude la compatibilità con le società per azioni, dove il *depotenziamento* delle competenze gestorie dell'organo amministrativo contrasta con l'impianto strutturale predefinito per esse.

Volendo scegliere la gestione *in house*, appare più appropriato propendere per una società a responsabilità limitata, dove, come detto, l'organo amministrativo è retto da disposizioni codicistiche più malleabili. Tuttavia, anche una struttura meno rigida non elide i problemi di compatibilità esistenti, tra cui la lucratività della natura societaria.

La maggior parte delle considerazioni espresse non trovano coinvolte le società per azioni che operano in mercati finanziari, perché le società quotate sono sottratte, per loro natura, alla maggior parte della normativa speciale in

³¹⁶ Si veda Cass. S.U. 25 novembre 2013, n. 26283, Cass. SS.UU. 13 maggio 2013, n. 13417 secondo cui l'art. 4, comma 13, D.L. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012 conferma l'orientamento giurisprudenziale della cassazione in tema di società partecipate da amministrazioni pubbliche. In dottrina il maggiore sostenitore della tesi F. Goisis, *La lucratività*, cit.

³¹⁷ Cfr. *Parking Brixen*, cit.

tema di società partecipate da pubbliche amministrazioni³¹⁸, in considerazione del regime di trasparenza cui li sottopone l'autorità di settore, per la tutela dei mercati finanziari³¹⁹.

Le tipologie societarie brevemente richiamate vengono declinate a seconda della natura del servizio da svolgere, si tratti di servizi pubblici locali o di servizi strumentali, e da ciò sorgono problemi interpretativi, tra cui si ricordano, la natura delle società partecipate da pubbliche amministrazioni o l'ingerenza del soggetto pubblico nell'autonomia organizzativa e gestionale della società.

3.3.3 Quando il socio diventa pubblico

L'ingresso delle Pubbliche amministrazioni nelle società di capitali ha avvicinato realtà portatrici di differenti interessi: da una parte il modello societario, con un complesso di regole dettate dalla disciplina comune del codice civile volte a favorire il perseguimento del lucro, dall'altra il soggetto pubblico, che veicola interessi appartenenti alla comunità di riferimento.

Questo *incontro* ha generato diversi problemi applicativi³²⁰, tra i quali si richiama quello relativo alla natura delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni³²¹, che fanno dubitare della persistenza degli elementi di

³¹⁸ Il Comma 38, art. 34, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con modificazioni in l. n. 17 dicembre 2012, n. 221, in *G. U.*, 19 ottobre 2012, n. 245, *S.O.* 194, ha precisato che sono queste le società quotate a cui fanno riferimento le disposizioni in materia di contenimento della spesa pubblica relative alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

³¹⁹ Sul tema cfr. le osservazioni di D. Murgia, *Le società quotate nei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass. leg. dottr. giur.*, 2010, fasc. 2, 191.

³²⁰ Si pensi, ad esempio, alle *golden share*, ai rapporti dell'ente con gli amministratori della società o alla responsabilità dell'uno e degli altri.

³²¹ Per un *excursus* storico si veda P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007. Sulla natura delle società partecipate da soggetti pubblici si vedano, in generale, M. Chiti, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2009, 1115; 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 *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; F. Goisis, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte Europea di Giustizia e del legislatore nazionale* (Nota a CGCE sez. I 23 ottobre 2007 (causa C-112/05); CGCE sez. I 6 dicembre 2007 (cause riunite C-463/04 e C-464/04)), in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008, fasc. 1, 396; mantengono attualità i

diritto privato, riconducibili alla definizione di società di cui all'art. 2247 del codice civile, stante la presenza di un socio di natura pubblica, dotato di esigenze peculiari.

Gli orientamenti che si sono susseguiti hanno sostenuto, in un primo momento, che le società di capitali dovessero essere assoggettate alla normativa pubblicistica, sulla base di una definizione di esse quali organismi di diritto pubblico³²², mentre la dottrina civilistica ha sostenuto che la società rimane sempre un soggetto di natura privata, anche laddove siano presenti soci pubblici. Tale orientamento è stato seguito dalla giurisprudenza maggioritaria, che ha riconosciuto il mantenimento, in capo alle società partecipate da enti pubblici, del carattere privatistico proprio dello strumento societario.

Se la presenza del socio pubblico non muta la natura della società cui partecipa, incide quantomeno sull'assetto organizzativo e sull'azione di essa³²³.

Sin dall'emanazione del codice civile, l'atteggiamento di favore nei confronti dei soci pubblici si esplicava attraverso la previsione di *golden shares*³²⁴ a

contributi di F. Roversi Monaco, *Gli enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*. Milano, 1967; A. Arena, *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, Milano, 1942; R. Franceschelli, *Diritto pubblico e diritto commerciale*, in *Stato e diritto*, 1940. Si legga anche il pregevole contributo di A. Niuitta – A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 472.

³²² Così CdS, sez. VI, 20 dicembre 1996, n. 1577, in *Giur. It.*, 1997, III, 1, 261. Si vedano anche le considerazioni svolte da Cass., S.U., 6 maggio 1995 n. 4991, in *Rass. Giur. en. eletr.*, 1995, 815, con nota P. Crea, *Ancora una sentenza sulla natura giuridica delle società a partecipazione degli enti locali*, in *Riv. amm.*, 1995, 1052. In dottrina risultano rilevanti i contributi di G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, fasc. 5-6, 2006, 999; M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253; C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in C. Ibba - M.C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le « società pubbliche »*, Torino, 2011; F. G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche, (Relazione al Convegno "Le società pubbliche", Venezia 25 novembre 2004)*, in *Il diritto dell'economia*, 2005, 2, 239. Quest'ultimo analizza le diverse tipologie di società pubbliche con un affondo sulla natura giuridica di esse. Ma ancora P. Virga, *Diritto amministrativo*, Vol. I, 1999.

³²³ Di tal avviso C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica, oggi* (Intervento alla Tavola rotonda "Le società a partecipazione pubblica: novità e prospettive", Torino, 23 settembre 2009), in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2010, fasc. 2, 213, che aggiunge la considerazione secondo cui l'adozione dello strumento societario per lo svolgimento di un'iniziativa economica da parte di soggetti pubblici comporta l'assoggettamento *in toto* al diritto societario comune.

favore dello Stato e degli enti locali soci, che prevedeva la facoltà di nominare e revocare membri degli organi societari mediante decisioni *extra* assembleari di cui l'assemblea poteva solo prendere atto, nonché di nominare membri degli organi societari senza detenere partecipazioni³²⁵.

Tali diritti sono stati successivamente *ridimensionati* dall'intervento della dell'Unione europea, che ha ritenuto gli artt. 2450 e 2449 c.c. in contrasto con il principio di libera circolazione dei capitali, di cui all'art. 56 del Trattato CE, e con il diritto di stabilimento, di cui all'art. 43 Trattato CE. Mentre l'art. 2450 c.c. ha trovato abrogazione, nell'art. 2449 c.c. è stato introdotto il meccanismo di proporzionalità all'ammontare delle azioni detenute per la nomina di membri da parte di soci pubblici.

La previsione dei diritti di nomina e di revoca a favore del socio pubblico testimoniano la necessità (finanche la volontà) di modellare l'istituto

³²⁴ Si fa riferimento agli articoli 2458 e 2459 del codice civile, divenuti articoli 2449 e 2450 a seguito della riforma societaria di cui al D.Lgs 17 gennaio 2003, n. 6. Allo Stato e agli enti locali erano attribuiti poteri speciali in relazione alla nomina e alla revoca di membri degli organi societari delle società per azioni (esteso, per analogia, alle società a responsabilità limitata) da essi partecipate o, addirittura, anche nelle società non partecipate, ma in cui lo statuto conteneva questo diritto, ai sensi degli artt. 2458 e 2459 del codice civile. A seguito della riforma del diritto societario, tali poteri sono stati trasfusi negli artt. 2449 e 2450 cc. e ridimensionati prevedendo la presenza di una partecipazione al capitale sociale delle società interessate. A livello statale, è stato emanato un ulteriore provvedimento, il D.L. N. 21/2012, conv. con modifiche in L. N. 11 maggio 2012, n. 56. Sul tema della *golden share* si vedano, in particolare, A. Maltoni - M. Palmieri, *I poteri di nomina e revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 267; F. Fracchia - M. Occhiena, *Società pubbliche fra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica* (Nota a CGCE sez. I 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04) in *Giustizia amministrativa*, 2007, fasc. 6, 1225.

³²⁵ L'intento perseguito dal legislatore del codice civile, attraverso la possibilità per lo Stato e per gli enti locali di inserirsi nella compagine di società che gestiscono servizi di interesse generale, sarebbe dovuto essere quello di slegare le pubbliche amministrazioni dai vincoli statici e macchinosi che ne caratterizzavano l'attività, per permettere l'utilizzo di forme più duttili presenti nell'ordinamento. Nella Relazione al codice civile, n. 998, si legge che l'azione sul mercato dello Stato implica l'assoggettamento di esso "*alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune delle società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato e/o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente*", in L. Cimellaro, *Alcune note in tema di libertà contrattuale delle società pubbliche*, in *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Cedam, 2008, p. 116.

societario alle esigenze del medesimo, operando un progressivo mutamento dei connotati essenziali che lo definiscono³²⁶.

3.3.4 (segue) L'organizzazione societaria si adatta alla presenza del socio pubblico

Alle disposizioni derogatorie del codice civile, è seguita una lunga catena di interventi normativi diretti ad assoggettare progressivamente le società alle regole pubblicistiche delle procedure concorsuali e della L. N. 241/1990³²⁷.

Si è cercato di sottoporre le società *in house providing* al patto di stabilità interno³²⁸, senza giungere ad una concreta applicazione, mentre si è protratta a lungo la fase di sperimentazione per la redazione di un bilancio consolidato tra gli enti locali e le proprie partecipate (le stesse rientrano nel progetto di consolidamento con l'ente locale socio solo se posseggono i requisiti richiesti dalla norma³²⁹).

³²⁶ La Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, con note del 4 aprile e 12 dicembre 2006. Da ciò ne è conseguita l'abrogazione dell'art. 2450 c.c., con D.L. 15 febbraio 2007, n. 10, conv. in L. N. 6 aprile 2007, n. 46, mentre con l. 25 febbraio 2008, n. 34, è stato ulteriormente modificato l'art. 2449 c.c.. In relazione alle partecipazioni dello Stato è stato emanato il D.L. N. 21/2012, conv. con modifiche in L. N. 11 maggio 2012, n. 56. Sul tema della *golden share* si vedano, in particolare, A. Maltoni - M. Palmieri, *I poteri di nomina e revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 267; F. Fracchia – M. Occhiena, *Società pubbliche fra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica* (Nota a CGCE sez. I 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04) in *Giustizia amministrativa*, 2007, fasc. 6, 1225.

CGCE, sentenza 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, in *Società*, 2008, 247, che ha trovato attuazione nell'art. 13, legge n. 25 febbraio 2008, n. 34, 'Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee' (Legge comunitaria 2007).

³²⁷ Quest'ultima limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Si vedano anche: art. 3, comma 26 e 28, D.Lgs. n. 163/2006; art. 3, comma 6, D.L. n. 138/2011, conv. in L. N. 148/2011; art. 29, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241.

³²⁸ Dapprima art. 18, comma 2-bis, D.L. n. 112/2008, poi art. 3-bis, D.L. n. 138/2011 hanno previsto la sottoposizione delle società *in house* al patto di stabilità interno. La previsione era condizionata all'adozione di un decreto ministeriale già previsto dall'art. 18, comma 2bis, D.L. n. 112/2008, che non ha mai visto la luce. L'art. 1, comma 559, l. n. 147/2013 ha definitivamente eliminato questo vincolo che aleggiava come uno spauracchio sull'azione degli enti locali, ricattati da questa previsione. In giurisprudenza si veda anche Corte conti, sez. contr. Lombardia, delib. 19 gennaio 2012, n. 7, in *www.corteconti.it*.

³²⁹ In tal senso, si veda dapprima il D.Lgs. n. 118/2011 "Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti

Con l'intento di conseguire un risparmio di spesa pubblica, sono state introdotte anche diverse limitazioni all'azione delle società partecipate, come la definizione della composizione numerica degli organi di amministrazione e di controllo in base alla compagine sociale³³⁰. In considerazione al periodo di crisi economica e di conseguente necessità di operare risparmi di spesa, è stata temporaneamente legittimata la giusta causa *ex lege* per la revoca dei soggetti nominati o designati dagli enti locali³³¹.

La presenza del socio pubblico non incide solo sulla capacità organizzativa della società ma comporta anche ulteriori limitazioni di carattere economico, sul presupposto che quanto speso dalla società partecipata da un ente locale incida indirettamente sul bilancio di quest'ultimo attraverso versamenti o contributi.

Per questo motivo si è *messa mano* alla struttura organizzativa delle società partecipate, partendo dall'organo amministrativo, individuato quale fonte primaria di possibili sprechi.

Per i membri che ne fanno parte sono state stabilite regole in relazione all'ammontare degli emolumenti a ciascuno di essi spettanti, laddove nominati dagli enti locali proprietari³³², in relazione ai *benefit* ricevuti e ai compensi derivanti da ulteriori cariche *ex art.* 2389 c.c.³³³.

locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42", in *G.U. n. 172 del 26.07.2011*, a cui sono seguiti diversi Decreti della presidenza del consiglio, tra cui il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 maggio 2012 che ha individuato gli enti che partecipano alla sperimentazione della norma. Anche gli allegati contenenti i principi contabili applicabili sono mutati nel tempo, determinando differenti ambiti di applicazione soggettiva anche in relazione alla partecipazione o meno ad una prima fase di sperimentazione del progetto.

³³⁰ Artt. 1, commi 725 ss., L. N. 296/2006, come modificati dai commi 12 e 13 dell'art. 61 della l. n. 133/08; art. 6, comma 5, D.L. n. 78/2010, conv. in L. N. 122/2010. Su di esso, si è pronunciata la Cassazione, tra cui si veda la sentenza 7 aprile 2010, n. 8225, che detta i requisiti per la definizione di organismo di diritto pubblico: l'ente deve essere istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, deve avere personalità giuridica e la sua attività deve essere finanziata in modo maggioritario da Stato, enti locali o organismi di diritto pubblico, ovvero soggetto al controllo di questi, ovvero, ancora nel caso in cui i membri degli organi direttivi siano nominati per la maggioranza dai soci pubblici; art. 4, commi 4 e 5, D.L. n. 95/2012, conv. in L. N. 135/2012.

³³¹ Art. 17, commi 22bis e 22ter, D.L. n. 78/2009, conv. in L. N. 102/2009.

³³² Si veda in primis l'art. 1, comma 729, L. N. 296/2006, come modificati dai commi 12 e 13 dell'art. 61 della l. n. 133/08, poi l'art. 3, comma 44, L. N. 244/2007 ed infine l'art. 6,

L'attività deve essere svolta in maniera gratuita e sono limitati i rimborsi spese e le indennità di missione nel caso in cui un amministratore dell'ente locale sieda nel consiglio di amministrazione di una società partecipata dalla medesima amministrazione pubblica³³⁴, viene riversato a favore dell'ente locale il compenso attribuito al dipendente pubblico che assuma la carica in una società partecipata dal proprio ente locale di appartenenza³³⁵, mentre sono imposte riduzioni percentuali in relazione al costo complessivo dell'organo amministrativo³³⁶.

Quanto alla professionalità dei soggetti chiamati a ricoprire l'incarico di amministrazione in una società partecipata, la legge n. 296/2006 fornisce una

comma 6, D.L. n. 78/2010, conv. in L. N. 122/2010 e, indirettamente comma 7 di quest'ultima norma.

³³³ Art. 6, comma 4, D.L. n. 78/2010, conv. in L. N. 122/2010

³³⁴ Art. 1, comma 718, L. N. 296/2006, art. 5, comma 5, D.L. n. 78/2010, conv. in L. N. 122/2010 e art. 84 TUEL così come modificato dal comma 727, art. 1, L. N. 296/2006. Sul tema è intervenuta la Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per la Lombardia con deliberazione 144/2011 del 15/03/2011 secondo cui la norma trova applicazione al titolare di cariche elettive che svolga *“qualsiasi incarico conferito dalle pubbliche amministrazioni”* di cui al comma 3 dell'art. 1 della legge n. 196/2009, inclusa la partecipazione ad organi collegiali *“di qualsiasi tipo”*, estendendone la disciplina a qualsiasi soggetto titolare di altra carica anche in enti diversi da quello partecipante. Si veda anche l'art. 84 TUEL così come modificato dal comma 727, art. 1, L. N. 296/2006. In merito all'art. 5, co. 5, D.L. n. 78/2010, La Corte costituzionale, con sentenza 14 giugno 2012, n. 151, in Gazz. Uff. 20 giugno 2012, n. 25, 1ª Serie speciale, ha dichiarato l'inammissibilità e l'infondatezza delle questioni di illegittimità proposte da alcune Regioni.

³³⁵ Cfr. l'art. 4, comma 4 D.L. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con modif. dalla L. 7 agosto 2012, n. 135, in *SO* n. 173, relativo alla *G.U.* 14/8/2012, n. 189.

Il testo dell'art. 16, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, conv. con modif. dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, in *S.O.* n. 70, relativo alla *G.U.* 18/8/2014, n. 190 ha modificato i commi 4 e 5, art. 4, D.L. n. 95/2012, che nella versione precedente stabiliva l'obbligo di nominare dipendenti pubblici (nella misura di due su tre o di tre su cinque) scelti d'intesa tra le amministrazioni titolari della partecipazione o dei poteri di indirizzo e vigilanza e, ugualmente, per le altre società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, con l'indicazione che i relativi compensi fossero riversati all'amministrazione di appartenenza. Nell'attuale versione, nelle società che abbiano conseguito, nell'anno 2011, un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90% dell'intero fatturato, l'organo di amministrazione non può essere composto da più di tre membri, salva la possibilità di nominare un amministratore unico. Il limite sul numero dei componenti si sposta da tre a cinque per tutte le altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta.

³³⁶ Cfr. art. 4, co. 4, d. l. n. 95/2012 come modificato dall'art. 16, D.L. n. 90/2014, che ha trovato applicazione dall'1 gennaio 2015.

chiara indicazione in merito alle pregresse esperienze richieste³³⁷; il D.Lgs n. 39/2013 richiede ai nominati il rilascio di una dichiarazione che attesti l'assenza di incompatibilità e di inconfiribilità alla carica, restando comunque fermi i requisiti stabiliti dagli statuti degli enti locali, mentre è vietato il conferimento di incarichi di amministrazione a soggetti collocati in quiescenza o, precisa una circolare della Funzione Pubblica, che siano in procinto di divenire tali³³⁸.

Ulteriori limitazioni all'attività delle società partecipate investono gli aspetti organizzativi relativi al personale da assumere e alla sottoposizione di esso alle disposizioni stabilite dal D.Lgs. n. 165/2001 per i dipendenti pubblici³³⁹ e, in particolare, l'applicazione dei limiti imposti agli enti locali sul proprio personale, quale misura di razionalizzazione della spesa pubblica³⁴⁰.

³³⁷ Così l'rt. 1, comma 734, L. N. 296/2006, con interpretazione autentica in art. 71, comma 1, lett. F), legge 18 giugno 2009, n. 69

³³⁸ Si fa riferimento all'art. 5, co. 9, d. l. n. 95/2012 e alla relativa Circolare del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 6/2014, in www.funzionepubblica.gov.it.

³³⁹ Si veda l'art. 18, D.L. n. 112/2008, conv. in L. N. 133/2008, così come modificato dall'art. 19, comma 1, D.L. n. 78/2009, conv. in L. N. 102/2009 e dall'art. 1, comma 557, L. N. 147/2013. L'ambito di applicazione della norma investe le società le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica e le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo e prevede l'adozione di provvedimenti volti a garantire i principi di assunzione stabiliti dall'art. 35, comma 3, D.Lgs. n. 165/2001 e, in generale, i principi europei di trasparenza, pubblicità ed imparzialità. Il D.L. n. 95/2012 ha previsto che fino al 31 dicembre 2015 determinate società partecipate siano sottoposte ai medesimi limiti di assunzione stabiliti per l'amministrazione pubblica socia.

³⁴⁰ I D.L. n. 66/2014 e 90/2014 hanno abrogato una serie di norme che imponevano determinati limiti alle società partecipate in tema di personale, ed hanno stabilito una più lieve sottoposizione ad indirizzi individuati dagli enti locali medesimi tramite atti di indirizzo emanati dai rispettivi consigli comunali.

Il precedente art. 76, co. 7, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, come sostituito dall'art. 14, co. 9, primo periodo, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122; successivamente modificato dall'art. 1, co. 118, legge 13 dicembre 2010, n. 220; dall'art. 20, co. 9, D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, e dall'art. 4, co. 103, lett. a), legge 12 novembre 2011, n. 183; modificato ulteriormente dall'art. 1, comma 558, l. 27 dicembre 2013, n. 147 (poi abrogato) poneva il divieto "*agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o superiore al 50 per cento delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale*". Veniva lasciata una finestra ai restanti enti, che potevano assumere personale a tempo indeterminato nel limite del 40 per cento. Per maggior completezza del sistema si veda anche la deliberazione della Corte dei Conti, sez. aut., 14/AUT/2011/QMIG; ma anche la delibera della Corte dei conti, sez. aut., 6 giugno 2014, n.15/2014/SEZAUT/FRG, Relazione sugli Organismi partecipati dagli Enti Territoriali -

Vengono stabiliti limiti alle operazioni di un certo rilievo per la società, come il divieto di effettuare aumenti di capitale in caso di bilanci in perdita negli ultimi tre esercizi³⁴¹, e in relazione a spese di consulenze e per incarichi a soggetti esterni³⁴².

Dinnanzi a questo sistema derogatorio brevemente delineato, si è posta la necessità di favorire la trasparenza delle informazioni relative all'organizzazione e all'attività di tali società, con la finalità di mettere in evidenza i rapporti intercorrenti con l'ente proprietario. Ne è derivato che, agli obblighi di pubblicazione dei compensi³⁴³, si è affiancato, in capo alle pubbliche amministrazioni, l'obbligo di pubblicare sul proprio sito internet alcuni dati relativi alle società e ai diversi enti di cui detengono direttamente quote di partecipazione, anche di minoranza³⁴⁴.

Specularmente, alle società partecipate dalla pubblica amministrazione, è stato richiesto di adottare il sistema di anticorruzione e di trasparenza cui sono soggette le amministrazioni socie, provocando non poche reazioni di

Osservatorio sugli Organismi partecipati/controllati da Comuni, Province e Regioni e relative analisi, pag. 46 ss, in www.corteconti.it.

³⁴¹ Si veda l'art. 6, comma 19, D.L. n. 78/2010, che fa salve le ipotesi di cui all'art. 2447 del codice civile.

³⁴² Art. 61, comma 7, D.L. n. 112/2008, conv. In L. N. 122/2008; art. 6, comma 11, D.L. n. 78/2010, conv. In L. N. 122/2010; art. 5, comma 2, D.L. n. 95/2012, conv. In L. N. 135/2012 e art. 18, comma 2bis, come sostituito dall'art. 1, comma 557, L. N. 147/2013.

³⁴³ Di cui al comma 735, art. 1, L. N. 296/2006. Fino al giugno 2014 le amministrazioni locali erano investite dell'obbligo di inviare i dati raccolti al Dipartimento della Funzione Pubblica, ai sensi del comma 587, art. 1, L. N. 296/2006, abrogato dal D.L. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014.

³⁴⁴ D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33; si veda anche la Circolare Dipartimento Funzione Pubblica, 19 luglio 2013, n. 2, che ha tracciato i primi indirizzi operativi in attuazione degli obblighi di cui alla legge n. 33/2013. La norma richiede la pubblicazione dell'entità della partecipazione, con l'indicazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate, una o più rappresentazioni grafiche che evidenzino i rapporti tra l'amministrazione e le società partecipate, i dati relativi alla ragione sociale, alla misura della eventuale partecipazione dell'amministrazione, alla durata dell'impegno, all'onere complessivo a qualsiasi titolo gravante per l'anno sul bilancio dell'amministrazione, al numero dei rappresentanti dell'amministrazione negli organi di governo, al trattamento economico complessivo a ciascuno di essi spettante, ai risultati di bilancio degli ultimi tre esercizi finanziari, oltre ai dati relativi agli incarichi di amministrazione e il relativo trattamento economico complessivo.

protesta da parte degli interessati, che rivendicano la propria autonomia organizzativa e gestionale³⁴⁵.

3.4 Il partenariato pubblico-privato: le società miste

Gli enti locali sono liberi di costituire società miste secondo i parametri che si rinvencono nella legislazione europea, dove si parla di partenariato pubblico privato (PPP), che deve essere distinto in PPP contrattuale e PPP istituzionalizzato³⁴⁶. Il primo fa riferimento ai rapporti contrattuali che la PA intrattiene, come per esempio le concessioni, mentre il PPP istituzionalizzato si esplica nella creazione di un soggetto terzo rispetto ai protagonisti dell'operazione. In tale ambito si collocano le società miste, che nel nostro ordinamento sono state variamente disciplinate. Su di esse si è espresso ripetutamente il Consiglio di Stato³⁴⁷, che, poggiando sulla logica della Commissione europea, ha sottolineato come la presenza di un socio privato non debba limitarsi all'apporto di capitale, ma abbia lo scopo di eseguire specifici compiti stabiliti dal socio pubblico. In tal modo, non veniva meno la necessità di effettuare una doppia gara, una per la selezione del socio pubblico ed una per la scelta del gestore del servizio, ma entrambe sarebbero avvenute contestualmente, in quanto il socio privato avrebbe assunto il

³⁴⁵ L'art. 11, D.Lgs. n. 33/2013 suddivide le società in "controllate" e "partecipate", stabilendo per le prime l'assimilazione totale alla propria amministrazione in merito alle informazioni da fornire ai cittadini. In tal senso si veda anche la bozza di deliberazione ANAC, "«Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici», in www.anticorruzione.it, che conferma questa impostazione indicando specifici adattamenti delle informazioni in relazione alla natura dei soggetti coinvolti.

³⁴⁶ Sul partenariato pubblico-privato istituzionalizzato si veda l'intervento di M. A. Sandulli, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in www.federalismi.it, 3, 2012. Per un approfondimento sul tema si veda per tutti R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008.

³⁴⁷ Si veda in particolare CdS, Ad. Pl., decisione 3 marzo 2008, n. 1, in *Il Corriere del Merito*, 2008, 5, 636; CdS, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in CdS, sez. V, 15 febbraio 2002, n. 917, in www.giustizia-amministrativa.it, 2002, 417; CdS, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1949; CdS, sez. V, 6 aprile 1998, n. 435, in *Giur. it.*, 1998, 1945; CdS, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giur. it.*, 1999, 1267; tra le pronunce della Corte di Giustizia si veda CGCE, 15 ottobre 2009, procedimento C-196/08, Acoset spa, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

compito di gestire il servizio che era stato attribuito direttamente alla società mista³⁴⁸.

Questo approdo è il frutto di un dibattito annoso sulle modalità di scelta del socio nel caso di costituzione di società di capitali con partecipazione di soggetto privato e sul successivo affidamento in via diretta del servizio alla società costituita dall'ente locale e dal socio privato precedentemente individuato³⁴⁹. Già l'art. 22 della L. N. 142/1990 e, successivamente, l'art. 113, D.Lgs. 267/2000, nell'ammettere la possibilità di costituire società a partecipazione mista, non indicavano, le modalità di selezione del socio di minoranza, né quelle per l'affidamento del servizio alla società mista e, di conseguenza, si faceva riferimento alla materia delle concessioni nelle opere pubbliche³⁵⁰. Il prevalente orientamento della dottrina riteneva che, una volta costituita la società tra l'ente locale e il socio privato, non fosse necessario il rilascio di una concessione alla società mista, sulla base del fatto che risultava contraria ai principi di ragionevolezza e di economicità la costituzione di una società finalizzata alla gestione di un servizio che l'ente locale non era certo di poter svolgere³⁵¹. Pertanto, in primo luogo, si rendeva

³⁴⁸ Per una ricostruzione del tema si veda M. Clarich, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corriere Giur.*, 2007, 7, 893

³⁴⁹ Tra i tanti sul tema si vedano, R. Giovagnoli, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2007; A. Graziano, *Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla legge 24.11.2003 n. 326 e alla legge 24.12.2003 n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di giustizia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005; C. Volpe, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. app.*, 2008, 12, 1401; A. Vigneri, *Servizi e interventi pubblici locali*, Rimini, 2004.

³⁵⁰ Per una approfondita analisi sull'evoluzione della problematica si veda S. Valaguzza, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, R. Villata (a cura di), Torino, 2011. Si veda anche F. Luciani, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 275.

³⁵¹ Questo orientamento è stato seguito da E. Scotti, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2002, I, 554, nota alla sentenza CdS. Sez. V, 15 febbraio 2002, n. 917, *id*; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; L. Giampaolino, *Le società miste nell'evoluzione della legislazione sui lavori pubblici*, in *Contr. Stato enti pubbl.*, 1998, 359; R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia: profili giuridici*, Milano, 1998; V. Martelli, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997; F. Luciani, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Diritto amm.*, 1995, 275; G. Caia, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale*, in *Studi Ottaviano*,

necessario l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica per la ricerca di un socio privato che fosse professionalmente qualificato e in grado di apportare un contributo materialmente quantificabile alla gestione della società, in secondo luogo, appariva consequenziale l'affidamento diretto alla società così costituita. Questo orientamento ha prevalso nell'ordinamento europeo e risulta applicabile anche all'ordinamento italiano, che non sottostà più a limitazioni dettate da norme nazionali³⁵².

Milano, 1993, vol. II, 805; Id., *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure soggettive e caratteristiche*, in *Foro Amm.*, 1991, 3178; F. Roversi, *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e servizi pubblici*, in *Studi Ottaviano*, Milano, 1993, Vol II; A. Massera, *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi Ottaviano*, cit., 551. In giurisprudenza si vedano, tra le tante sentenze, CdS, sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5392, in www.giustizia-amministrativa.it; CdS 917/2002 cit.; TAR Lombardia, sez. I, 4 dicembre 2001, n. 1220, in *Trib. Amm. Reg.*, 2002, I, 5699; TAR Calabria, sez. I, 25 ottobre 2001, n. 516, *id.*, I, 4232; CdS, sez. VI, 6 settembre 2000, n. 4688, in *Urb. e app.*, 2001, 1016; TAR Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 4 agosto 2000, n. 745; TAR Toscana, sez. II, 3 febbraio 1999, n. 188, in *Trib. Amm. Reg.*, 1999, I, 1421; TAR Toscana, sez. II, 19 febbraio 1999, n. 208, in *Trib. Amm. Reg.*, 1999, I, 1425.

L'orientamento contrario, secondo cui si rendeva necessaria un'ulteriore gara per l'affidamento del servizio alla società mista, era sostenuto, per esempio, da CdS, sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 7113, in *Urb. e app.*, 2007, 439, con nota R. Caranta, *Illegittimo l'affidamento diretto della gestione del concorso Enalotto*, in *Urb. App.*, 2007, 439; TAR Lombardia, sez. III, 13 aprile 2004, n. 1451, in *Trib. Amm. reg.*, 2004, I, 1880; TAR Lombardia, sez. III, 11 giugno 2003, n. 3077, in *Trib. Amm. reg.*, 2003, I, 3226; CdS, sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253, in *Foro amm.- CDS*, 2002, 66; CdS, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294, entrambe in *Urb. e app.*, 2002, 671 ss; CdS, sez. V, 28 aprile 1999, n. 500, in *Giur. it.*, 2000, 835 che si esprime sulle concessioni di servizio di acquedotto; CdS, sez. V, 10 maggio 1999, n. 546, *Giur. it.*, 2000, 854. Indubbiamente da sottoporre nuova gara la proroga di servizio pubblico, essendo un nuovo affidamento. CdS, sez. V, 13 dicembre 2005, n. 7058, in *Urb. e app.*, 2006, 586, con nota R. Goso, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e in house providing*.

³⁵² Cfr. Sentenza CGE in causa C – 196/08, che ha chiarito che gli artt. 43, 49 e 86 TCE (a seguito della sottoscrizione del Trattato di Lisbona deve farsi riferimento al testo consolidato dell'anno 2012 e, in particolare, agli artt. 49, 56 e 106 TFUE) non precludevano l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società a capitale misto, costituita specificamente per l'erogazione di tale servizio e con oggetto sociale esclusivo, in cui il socio privato fosse scelto con procedura ad evidenza pubblica. In giurisprudenza nazionale si osservino CdS, sez. VI, 6 settembre 2000, n. 4688, in *Urb. e app.*, 2001, 1016; TAR Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 4 agosto 2000, n. 745.

3.4.1 La convivenza di interessi divergenti nelle società miste.

La scelta di accedere a forme collaborative con i privati può condurre a schemi di partenariato che permettono lo svolgimento di servizi secondo modelli variabili, a seconda del grado di legame che l'amministrazione pubblica intenda assumere con il privato.

La formula di partenariato pubblico-privato quale figura di organizzazione dell'attività amministrativa nel tempo ha assunto differenti modalità esplicative, poiché la realizzazione della maggior parte delle opere strutturali indispensabili all'erogazione dei servizi³⁵³ ha lasciato il posto alla necessità di gestione di essi.

Lo svolgimento di servizi con metodologie in grado di garantire una sempre maggiore qualità e sviluppo delle tecniche ha favorito la ricerca di soggetti privati in grado di apportare competenze, tecnologie e risorse economiche, quale valore aggiunto al perseguimento di obiettivi di interesse collettivo.

L'interazione tra pubblico e privato attraverso il collocamento di attività di interesse pubblico al di fuori della struttura amministrativa in senso stretto assume rilievo in ambito comunitario e viene enumerata tra i principi di organizzazione e di azione istituzionale dell'Unione Europea³⁵⁴.

In questo contesto, lo strumento societario è stato assunto come *laboratorio* per sperimentare collaborazioni istituzionalizzate, in particolare società miste, che si presentano come cooperazioni di lungo periodo all'interno di un soggetto giuridico distinto dalle parti, di cui le stesse detengono una partecipazione³⁵⁵.

Oltre alla lunga discussione sviluppatasi sulle modalità di affidamento del servizio pubblico alla società mista (doppia gara, per scelta del socio e per affidamento del servizio, oppure gara unica, comprensiva di scelta del socio e, contestualmente, di affidamento diretto del servizio alla società costituita

³⁵³ Pregevole excursus si trova nello studio di S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2008. Si ricorda anche il lavoro di M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

³⁵⁴ In questo senso, cfr. M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, II, Milano, 2004.

³⁵⁵ Cfr., in tal senso, §53, Libro Verde "relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni della Commissione europea, 30 aprile 2004, COM(2004)327"; ma anche la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), 2008/C 91/02.

con quel determinato socio³⁵⁶), occorre sottolineare alcuni aspetti della gestione affidata ad essa, poiché gli interessi contrapposti dei soggetti coinvolti emergono in maniera rilevante laddove devono sottostare ad un regime condiviso.

La funzionalizzazione dell'azione da imprimere alla società partecipata nella società mista ricade inevitabilmente sul privato che partecipa alla gara per divenire socio di essa ed assumere l'interesse pubblico quale proprio interesse nell'esecuzione del servizio.

L'azione della società e del privato non vengono per ciò stesso privati del perseguimento dello scopo di lucro, che permane nella loro natura. Esso, tuttavia, non deve considerarsi un elemento negativo per la collettività che riceve il servizio, perché il conseguimento di utili da parte della società, da dividere tra i soci, implica necessariamente la sussistenza di capacità imprenditoriali in capo al privato cui è demandata l'operatività del servizio. Tali capacità possono giovare alla qualità del medesimo poiché se non è reso secondo livelli qualitativi soddisfacenti, il mercato fornisce risposte negative alla società, ancorché si tratti di servizi pubblici locali³⁵⁷.

Se si accogliesse l'impostazione civilistica ne deriverebbe tale conseguenza: il socio pubblico, giunto in assemblea, dovrebbe spogliarsi dei propri interessi, per essere teso all'interesse della società, retta dallo scopo di lucro. Questa impostazione dubita, evidentemente, dell'opportunità di adottare il modello societario per il perseguimento di interessi pubblici, perché tale modello si pone in contrasto, ad esempio, con il fatto che il voto espresso dal socio pubblico in assemblea debba essere supportato da una deliberazione del consiglio comunale o della giunta. L'espressione di un voto da parte del Sindaco, o di suo delegato, manifesta l'indirizzo che l'ente assume e, per questo, deve essere espresso dall'apposito organo, altrimenti, il Sindaco, o

³⁵⁶ Per tutti, si veda lo studio di M. Clarich, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, 2007, cit.

³⁵⁷ L'elemento del lucro nelle società di capitali partecipate da pubbliche amministrazioni è stato oggetto di dibattito nella dottrina che si è interessata alla qualificazione giuridica della natura di tali società. Si veda lo studio accurato di A. Niutta – A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1999, fasc. 7-8, 477.

suo delegato, non possono che pronunciarsi in nome proprio, con le conseguenze che ne potrebbero derivare. Se il voto deve essere, dunque, espressione dell'amministrazione sociale, che persegue i propri fini istituzionali di carattere pubblicistico, appare difficilmente sostenibile che il mandato contenga elementi di carattere lucrativo e, quindi, di preminente interesse della società.

Elemento di discussione in questo contemperamento di esigenze è il potere gestionale degli amministratori, poiché in capo ad essi, sia che si tratti di spa, che riserva l'attività di gestione agli amministratori, sia che si tratti di srl, che lascia un maggiore potere ai soci su tutte le decisioni non inderogabilmente attribuite agli amministratori, è posto l'obbligo di agire nell'esclusivo interesse della società, perché il compito ad essi affidato sta nel raggiungimento dello scopo sociale. Diversamente, si andrebbero a configurare gli estremi della responsabilità verso i creditori e verso la società, per i danni arrecati al patrimonio di essa³⁵⁸. Per questo motivo, e per altri che non sono di interesse in questo studio³⁵⁹, si ritiene che gli amministratori, ancorché di espressione dell'amministrazione pubblica, non possono pienamente perseguire gli interessi propri dell'amministrazione che li esprime, perché sono chiamati a gestire un soggetto che possiede una

³⁵⁸ Cfr. G. F. Campobasso, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, Relazione al convegno sul tema "Le società miste per la gestione dei pubblici servizi", Napoli, 5 dicembre 1997, in *Riv. soc.*, 1998, fasc. 2-3, 390.

³⁵⁹ Si richiamano i maggiori studi sul tema della nomina di amministratori e sindaci in società partecipate da pubbliche amministrazioni. In particolare, si fa riferimento alla nomina diretta di cui all'art. 2449 c.c., nella formulazione precedente alla modifica normativa conseguente alla sentenza della Corte di Giustizia CGCE 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04. A favore della tesi pubblicistica si segnalano F. Bonelli, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 1983, II, 511 e F. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1968; per la tesi privatistica dell'atto di nomina, che lo definisce come potere attribuito in quanto socio della società, cfr. V. Salafia, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Società*, 2001 e P. Abbadessa, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi e ipotesi)*, in *Ambiente, impresa e pubblica amministrazione*, 1975, 377. In giurisprudenza, cfr. Cass., S.U., 23 gennaio 2015, n. 1237, che sostiene la tesi maggioritaria, secondo cui la natura privatistica dell'atto di nomina, da cui ne deriva la giurisdizione ordinaria del giudice in caso di controversie relative all'atto di revoca dell'amministratore.

propria soggettività giuridica, una propria organizzazione, nonché autonomia contabile ed amministrativa.

3.4.2 La prestazione del socio pubblico e quella del socio privato.

L'equilibrio tra le opposte esigenze si può raggiungere se entrambi i soci adempiono correttamente alla prestazione cui si sono impegnati: l'uno a svolgere determinati compiti operativi, l'altro a controllare che tali compiti vengano effettivamente svolti secondo i criteri determinati in sede contrattuale.

Il fulcro del rapporto con il socio privato diviene, dunque, il contratto di servizio, il cui contenuto è predisposto unilateralmente dall'amministrazione che effettua la procedura di evidenza pubblica.

Risulta fondamentale per la buona riuscita del partenariato che il contratto di servizio contenga gli elementi essenziali di disciplina del rapporto tra i soci, in modo da non lasciare spazio ad interpretazioni che possano svilire il modello della società mista e lo rendano eccessivamente oneroso rispetto ad altre forme di gestione percorribili.

La prassi mostra, purtroppo, che gli enti locali difficilmente si tutelano sugli elementi di criticità da cui possono derivare problematiche interpretative. Si pensi, ad esempio, alla disciplina della fuoriuscita del socio privato dalla società al momento della scadenza del partenariato: la società può continuare la propria esistenza laddove l'amministrazione decida di proseguire la gestione tramite il modello societario, ma il socio privato, che ha terminato il tempo entro cui era previsto lo svolgimento della prestazione, deve cedere all'eventuale nuovo socio privato la propria partecipazione societaria. I criteri di determinazione del *quantum* a favore del socio privato devono essere definiti già nella sede della gara con cui questi ha acquisito la partecipazione, ma molto spesso ciò non accade, lasciando gli enti locali sguarniti di una garanzia in grado di equilibrare un momento delicato del rapporto contrattuale.

Per questo motivo, la società mista come modello di gestione dei servizi pubblici locali può essere un valido strumento di gestione se

l'amministrazione è in grado di definire esplicitamente gli assetti cui il socio privato deve sottostare per garantire *standard* qualitativi adeguati.

Occorre, inoltre, che l'ente locale non sminuisca il proprio ruolo di controllore, diversamente da quanto accade nella prassi, dove il coinvolgimento diretto dell'amministrazione nella compagine sociale la rende incapace di intervenire nei confronti del socio privato, nel timore di incidere negativamente nei rapporti con esso.

La rinuncia al controllo della società deriva anche dalla considerazione che il socio privato sia in grado, per il solo fatto di possedere (nella fase di scelta del contraente) i requisiti richiesti, di portare avanti (nella fase di svolgimento del contratto) il servizio, senza che l'attività svolta sia sottoposta a verifica.

Il difficile sviluppo che possono avere le relazioni tra soci, e tra questi e gli amministratori, sono aggravate dai limiti dettati dalla disciplina civilistica, poiché il controllo esercitato dal socio pubblico nelle società miste non si giustifica diversamente se non in base alla partecipazione maggioritaria che, solitamente, in questo tipo di società l'amministrazione si riserva.

La società mista, dunque, potrebbe costituire uno strumento di azione in grado di contemperare l'esigenza di affidare il servizio pubblico ad un soggetto terzo e distinto dall'amministrazione, ad essa collegato, e il coinvolgimento del privato nello svolgimento del servizio medesimo. Tutto ciò, tuttavia, deve tenere in debita considerazione la natura del soggetto che viene impiegato nella cooperazione con il privato e le peculiarità che lo caratterizzano.

3.5 Società di capitali adottate nell'organizzazione dei servizi pubblici a rete per ambiti territoriali ottimali o omogenei

Nell'ambito dei servizi pubblici locali a rilevanza economica occorre distinguere i servizi pubblici locali a rete, che ricevono una disciplina a se stante, legata alla peculiarità della struttura e dello svolgimento di essi³⁶⁰.

³⁶⁰ La specificazione dei servizi a rete al di fuori dell'alveo dei servizi pubblici che non necessitano di reti, è abbracciata da E. Bruti Liberati – M. Forti, *Le imprese multi utility*.

Da una parte, tali servizi si caratterizzano per la presenza di reti, ovvero di quei beni che “veicolano l’attività da svolgere”³⁶¹, accedendo in via strumentale all’esercizio dei relativi servizi pubblici. Il carattere di strumentalità della rete definisce l’ambito di operatività del servizio, che può travalicare i confini dell’ente territoriale da cui origina³⁶².

Tale concezione strumentale è stata successivamente superata³⁶³ a favore della visione che connette l’estensione della gestione dei servizi pubblici all’ampiezza delle relative reti, per cui la dimensione territoriale di esse incide sulla funzionalizzazione dell’attività svolta.

Il problema della legittimità di gestioni *extra moenia* risale già alla struttura autoritativa della pubblica amministrazione, quando si ragionava solo in termini di funzioni, per lo svolgimento delle quali si predisposero moduli pubblicistici in grado di favorire sinergie tra i vari enti territoriali³⁶⁴, nella consapevolezza che vi sono situazioni fattuali destinate a travalicare i confini delle singole istituzioni.

Per i servizi pubblici locali il problema è stato affrontato nel periodo storico in cui la gestione avveniva quasi esclusivamente tramite aziende municipali, e si diceva allora che l’espressione normativa “*ente strumentale*” del comune³⁶⁵ legasse la strumentalità dell’attività aziendale ai fini perseguiti dall’ente locale, non essendo concepibile un servizio che oltrepassasse l’ambito locale³⁶⁶.

Aspetti generali e prospettive dei settori a rete, Bologna, 2001; E. Ferrari (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione dei servizi pubblici*, in *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000.

³⁶¹ Così si esprime M. Dugato, *Proprietà e gestione delle reti dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 525.

³⁶² In questo senso il dettato dell’art. 113 TUEL che, tra l’altro, stabilisce la possibilità di separare la gestione delle reti e l’erogazione del servizio e

³⁶³ Si fa riferimento all’art. 3bis, D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, in *G.U.* 16 settembre 2011, n. 216.

³⁶⁴ Sia dalla legge n. 142/1990 che, successivamente, dal D.Lgs. n. 267/2000. In relazione agli enti di minori dimensioni, già il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, prevedeva l’obbligo di esercitare le proprie funzioni in forma associata, secondo un’aggregazione in ambiti territoriali ottimali, da individuarsi di concerto tra regioni e comuni.

³⁶⁵ Così diceva l’art. 22, l. n. 142/1990, trasposto poi nell’art. 112 TUEL.

³⁶⁶ Cfr. in tal senso CdS, sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, in *Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1998, 462; CdS, 3 agosto 1995, n. 1159, in *Giur. it.*, 1996, III, 143.

Il progressivo passaggio a gestioni tramite società di capitali ha, in parte, fatto venire meno il problema, perché queste ultime, per loro natura, non sono soggette a limiti territoriali di azione, neppure se i singoli soci vi siano soggetti.

Si è parlato, allora, di limiti funzionali di azione delle società³⁶⁷, ma già dalla metà degli anni 90 sono state normativamente prospettate gestioni aggregate per il servizio idrico integrato³⁶⁸ e la gestione dei rifiuti³⁶⁹, con lo scopo di tutelare l'ambiente, oltrepassando, di fatto, la questione.

Si è tornati a parlare di limiti all'attività delle società di capitali partecipate da enti locali in relazione a quelle che svolgono servizi strumentali, poiché da più parti si è prospettata un'interpretazione della relativa normativa favorevole all'azione entro i confini territoriali dell'ente locale di appartenenza, in ragione della tutela della concorrenza³⁷⁰.

La *ratio* sottesa alla definizione della materia è sostanzialmente quella di promuovere la concorrenza e, al tempo stesso, di contenere i costi delle pubbliche amministrazioni, scopo, quest'ultimo, che si considera di ottenere attraverso economie di scala e di differenziazione, in grado di massimizzare l'efficienza del servizio.

L'interesse di cui ogni singolo comune è portatore, assume, in tale prospettiva, una dimensione nuova e ampliata, con la necessaria conseguenza di dover delineare i confini delle funzioni derivanti da questo assetto.

L'individuazione delle funzioni su *area vasta* appare, tuttavia, difficoltosa in un momento di transizione del sistema istituzionale italiano, che non ha raggiunto una maturazione sufficiente sulla materia³⁷¹.

³⁶⁷ In tal senso si veda la Corte Cost., 3 febbraio 1990, n. 51, in *Quaderni regionali*, 1990, 1000. Ma anche CdS, ad. gen., 16 maggio 1996, n. 90/96, in *CdS*, 1996, I, 1640; CdS, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *CdS*, 1990, I, 455; CdS, sez. VI, 29 novembre 1988, n. 1291, in *CdS*, 1988, I, 1503. In dottrina M. Dugato, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2005, 1056.

³⁶⁸ L. n. 36/1994, poi trasposta nel D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

³⁶⁹ D.Lgs. n. 22/1997, poi trasposto nel D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

³⁷⁰ Si fa riferimento all'art. 13, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, conv. con modificazioni dalla L. 4 agosto 2006, n. 248, in *G.U.* 11/08/2006, n.186.

³⁷¹ Cfr. L. 7 aprile 2014, n. 56, *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*, in *GU* n.81 del 7-4-2014. La legge è stata anticipata da una serie di interventi. Si veda, in particolare, l'art. 17 del D.L. n. 95/2012, dichiarato poi

Il sistema dei servizi pubblici locali a rete proposto dal legislatore³⁷² richiede che siano organizzati in ambiti territoriali ottimali e l'attenzione si sposta sul soggetto cui attribuire le funzioni dell'ambito individuato, sull'organizzazione e sull'erogazione dei relativi servizi.

L'organizzazione del servizio pubblico sovra comunale richiede, infatti, l'individuazione di un soggetto in grado di svolgere funzioni al di fuori dei confini entro cui sono legittimati ad operare i singoli comuni.

La potestà legislativa di istituire i soggetti competenti all'esercizio delle funzioni attinenti ai servizi d'ambito è stata attribuita alle Regioni, cui non vengono imposte specifiche forme da applicare, potendo le stesse stabilire autonomamente la modalità più adeguata allo svolgimento dei servizi di estensione sovra comunale, conformemente ai principi che regolano l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, primo fra tanti, il principio di adeguatezza.

Un'ipotesi di gestione dei servizi pubblici in oggetto è fornita dalla disciplina relativa alla distribuzione del gas: i comuni compresi in un determinato ambito territoriale³⁷³ affidano al comune capoluogo di provincia, o al comune con più abitanti, il compito di stazione appaltante e gli altri comuni devono collaborare con questo³⁷⁴.

Ciò che è certo è che le Regioni devono organizzare lo svolgimento dei servizi determinando i principi e gli obiettivi dei costituendi enti di governo degli ambiti (o bacini territoriali ottimali e omogenei), attribuendo la

illegittimo dalla Corte Costituzionale 3-19 luglio 2013, n. 220, in *G.U.* 17 luglio 2013, n. 29 - Prima serie speciale.

³⁷² Cfr. art. 3bis, D.L. n. 138/2001, inserito dall'art. 25 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 e, in ultimo, modificato dal comma 611, art. 1m l. 23 dicembre 2014, n. 190.

³⁷³ Il decreto del Ministro dello sviluppo economico 19 gennaio 2011, in unmig.sviluppoeconomico.gov.it, ha individuato 177 ambiti, a cui sono seguiti decreto ministeriale 18 ottobre 2011 sull'individuazione dei comuni per ambito e decreto interministeriale 12 novembre 2011, n. 226, sui criteri di gara e la valutazione delle offerte.

³⁷⁴ Cfr. il decreto interministeriale, 12 novembre 2011, n. 226 concernente Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione dell'offerta per l'affidamento del servizio della distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in *G.U.* n. 22, supplemento ordinario n.20, del 27 gennaio 2012.

personalità giuridica o meno, a seconda della modalità organizzativa prescelta.

A tali enti di governo gli enti locali partecipano obbligatoriamente, attribuendo le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete, la scelta della forma di gestione e la scelta delle modalità di affidamento degli stessi.

Per l'affidamento dei servizi pubblici, gli enti di governo degli ambiti devono attenersi alle procedure imposte dall'ordinamento europeo e nazionale nella scelta delle modalità di gestione di essi e sono sottoposti a misure di garanzia quali, ad esempio, il compito di redigere la relazione esplicativa delle motivazioni della scelta adottata, che si arricchisce di ulteriori elementi rispetto a quella richiesta agli enti locali direttamente affidatari di servizi pubblici locali, in considerazione della dimensione entro cui i servizi devono essere svolti³⁷⁵.

Tra i modelli di gestione proposti dalla norma, si nota una propensione verso l'esternalizzazione, che emerge laddove viene incentivata l'adozione di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del gestore³⁷⁶.

Si deve notare, infine, che l'affidamento tramite modello *in house* viene "ancorato" allo strumento societario, mostrando la visione di un sistema che non è ancora in grado di comprendere l'essenza dell'istituto e le sue potenzialità³⁷⁷, riferendosi alle società di capitali che già da tempo presentano problemi di adattabilità ai requisiti comunitari del modello *in house*.

³⁷⁵ Si legga le lettera dell'art. 3bis, co. 1bis, come aggiornato dall'art. 1, co. 611, l. n. 190/2014, tra cui emerge, ad esempio, la richiesta di allegare un piano economico-finanziario asseverato da istituti di credito.

³⁷⁶ Così il comma 3, art. 3 bis, D.L. n. 138/2011, va valuta l'adozione di procedure ad evidenza pubblica quale elemento di virtuosità ai fini del Patto di stabilità interno.

³⁷⁷ Il comma 1bis, art. 3bis, D.L. n. 138/2011, mostra tale impostazione laddove afferma che: "[...] *la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento in house, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio.*"

3.6 Il modello societario nella gestione dei servizi strumentali.

Lo strumento societario che ha contrassegnato lo sviluppo della gestione dei servizi pubblici locali, nel tempo è stato adottato anche come forma di gestione dei servizi strumentali, ovvero di quei servizi *ancillari* al perseguimento dei fini istituzionali dell'amministrazione territoriale che ne fruisce direttamente quale primo utente.

Lo schema preferito per la gestione dei servizi strumentali è risultato quello delle società con modello *in house providing*, poiché il modello garantisce un forte legame con l'amministrazione di riferimento.

Il concetto di servizi strumentali all'interno dell'ordinamento italiano è stato introdotto dal d.l. 223/2006³⁷⁸ che ha individuato quale ambito soggettivo di applicazione le società partecipate da regioni o enti locali cui è affidato il compito di svolgere attività di produzione di beni e servizi a supporto di funzioni amministrative, di cui rimangono titolari i soci pubblici³⁷⁹.

L'intervento normativo del 2006 ha valutato lesiva della concorrenza la presenza sul mercato di società partecipate dagli enti locali, poiché offrono servizi in buona parte di natura commerciale e operano in regime di affidamento diretto³⁸⁰.

³⁷⁸ Cfr. testo dell'art. 13, D.L. n. 223/2006, convertito con modificazioni nella l. n. 248/2006, in *SO* n.183, relativo alla *G.U.* 11/08/2006, n.186.

³⁷⁹ Attraverso tali società gli enti locali hanno giustificato il perseguimento dei propri fini istituzionali. Sul tema si vedano gli interventi della giurisprudenza Tar Lazio, Roma, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514, 14 aprile 2008, n. 3109; 14 maggio 2008, n. 4064 in www.giustizia-amministrativa.it, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 31 marzo 2008, n. 788, in *Foro amm. TAR*, 2008, 687.

³⁸⁰ Questa necessità era da tempo segnalata dalla giurisprudenza amministrativa. In tal senso, cfr. CdS, sez. V, 23 aprile 1998 n. 477, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1998, 462 che ricorda come la possibilità per gli enti locali di costituire società strumentali rientri nell'ambito dell'autonomia organizzativa ad essi riconosciuta e, pertanto, "Il ricorso alla produzione privata, disciplinato da regole di salvaguardia della concorrenza, e l'esercizio del potere di organizzazione, sottratto ai vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato, costituiscono due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione". A tal riguardo, si legga anche la Relazione sugli Organismi partecipati dagli Enti territoriali - Osservatorio sugli Organismi partecipati/controllati da Comuni, Province e Regioni e relative analisi, delibera n. 15/2014/SEZAUT/FRG della Corte dei conti - Sezione delle Autonomie, in www.dirittodeiservizipubblici.it, secondo cui le attività strumentali sono spesso assoggettate alle norme del diritto privato e divengono attività economiche potenzialmente in grado di incidere sul mercato concorrenziale. Cfr. *Cons. Stato*, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in www.giustamm.it, secondo il quale "l'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto

Si è reso, dunque, necessario distinguere i servizi pubblici locali da quelli strumentali ed è stato stabilito uno specifico regime per i soggetti che svolgono servizi strumentali³⁸¹.

Il vincolo più rilevante che l'art. 13, d.l. n. 223/2006 pone in capo alle società strumentali riguarda la previsione di un "oggetto sociale esclusivo", ovvero lo svolgimento di predeterminate attività rivolte appositamente all'ente costituente.

Da questo requisito deriva il divieto di operare con altri soggetti pubblici o privati e l'impossibilità di gestire servizi ulteriori rispetto a quelli strumentali, sembrando la norma contraria alla possibilità di costituire società c.d. *multi utilities*, cioè società ad oggetto plurimo³⁸².

La giurisprudenza più accreditata ha sottolineato come le *multi-utilities* operino nel pieno rispetto delle regole di concorrenza imposte dal mercato, ed altresì nel pieno rispetto delle regole previste per le procedure di affidamento dei contratti pubblici³⁸³, per cui non sussisterebbero validi motivi per limitare la loro capacità imprenditoriale.

L'oggetto sociale esclusivo non deve essere inteso come divieto alle società di svolgere più attività di diversa natura, ma che la regola dell'esclusività sia posta affinché siano definiti esplicitamente i servizi affidati, in compensazione al difetto di procedura ad evidenza pubblica dell'affidamento

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 ". Tar Lazio, Roma, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, in *Giur. It.*, 2007, 12, 2880. Cfr. Corte cost. Sent., 01 agosto 2008, n. 326. In dottrina le considerazioni di G. Caia, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it.

³⁸¹ Sulla distinzione tra le due tipologie di servizi si vedano, tra le tante pronunce della giurisprudenza sul tema, CdS, sez. V, 12 giugno 2009 n. 3766; CdS, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600, entrambe in www.dirittodeiservizipubblici.it.

³⁸² A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 6, 742; M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 262 ss.; D. Casalini, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *questa Rivista*, 2009, 9, 969 ss.; S. Musolino, *L'art. 13 del decreto-Bersani: quale futuro per il modello della società mista?*, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, 12, 1521;

³⁸³ Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3752, in www.giustizia-amministrativa.it. e Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

del servizio. Diversamente, affidati i servizi strumentali, la successiva attribuzione di servizi pubblici comporterebbe una lesione al mercato concorrenziale, poiché quei servizi sarebbero oggetto di gara. La norma, dunque, tutela il momento successivo all'affidamento, quello in cui la società presta la propria attività a favore dell'amministrazione pubblica di riferimento³⁸⁴.

L'adozione dello strumento societario per la gestione di servizi strumentali da parte degli enti locali non si giustifica solo in relazione a considerazioni di opportunità su una modalità rispetto ad un'altra, ma trae origine da ragioni di carattere economico legate al sistema contabile pubblico nel suo complesso.

3.6.1 Il rischio di finalità elusive nell'impiego di società di capitali per la gestione di servizi strumentali

L'obiettivo di rispettare i vincoli del Patto di stabilità e crescita³⁸⁵ sottoscritto a livello europeo, ha spinto l'Italia verso l'adozione di misure di controllo dei conti pubblici sulla base di parametri definiti nel Patto di stabilità interno³⁸⁶. I vincoli in esso stabiliti non tengono conto delle società partecipate quali articolazioni esterne della pubblica amministrazione, poiché si tratta di soggetti giuridici autonomi sottoposti ad una regolazione

³⁸⁴ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it; CdS, Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371, in *Foro amm. TAR*, 2008, 2251. Si veda anche Corte Conti, sez. Controllo, Lombardia, parere 13 novembre 2008, n. 85, richiamata da A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Urb. app.*, 6/2009, 742, dove si riporta che "Il giudice contabile, in una situazione in cui vi era un obbligo normativo di costituire una società di gestione farmaceutica ad oggetto sociale esclusivo, ha evidenziato come detta prescrizione possa essere superata "al fine di salvaguardare i costi pubblici e di limitare il proliferare di nuove ed onerose società", tramite il conferimento dei vari servizi in un'unica partecipata "mantenendo ben distinte le rispettive contabilità"".

³⁸⁵ Il Patto di stabilità e crescita (PSC) è stato sottoscritto nel 1997 (Risoluzione del Consiglio europeo relativa al patto di stabilità e di crescita, Amsterdam, 17 giugno 1997) per rafforzare il coordinamento delle politiche economiche stabilite nel Trattato di Maastricht firmato il 7 febbraio 1992.

³⁸⁶ Le regole del Patto di stabilità interno (PSI) vengono definite al momento della redazione della legge di stabilità annuale e devono tenere in considerazione le regole dettate dal Patto di stabilità e crescita europeo.

economica difficilmente conciliabile con quella delle amministrazioni pubbliche.

Un tentativo di sottoposizione delle società partecipate da enti locali al Patto di stabilità è stato fatto in relazione alle società *in house providing*, ma il legislatore ha rinunciato nella consapevolezza che ciò avrebbe comportato la definitiva privazione della soggettività giuridica delle società di capitali di cui si tratta.

Da ciò si comprende l'origine della maggior parte delle società strumentali costituite nell'ultimo ventennio della storia delle amministrazioni locali, ovvero il tentativo di sottrarre dall'applicazione dei vincoli tutti quei costi che concorrerebbero ai calcoli per il Patto di stabilità.

C'è un ulteriore elemento che si aggiunge a tali considerazioni, che svela una più complessa impostazione culturale presente nella struttura pubblica: la gestione affidata a società *in house* è sottratta alle regole dell'evidenza pubblica. Ciò ha favorito il moltiplicarsi del fenomeno societario nella materia dei servizi strumentali, che trovano collocazione *esterna* con estrema facilità attraverso il modello *in house*.

Tale inclinazione è stata oggetto di interventi del legislatore, che ha tentato di ricondurre nell'alveo della struttura pubblica i servizi affidati alle società strumentali.

La strada intrapresa è risultata troppo frettolosa e poco chiara, favorendo il mantenimento delle partecipazioni societarie che sarebbero dovute essere oggetto di dismissione o di privatizzazione secondo il dettato della norma³⁸⁷.

Per le società così individuate, veniva stabilito un percorso di dismissione volto a conseguire risparmi di spesa pubblica attraverso la messa in liquidazione o, in alternativa, la privatizzazione.

Venivano escluse alcune tipologie di società, che la norma esplicitamente elencava, tra cui quelle erogatrici di servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica.

³⁸⁷ Così la lettera dell'art. 1, D.L. n. 95/2012, con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 135, in *SO* n. 173, relativo alla *G.U.* 14/8/2012, n. 189, che faceva riferimento a “*società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato*”.

La lettera della norma non era particolarmente chiara, ma nell'ambito di applicazione di essa sarebbe potuto rientrare un ragionevole numero di società, in considerazione del fatto che non si rivolgeva ad una determinata categoria di società o a determinate modalità di affidamento, ma richiedeva la strumentalità quale requisito determinante.

Senonché, l'esonero di società che erogano servizi di interesse generale ha indotto le pubbliche amministrazioni a far rientrare in questa categoria tutte quelle partecipazioni di confine in cui la qualificazione dell'attività svolta non fosse palesemente strumentale, riducendo la portata della norma e, di conseguenza, limitando le dismissioni auspicate dal legislatore, che in un secondo momento le ha dovute abrogare perché rimaste sostanzialmente inattuato³⁸⁸.

Il veicolo societario, ancor più se applicato al modello di gestione diretta, mostra i suoi limiti in relazione alla natura dei servizi strumentali, che potrebbero trovare esecuzione attraverso altre modalità di gestione diretta, come le aziende speciali, o potrebbero divenire oggetto di procedure di gara per gestioni tramite appalto o concessione.

Il legislatore si è orientato in quest'ultima direzione, aggiungendo all'obbligo di dismissione o liquidazione delle società strumentali, l'impulso di non costituirne di ulteriori a partire dall'1 gennaio 2014³⁸⁹.

La norma, in particolare, impone alle amministrazioni pubbliche di acquisire sul mercato “*i beni e servizi strumentali alla propria attività*” attraverso le procedure di evidenza pubblica previste dal Codice dei contratti pubblici.

Tale norma, tuttavia, riguarda il carattere *strumentale* dell'attività di cui l'amministrazione pubblica necessita, ed esclude la modalità con la quale essa viene erogata. Laddove, infatti, ricorrano i requisiti dell'*in house providing*, la gestione di servizi può essere affidata direttamente, pur trattandosi di quei servizi strumentali che altrimenti, di regola, dovrebbero essere orientati al mercato.

Permane la preferenza del legislatore italiano per l'apertura dei servizi al mercato concorrenziale, siano essi pubblici locali o strumentali, nella

³⁸⁸ Così ha disposto l'art. 1, comma 562, lett. a), legge 147/2013.

³⁸⁹ Cfr. art. 4, co. 7, D.L. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012.

consapevolezza, tuttavia, che le forme di gestione dei medesimi devono essere *trovate* dalle articolazioni territoriali in relazione ad ulteriori elementi di valutazione rispetto a quelli della concorrenza e dell'economicità che solo essi hanno la capacità di cogliere in ragione della conoscenza del territorio e della comunità di riferimento.

CAPITOLO IV

MODELLI DI GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E DEI SERVIZI STRUMENTALI DIVERSI DALLA SOCIETA' DI CAPITALI

4.1 Soggetti imprenditoriali di natura pubblica: le aziende speciali; 4.1.1 La struttura dell'azienda speciale; 4.1.2 Elementi distintivi della società di capitali e dell'azienda speciale; 4.1.3 La trasformazione delle società di capitali in aziende speciali; 4.2 Le pubbliche amministrazioni collaborano per la gestione di servizi in comune; 4.2.1 L'organizzazione del partenariato pubblico-pubblico 'orizzontale'; 4.2.3 Requisiti strutturali del partenariato pubblico-pubblico 'orizzontale'; 4.3 Il partenariato pubblico-privato nella concessione di servizi pubblici; 4.3.1 Il rischio di impresa del privato nella gestione del servizio pubblico locale tramite concessione; 4.3.2 Il ruolo di vigilanza della Pubblica Amministrazione; 4.3.3 Il ritorno della concessione per la gestione di servizi pubblici locali; 4.4 La funzione sociale dei cittadini attraverso strumenti di democrazia partecipativa; 4.4.1 La partecipazione attiva dei cittadini e la discrezionalità amministrativa.

4.1 Soggetti imprenditoriali di natura pubblica: le aziende speciali.

Le modalità di gestione diverse dallo strumento societario offerte dall'ordinamento nazionale sono, sostanzialmente, due: una gestione di stampo pubblicistico e una gestione affidata ad operatori di mercato.

Tra le forme di gestione del primo tipo, già il Testo Unico del 1925 (n. 2578) prevedeva la “*gestione ad economia*” (poi denominata gestione in economia), che consiste nello svolgimento del servizio da parte dell'ente locale tramite propri uffici interni.

La gestione in economia veniva limitata a servizi di “*tenue importanza*” e privi di carattere prevalentemente industriale, ma poteva essere applicata

anche a tutti quei servizi che, pur non possedendo questi requisiti, non venivano gestiti tramite altre forme più strutturate, per questioni di opportunità.

Questa formula organizzativa non è stata riproposta a partire dalla riforma dei servizi pubblici del 2000, che ha privilegiato la società di capitali, tuttavia, l'attuale mutamento del sistema candida la forma della gestione in economia a divenire uno strumento in grado di fornire un apporto positivo laddove l'amministrazione pubblica si trovi di fronte a scarse risorse economiche da investire.

Essa si caratterizza per il fatto di affidare la gestione del servizio direttamente agli uffici dell'ente locale, il quale deve organizzarsi per reperire le risorse umane atte a garantirne lo svolgimento, soprattutto se si tratta di servizio pubblico locale, la cui gestione ha ricadute dirette sulla cittadinanza.

Le criticità della gestione in economia sono costituite, tuttavia, dal fatto che gli enti locali non sempre posseggono competenze adeguate alla gestione del servizio all'interno del proprio organico, e l'assunzione di nuove risorse umane deve fare i conti con gli equilibri necessari al rispetto dei vincoli di finanza pubblica dell'ente nel suo complesso poiché, in questo modo, vi è una diretta incidenza della gestione del servizio sulla contabilità dell'ente locale.

Alla gestione in economia, le autonomie locali in passato hanno preferito lo svolgimento dei servizi tramite soggetti esterni all'organizzazione pubblica, in grado di apportare un valore aggiunto ai meccanismi di gestione e alla qualità del servizio reso.

Per lungo tempo è stato adottato lo strumento dell'azienda speciale, ente pubblico incardinato nella struttura organizzativa dell'ente locale in quanto svolge attività strumentali a quelle istituzionali perseguite dall'amministrazione che lo costituisce.

E' caratterizzato da una forte connotazione pubblicistica, che si rafforza nello stretto rapporto con l'ente locale di riferimento, cui spetta il compito di conferire il capitale di dotazione, determinarne lo scopo e fornire gli indirizzi durante l'esercizio del servizio.

All'amministrazione territoriale è attribuito il compito di approvare gli atti fondamentali dell'azienda speciale quali lo statuto, il piano-programma, in cui si trova il contratto di servizio, i bilanci economici di previsione pluriennale e annuale, il conto consuntivo e il bilancio di esercizio.

Lo statuto, in particolare, costituisce lo strumento fondamentale per definire l'ordinamento e la struttura dell'azienda, anche al di fuori di quanto stabilito dalla legge, per determinare i rapporti tra questa e l'ente di appartenenza, ma è anche l'atto che definisce, innanzitutto, le finalità dell'azienda secondo il programma di servizio pubblico prestabilito³⁹⁰.

Contestualmente alla costituzione, l'ente locale deve determinare anche il capitale di dotazione dell'azienda, indicando i beni mobili e immobili conferiti, il titolo per il quale vengono trasferiti e il tempo in cui entreranno a far parte del patrimonio dell'azienda (anche successivo, ad eccezione dei trasferimenti necessari alla copertura di eventuali costi sociali o di altri oneri derivanti dalle intese sottoscritte con altri enti locali).

In forza di quanto stabilito nel contratto di servizio, che determina gli obblighi in capo all'azienda, l'ente locale deve vigilare e controllare la corrispondenza dell'attività di essa agli obiettivi stabiliti dal consiglio comunale.

4.1.1 La struttura dell'azienda speciale.

L'azienda speciale si caratterizza per essere dotata di una propria organizzazione interna e di una propria autonomia contabile, con ciò assicurandosi anche libertà gestionale sul servizio affidatole.

Per raggiungere lo scopo cui è preordinata, l'azienda si compone di un'assemblea e, se partecipata da più enti locali, di un Presidente, di un Direttore e di un organo di revisione contabile.

Il Presidente è, solitamente, il rappresentante legale dell'azienda ed è colui che coordina l'attività del Direttore e i rapporti esterni ad essa, soprattutto

390 Il Consiglio comunale è chiamato ad approvare anche le successive modifiche dello statuto, anche se non gli è riconosciuto il potere di integrare o modificare il testo, poiché tale competenza è attribuita ai soli organi dell'azienda, che provvedono alla composizione del testo e lo sottopongono all'organo di governo dell'Ente locale.

quelli con l'ente locale di riferimento. Il Direttore, invece, rappresenta la figura di vertice della struttura aziendale, cui è affidato il compito di attuare gli obiettivi affidati dal Presidente.

L'attività gestionale è attribuita ad un consiglio di amministrazione nominato dall'ente locale, cui è affidato il compito di attuare gli indirizzi forniti dal consiglio comunale.

Il potere gestionale devoluto all'azienda³⁹¹ deve essere improntato a criteri di efficacia, efficienza ed economicità, ed esercitato nel rispetto dei principi propri dei soggetti pubblici e dei vincoli di finanza pubblica, quali il perseguimento del pareggio di bilancio attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi.

I rapporti economici che intercorrono tra l'azienda e l'ente locale, sono molto stringenti per quest'ultimo, chiamato a coprirne i costi di gestione. In tal senso, risulta decisivo il controllo di vigilanza attribuito all'ente locale, che deve essere scrupolosamente esercitato per verificare i risultati di gestione e gli eventuali scostamenti che si dovessero presentare, in modo tale da prevenire situazioni che possano negativamente incidere sul bilancio pubblico.

Il legame tra l'azienda e il proprio ente locale di riferimento non deve, tuttavia, oltrepassare la linea tracciata dall'autonomia imprenditoriale, riconosciuta per il perseguimento dello scopo, che in ogni caso è quello determinato dall'ente locale.

L'autonomia che caratterizza l'azienda speciale trae origine dalla personalità giuridica di cui è dotata, fattore che la rende soggetto giuridico a se stante rispetto all'ente locale di riferimento³⁹².

³⁹¹ Così M. Cammelli, *Rapporti tra ente locale e azienda speciale nella legge di riforma delle autonomie locali, Relazione svolta alla 34a Assemblea generale CISPEL (Sorrento, 5-6 giugno 1990) Identità dell'impresa pubblica locale. Il riordino dei servizi pubblici dopo la riforma delle autonomie locali, pubblicata in Regione e governo locale, 1990, 771*

³⁹² Cfr. su questo tema CdS, 7 febbraio 2012, n. 641, in *Munus*, 2014, fasc. 1; la Corte dei Conti n. 361/2011 ricorda che "La personalità giuridica, che si acquisisce con l'iscrizione al registro delle imprese, fa dell'azienda speciale un soggetto di diritto a sé stante, indipendente e diverso dall'ente locale che l'ha costituito". In relazione agli enti pubblici economici si è espressa la Cassazione nelle sentenze S.U., n. 15661/2006 e 18015/2002, in www.cortecostituzionale.it.

Alle aziende speciali è stata riconosciuta personalità giuridica all'esito del dibattito precedentemente sviluppatosi intorno alle aziende municipali, cui non era riconosciuta³⁹³. Queste ultime erano dotate di autonomia amministrativa e contabile, di capacità di compiere tutti i negozi giuridici finalizzati alla realizzazione del servizio e di capacità processuale, ma non di personalità giuridica³⁹⁴.

Quest'ultimo requisito non era considerato rilevante ai fini dello svolgimento del servizio e per la vita dell'azienda, poiché essa veniva totalmente identificata con l'ente locale che l'aveva costituita³⁹⁵ e, di conseguenza, si riteneva di non considerarla un centro di imputazione degli interessi al pari di un soggetto con propria personalità.

Il modello così concepito non rispondeva, tuttavia, alle esigenze in divenire degli enti locali e, per questo motivo, la legislazione del 1990, nel passaggio dall'azienda municipale all'azienda speciale è approdata al riconoscimento della personalità giuridica³⁹⁶.

Al problema della personalità giuridica si aggiungeva un'ulteriore criticità del sistema delle aziende speciali, che atteneva all'ambito di operatività di esse.

La giurisprudenza prevalente escludeva la possibilità per l'azienda speciale di operare *extra moenia*, poiché essa doveva avere ad oggetto solo attività direttamente riferibili al complesso degli interessi della collettività, che si esprimono entro i confini dell'ente locale³⁹⁷.

Nel tempo l'attività si è ampliata al territorio di altri enti locali³⁹⁸, che possono previamente accordarsi e organizzare le relative funzioni attraverso l'uso della convenzione di cui all'art. 30 TUEL. L'accordo può essere raggiunto sulla base di preventivi di impianto e di esercizio formulati

³⁹³ Il riconoscimento normativo della personalità giuridica alle aziende speciali è avvenuto tramite l'art. 23, l. n. 142/1990.

³⁹⁴ Cfr. art. 2., co. 3, RD 15 ottobre 1925, n. 2578.

³⁹⁵ Gli orientamenti sul tema sono riportati da G. Bozzi, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Enc. Dir., XXVII, 1977.

³⁹⁶ Sul tema, per tutti, lo studio di M. S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1953, 681 e F. Bassi, *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Milano, 1957.

³⁹⁷ Cfr., tra le tante, CdS, sez. V, 14 novembre 1996, n. 1374, in *Cons. st.*, 1996, I, 1738.

³⁹⁸ Dall'art. 5, D.P.R. n. 902/1986.

dall'azienda e, in tal caso, il consiglio comunale è chiamato ad approvare l'estensione di attività ed il relativo schema di convenzione, contenente la disciplina del servizio e la regolamentazione dei rapporti economico-finanziari.

Rimane nella sfera della propria autonomia imprenditoriale, invece, la costituzione o partecipazione dell'azienda ad enti, associazioni, società di capitali o consorzi, anche temporanei, che perseguano analoghe finalità.

Appare pacifica, inoltre, la partecipazione dell'azienda a procedure di evidenza pubblica indette da altre pubbliche amministrazioni, purché l'oggetto della procedura rientri nel proprio ambito di operatività³⁹⁹.

4.1.2 Elementi distintivi della società di capitali e dell'azienda speciale.

Delineati i tratti dell'azienda speciale, occorre svolgere alcune considerazioni in relazione agli elementi distintivi rispetto alle società di capitali, che nel tempo si sono ridotte.

Non si ritrovano più, ad esempio, almeno per quel che riguarda il piano economico finanziario, quelle caratteristiche della personalità giuridica che hanno indotto gli enti locali ad abbandonare modelli di gestione diretta di natura pubblica, che traggono nuovo sostegno da parte di quella parte di dottrina e giurisprudenza che non si è mai arresa alla neutralità soggettiva delle forme giuridiche, affermando la centralità dello scopo di lucro⁴⁰⁰.

Entrambe le forme organizzative richiedono la costituzione di soggetti giuridici distinti dall'amministrazione di riferimento, dotati di una propria struttura interna.

³⁹⁹ La giurisprudenza parla precisamente di un "collegamento funzionale" allo scopo dell'azienda. Cfr. CdS, sez. V, 17 aprile 2012, n. 2012 e CdS, sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5515, entrambe in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁴⁰⁰ Il maggior sostenitore della tesi è F. Goisis, *Il problema della natura e lucratività delle società in mano pubblica*, 2013, cit., che prende le mosse dalla decisione della Cass. S.U., n. 26283/2013, in www.cortecostituzionale.it.

Per lo svolgimento dell'attività di impresa sono entrambe assoggettate alla disciplina di diritto privato propria delle società di capitali, quale quella relativa al regime fiscale⁴⁰¹ o alla pubblicità dei bilanci⁴⁰².

A differenza della società di capitali, l'azienda mantiene uno stretto legame con l'ente di riferimento, poiché il carattere strumentale che la contraddistingue ne finalizza gli scopi a quelli della proprietà⁴⁰³.

L'azienda consente di instaurare con l'ente locale “*un rapporto d'immedesimazione organica*”⁴⁰⁴, in ragione della quale gli effetti degli atti compiuti da essa sono direttamente imputabili all'amministrazione pubblica cui afferisce.

L'elemento dell'immedesimazione organica sta alla base della definizione di controllo analogo, requisito fondamentale per la configurazione di soggetti *in house providing* secondo il sistema europeo.

Da queste osservazioni deriva l'orientamento che individua nelle aziende speciali potenziali soggetti *in house providing*, diversamente dall'orientamento prevalente dell'ordinamento italiano, che identifica il soggetto *in house* con la società di capitali, diversamente da quanto avviene a livello europeo, dove non sussistono determinate strutture cui collegare la formula.

Perciò, stante l'applicazione diretta del sistema europeo in materia di servizi pubblici locali, e l'assenza di espliciti divieti normativi, si può ritenere che le aziende speciali possano essere impiegate quali soggetti *in house* degli enti locali, in ragione del controllo analogo e dell'identità di scopi che le caratterizzano.

⁴⁰¹ Cass., sez. V, 15 aprile 2005, n. 7906 e CdS, sez. III, 18 maggio 1993, n. 405 secondo cui le aziende speciali sono soggetto passivo di imposta distinto dall'ente locale di riferimento ai fini del pagamento di IVA, IRES e IRAP.

⁴⁰² L'art. 1, comma 560, l. 27 dicembre 2013, n. 147, in *GU n.302 del 27-12-2013 - Suppl. Ordinario n. 87* impone alle aziende speciali e alle istituzioni l'obbligo di iscrivere il proprio bilancio nel registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economico-amministrative della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del proprio territorio.

⁴⁰³ L'azienda speciale è talmente legata all'amministrazione di riferimento da farla ritenere “*elemento del sistema amministrativo facente capo allo stesso Ente territoriale*”. In tal senso si è espressa la Corte cost., 12 febbraio 1996 n.28, in www.cortecostituzionale.it

⁴⁰⁴ Cfr. Corte Conti n. 361/2011, cit.

La possibilità di esercitare un controllo analogo su un soggetto esterno, diverso dalle società di capitali, rende il modello fortemente interessante, ma vi è un ulteriore elemento di favore: l'obbligo di pareggio di bilancio.

Questa regola disincentiva l'accumulo di perdite da parte dell'azienda, garantisce all'ente locale maggiori possibilità di conseguire una sana gestione del proprio bilancio e permette di verificare l'andamento dei conti, riequilibrando le relative azioni.

Per garantire un maggiore controllo anche sull'azione economica delle società di capitali si è stabilito un legame tra il bilancio di esse e quello dell'ente locale socio, poiché quest'ultimo è obbligato ad accantonare nel proprio bilancio un fondo appositamente pensato per il ripiano delle perdite di esercizio delle società partecipate. In tal caso, l'incidenza del bilancio societario è indiretta, ma il sistema ideato mostra l'opportuna accortezza verso cui devono indirizzarsi i soci pubblici nell'approccio con le proprie articolazioni esterne⁴⁰⁵.

L'avvicinamento dei modelli si verifica anche in relazione al regime cui è sottoposta la gestione del personale, poiché sia le aziende speciali sia le società a partecipazione totale e di controllo, devono sottostare al principio di riduzione dei costi imposto alle pubbliche amministrazioni, agendo, in particolare, sulle assunzioni di personale e sul contenimento degli oneri contrattuali⁴⁰⁶.

Tutto quanto detto fa riferimento alla gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica, ma lo stesso può dirsi per i servizi strumentali, che possono essere assimilati, per disciplina, ai primi.

⁴⁰⁵ Il comma 551, art. 1, l. n. 147/2013 prevede che gli enti locali predispongano nel proprio bilancio un fondo vincolato per un importo pari al risultato negativo di bilancio conseguito dalle società partecipate e non immediatamente ripianato, secondo un ammontare proporzionale alla quota di partecipazione. Sebbene tale sistema appaia coerente con il maggiore impegno richiesto nell'attività di controllo delle società partecipate da parte dei propri enti locali soci, il meccanismo può essere oltrepassato laddove si adottino accorgimenti da parte dei soci che conoscono la situazione economica della società e che intendono prevenire situazioni di perdita in bilancio. E' possibile, ad esempio, stabilire la destinazione degli utili di esercizio a copertura future perdite, in modo da garantire la continuità economica della società ed evitare l'incidenza diretta sul proprio bilancio attraverso un'operazione che penalizza comunque il socio pubblico, privato del proprio utile, o la società medesima, cui vengono sottratte potenziali riserve per investimenti.

⁴⁰⁶ Cfr. art. 18, comma 2bis, D.L. n. 112/2008, conv. In l. n. 122/2008.

Anche per questi servizi l'ente può scegliere una gestione tramite azienda speciale e si ritiene che la natura di essi si presti maggiormente a questo modello, piuttosto che alla società di capitali.

Anche in questo caso l'ente locale deve compiere un'attenta analisi, al pari dei servizi pubblici, del servizio che intende affidare all'azienda, per verificare se l'affidamento corrisponda ai principi di azione della pubblica amministrazione e al connesso principio di economicità.

Vi sono servizi strumentali, infatti, che possono risultare adeguati alla gestione tramite azienda speciale, ma ve ne sono altri che possono avere dimensioni talmente esigue da poter essere svolti attraverso singoli uffici dedicati. Occorre, in tal caso, scongiurare la formazione di strutture al pari di quelle societarie ma scevre dello scopo di lucro.

Si può affermare, in sostanza, che il monitoraggio dell'andamento economico, le limitazioni su personale e incarichi, la predeterminazione dell'organizzazione interna, la sottoposizione agli obblighi di trasparenza e ai controlli interni richiesti dal TUEL, siano tutte previsioni che avvicinano i due modelli organizzativi in oggetto, tanto che, secondo la Corte dei Conti⁴⁰⁷, è ormai in atto una *“tendenziale omogeneità di trattamento degli organismi partecipati, qualunque sia la loro forma giuridica”*.

Una differenza di non poco conto, tuttavia, divide ancora la società di capitali dall'azienda speciale: la sottoposizione al Patto di stabilità interno. La seconda, infatti, deve essere ricompresa tra i soggetti della pubblica amministrazione cui si applicano le regole e i vincoli del Patto, fatto che rende critica la scelta di questo modello da parte di tutti quegli enti locali che non sarebbero poi in grado di garantire gli equilibri richiesti.

Pur tuttavia, l'azienda speciale rimane uno strumento rilevante, come dimostra la volontà di diversi enti locali di adottare tale sistema.

⁴⁰⁷ Cfr. *Relazione annuale sugli organismi partecipati dalle pubbliche amministrazioni 2014*, cit.

4.1.3 La trasformazione delle società di capitali in aziende speciali.

Il sistema preesistente all'abrogazione dell'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008 era orientato verso l'esclusione di forme di gestione diretta quali la gestione in economia e le aziende speciali, favorendo, seppur considerandolo comunque marginale, il modello *in house providing*, che configura una gestione diretta connotata da determinate caratteristiche⁴⁰⁸.

Le intervenute abrogazioni normative in materia di servizi pubblici locali, e il progressivo avvicinamento delle società di capitali partecipate alle amministrazioni di riferimento, hanno aperto la strada al recupero della formula organizzativa delle aziende speciali, sia per la gestione di servizi pubblici di rilevanza economica sia per i servizi strumentali.

La decisione di adottare l'azienda speciale deve confrontarsi con le attuali gestioni societarie, che sono, in buona parte, l'esito del processo di trasformazione di aziende speciali imposto alle amministrazioni territoriali dall'art. 35, co. 8, l. n. 448/2001.

La norma, stante la sua natura di transitorietà⁴⁰⁹ e a fronte del mutamento del contesto sociale e normativo, non è mai stata sottoposta ad abrogazione, ma la Corte dei Conti ritiene che in base a tali constatazioni si possa affermare l'implicita abrogazione di essa⁴¹⁰. L'adozione dell'azienda speciale potrebbe accordarsi meglio dello strumento societario all'interno del sistema di finanza pubblica integrata e ottimizzata che si va realizzando, soprattutto, in

⁴⁰⁸ Si fa riferimento al sistema di forme di gestione precostituite iniziato con l'art. 113 TUEL e culminato con l'art. 23bis, poi riproposto dall'art. 4, D.L. n. 138/2011. In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale con sentenza 3 dicembre 2010, n. 350, chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale dell'art. 23bis, D.L. n. 112/2008, conv. in l. n. 122/2008.

⁴⁰⁹ La trasformazione da azienda speciale a società di capitali era prevista entro il termine del 30 giugno 2003. Già l'art. 115 TUEL stabiliva la facoltà per gli enti locali di trasformare le aziende speciali in società per azioni. L'avvento dell'art. 35, co. 8, l. n. 448/2001 ha imposto l'obbligo di trasformazione entro un determinato termine, includendo tra le forme societarie anche la società a responsabilità limitata.

⁴¹⁰ Cfr. Corte Conti, sez. autonomie, 21 gennaio 2014, Delibera n. 2/2014/SEZAUT/QMIG, in www.corteconti.it. La Corte dei Conti, ritenendo sostenibile l'implicita abrogazione dell'art. 35, comma 8 della l. n. 448 del 2001, ha sospeso la pronuncia e trasmesso gli atti al Presidente della Corte dei Conti affinché si esprimessero le Sezioni Riunite. Precedentemente, si sono espresse favorevolmente alla trasformazione anche Sezione di Controllo per la Regione Puglia, 19 settembre 2013, n. 142 e Sezione di Controllo per la Regione Lombardia, 23 ottobre 2013, n. 460.

relazione ad elementi di assimilazione del modello alle amministrazioni di riferimento, come l'applicazione delle regole del patto di stabilità interno⁴¹¹. Se così fosse, il sistema fondato sulla gestione tramite società partecipate potrebbe mutare i propri connotati attraverso operazioni di trasformazione delle società esistenti o mediante estinzione di esse a fronte della costituzione di aziende speciali che, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte dei Conti sul tema, sono entrambe legittimate.

In relazione alla possibilità di compiere un'operazione di trasformazione occorre ricordare che la trasformazione eterogenea nella disciplina civilistica che regola il sistema societario può avvenire da società di capitali a consorzio, società consortile, cooperativa, comunione di azienda, associazione non riconosciuta e fondazione⁴¹². Nulla dice il codice civile in merito alla trasformazione in azienda speciale, ma il contesto generale, che vede anche la trasformazione tra soggetti lucrativi e *no profit*, non pare escludere il passaggio da un soggetto privato ad un soggetto di diritto pubblico.

La tesi sostenuta dai giudici contabili parte dalla constatazione che l'elenco contenuto nell'art. 2500-quinquies c.c., norma di riferimento della trasformazione eterogenea, non sia tassativo, essendo ammesse altre possibilità di trasformazione. Ciò, soprattutto, perché, in relazione alle trasformazioni societarie, vige il principio civilistico della continuità⁴¹³, secondo il quale l'ente che deriva dalla trasformazione conserva i diritti e gli obblighi, nonché prosegue in tutti i rapporti, anche processuali, dell'ente che ha effettuato la trasformazione. La successione trova una giustificazione nell'esigenza di salvaguardare la continuità dell'organismo produttivo e di evitarne la disgregazione.

A tali considerazioni, si aggiunge il fatto che entrambi i soggetti possiedono personalità giuridica e sono dotati di un patrimonio separato, a garanzia dei terzi, elemento che non può che favorire l'interpretazione favorevole alla

⁴¹¹ Così l'art. 114, co. 5-bis, D.Lgs. n. 267/2000 inserito dall'art. 25, co. 2, lett. a), D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv in l. 24 marzo 2012, n. 27 e successivamente modificato dall'art. 4, co. 12, D.L. 31 agosto 2013, n. 101, conv. in l. 30 ottobre 2013, n. 125.

⁴¹² Così l'articolo 2500-quinquies del codice civile.

⁴¹³ Cfr. art. 2498 del codice civile.

trasformazione di società di capitali in aziende speciali, poiché entrambe sono in grado di garantire con un proprio patrimonio.

L'operazione di trasformazione permetterebbe, inoltre, di ovviare ai problemi di personale attraverso la successione di un soggetto nell'altro e i beni di proprietà della società verrebbero trasferiti all'azienda, di cui diverrebbero dotazione patrimoniale di base.

La trasformazione di società di capitali appare corrispondente anche al sistema delle pubbliche amministrazioni, che mira a ricondurre le società di capitali partecipate ad un regime uniforme quanto al rispetto dei vincoli di finanza pubblica, poiché favorisce la reinternalizzazione del servizio, un risparmio di spesa in termini di organizzazione di esso, e un maggiore controllo sul gestore.

4.2 Le pubbliche amministrazioni collaborano per la gestione di servizi in comune.

Vi sono servizi che possono costituire oggetto di interesse da parte di più amministrazioni pubbliche.

In tal caso, esse possono decidere di gestire tali servizi in maniera congiunta attraverso la costituzione di aziende consortili oppure attraverso società di capitali.

Il sistema dell'ultimo decennio sviluppatosi intorno allo strumento societario ha favorito il fiorire di una grande quantità di società partecipate da una molteplicità di amministrazioni pubbliche, soprattutto in relazione allo svolgimento di servizi strumentali adottando il modello *in house*.

In base al sistema normativo vigente, ogni amministrazione territoriale è tenuta a svolgere nei confronti delle società i controlli sull'andamento economico sul raggiungimento degli obiettivi affidatili e sull'efficienza del servizio⁴¹⁴.

Questo impianto è difficilmente sostenibile quando sono presenti tanti soci pubblici e la partecipazione di ognuno è esigua, perché ogni ente si presenta

⁴¹⁴ Di questa attività di controllo l'ente locale deve dar conto nel referto alla Corte dei Conti ai sensi dell'art. 147 quater TUEL.

con esigenze differenti e peculiarità che avrebbero bisogno di essere affrontate in confronto paritario, come raramente accade in contesti societari dove incide inevitabilmente la quantità di capitale investito.

Si potrebbe obiettare che i patti parasociali possano sopperire alla carenza di una partecipazione in grado di varcare la soglia dell'influenza dominante, secondo la definizione che ne fornisce l'art. 2359 cc, ma l'impiego di accordi parasociali trova diversi limiti, tra cui l'assenza o la disapplicazione, nella prassi, di penali in capo ai soci che partecipano all'accordo. Ai soci di minoranza sono sottratte, di fatto, quelle tutele che sarebbero in grado di garantire una maggiore incidenza sull'assetto societario.

Tutto ciò aumenta nelle società che adottano il modello dell'*in house providing* perché, indipendentemente dalla partecipazione, a tutti i soci dovrebbe essere garantita la medesima capacità di incidere sulle scelte gestionali della società e sulla definizione degli obiettivi strategici.

La rilevanza che un socio acquisisce rispetto agli altri soci di minoranza fa venire meno i requisiti del controllo analogo richiesti per la persistenza del modello *in house providing*, svelando l'inadeguatezza dello strumento allo scopo perseguito, ovvero quello di aggregare la gestione per operare risparmi di spesa e garantire elevate qualità prestazionali.

La scelta dell'ente locale sulle modalità con cui reperire i servizi di cui necessita può condurlo verso schemi di partenariato con altre amministrazioni pubbliche, con cui sottoscrivere accordi per lo svolgimento in sinergia del servizio⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Un'interessante analisi del sistema è svolta da A. De Michele, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, AA.VV., F. Mastragostino (a cura di), Torino, 2011. Si veda anche G. Greco, *Accordi Amministrativi tra provvedimento e contratto*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, F. G. Scoca- F. Roversi Monaco - G. Morbidelli (a cura di), Torino, 2003. La giurisprudenza europea più significativa è espressa in CGCE, 9 giugno 2009, *Commissione/Repubblica federale di Germania*, causa C-480/06, che ha affermato la legittimità di un accordo stipulato tra quattro *Landkreise* tedeschi e la città di Amburgo, condizionandola al verificarsi di determinati presupposti. Precedentemente il tema è stato affrontato da CGCE, sez. II, 13 gennaio 2005, causa C-84/03, in *Urb. e App.*, con nota di G. Bardelli, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra pp.aa. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*, id, 2005, 11, 1277. Recenti pronunce su fatti italiani in CGCE, 19 dicembre 2012, causa C-159/11 (Azienda Sanitaria di Lecce) e il relativo commento di R. Caranta, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2013, fasc. 4, 388; CGCE, C-564/11, "*Ordine Ingegneri*

Tali accordi sono stati presi in considerazione dalla giurisprudenza europea in relazione alla potenziale distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati, laddove un fornitore privato sia privilegiato rispetto agli altri.

Considerati quali decisioni rientranti nell'ambito della discrezionalità degli enti locali, essi vengono sottratti all'applicazione delle regole relative ai contratti pubblici⁴¹⁶ se posseggono determinati requisiti, che si andranno ad indicare nel prosieguo.

A livello nazionale la legittimità di sottoscrivere accordi per la gestione di servizi pubblici locali è andata di pari passo con il progressivo riconoscimento del potere discrezionale di esse, positivizzato nell'art. 15 della legge n. 241/1990.

Lo strumento negoziale tra pubbliche amministrazioni permette di raccordare lo svolgimento di servizi che nell'alveo di rapporti esclusivamente pubblicistici siano in grado di favorire economie di scala⁴¹⁷.

4.2.1 L'organizzazione del partenariato pubblico-pubblico 'orizzontale'.

Gli accordi tra amministrazioni pubbliche possono assumere i caratteri di cooperazioni 'orizzontali' oppure 'verticali'.

Nel primo caso, si tratta di accordi sottoscritti tra amministrazioni che detengono medesime competenze istituzionali e che, per questo, perseguono finalità identiche; mentre gli accordi 'verticali' avvengono tra amministrazioni cui sono affidate competenze differenti, ma che, per una serie di motivi, principalmente legati al territorio, si trovano nella necessità di coordinare il proprio operato in relazione ad una certa funzione o ad un certo servizio.

Lombardia e altri" e CGCE, C-352/12 "*Consiglio Nazionale degli Ingegneri*", tutte in curia.europa.eu.

⁴¹⁶ La giurisprudenza nazionale si è espressa sul tema, in ultimo CdS, sez. II, 22 aprile 2015, n. 1178, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Le Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE fanno esplicito riferimento a tali convenzioni per escluderle dall'applicazione delle regole di evidenza pubblica poste a presidio della concorrenza.

⁴¹⁷ Sottolineano la necessità di un interesse comune F. Caringella - R. Garofoli, *Codice amministrativo*, Milano, 2008, 1191; S. Piraino, *Gli accordi amministrativi*, in *Nuova Rassegna Leg. e Dott.*, 82, 2008, 1557.

Per la realizzazione degli accordi ‘orizzontali’ viene individuata, solitamente, un’amministrazione facente parte dell’accordo cui demandare l’esecuzione del servizio o delle funzioni, oppure viene costituita un’unità operativa specifica, collocata al di fuori delle amministrazioni interessate.

Per gli accordi di cooperazione ‘verticale’ si rende, invece, necessaria la creazione di un soggetto giuridico distinto dalle amministrazioni coinvolte, che diviene una struttura esterna all’organizzazione burocratica, riconducibile alla categoria dei soggetti *in house providing*.

Gli accordi ‘orizzontali’, o anche detti ‘non istituzionalizzati’, suscitano molto interesse tra le amministrazioni territoriali, soprattutto tra quelle più *provate* dagli obblighi di risparmio di spesa, ma possono avere un impatto negativo nei confronti del mercato concorrenziale e, per ciò stesso, vanno individuati in maniera specifica.

Mentre è pacifico, infatti, che gli accordi sottoscritti tra amministrazioni pubbliche per l’organizzazione di funzioni amministrative non ledono la concorrenza, poiché si tratta di trasferimenti di competenze per la realizzazione di compiti pubblici⁴¹⁸, sorgono dubbi in relazione alle operazioni di vendita e di acquisto di beni o servizi che possono rivestire carattere di commercialità, poiché sarebbero da assoggettare alle regole stabilite per i contratti pubblici.

La Corte di Giustizia e la Commissione europea hanno individuato alcuni criteri che permettono di identificare gli accordi pubblici sottratti alle regole del mercato, e quelli sottoposti all’evidenza pubblica⁴¹⁹.

Uno degli elementi su cui si devono basare gli accordi tra pubbliche amministrazioni consiste nel coordinamento dei rispettivi ambiti di intervento su “*oggetti di interesse comune*”⁴²⁰.

La presenza di un ‘interesse pubblico comune’ non trova definizione nelle pronunce della Corte di Giustizia, ed è forse per questa ambiguità su di un elemento determinante della fattispecie che la maggior parte degli accordi su

⁴¹⁸ Il punto è ribadito nell’art. 2 della Direttiva 2014/23/UE, *cit.*

⁴¹⁹ La Commissione europea ha espresso preoccupazione sul tema del partenariato pubblico-pubblico nel “*Libro verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*”, paragrafo 2, del 27 gennaio 2011, in *eur-lex.europa.eu*.

⁴²⁰ Cfr. “*Libro verde*” *cit.*

cui la giurisprudenza europea si è espressa sono stati ricondotti nell'alveo degli appalti pubblici⁴²¹, per carenza di tale requisito.

D'altra parte, quale sia il contenuto dell' 'interesse pubblico comune' alle amministrazioni coinvolte nella collaborazione, non viene specificato neppure nella normativa che ha recepito l'esistenza del modello gestione e gli elementi che lo caratterizzano, poiché il requisito viene riportato dalla formulazione giurisprudenziale senza alcuna specificazione⁴²².

Particolare attenzione è rivolta alla regolamentazione economica dei rapporti tra le amministrazioni coinvolte, strettamente connessa alle attività oggetto dell'accordo.

Questo elemento assume un carattere determinante per la definizione dell'istituto, perché nella prassi accade spesso che gli accordi sottoscritti abbiano natura patrimoniale, prevedendosi prestazioni a titolo oneroso.

Accordi di questo tipo non possono essere ricondotti nell'alveo degli accordi tra pubbliche amministrazioni, ma afferiscono al rapporto di appalto, che è il contratto a titolo oneroso con cui uno o più operatori economici si impegnano ad eseguire lavori, a fornire prodotti o a prestare servizi⁴²³.

⁴²¹ Si vedano le cause C-159/11, "AUSL Lecce", C-564/11, "*Ordine Ingegneri Lombardia e altri*" e C-352/12 "*Consiglio Nazionale degli Ingegneri*", tutte in *curia.europa.eu*

⁴²² Cfr. art. 12, comma 4, Direttiva 2014/24/UE, secondo cui "*Un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*
a) *il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;*
b) *l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e*
c) *le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione*".

Sul punto si vedano G. Caranta, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, (Nota a CGUE Grande sezione 19 dicembre 2012, causa C-159/11), in *Urb. e App.*, 2013, fasc. 4, 391 e P.C. Santacroce, *Osservazioni sul "partenariato pubblico-pubblico", tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *GiustAmm.it*, 2014, fasc. 6, 15.

⁴²³ Ai sensi dell'art. 3, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006, sono appalti pubblici "*i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi*" come definiti dal D.Lgs n. 163/2006. Nella Direttiva 2014/24/UE vengono definiti come "*contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*".

4.2.3 Requisiti essenziali del partenariato pubblico-pubblico 'orizzontale'.

Quanto detto introduce all'identificazione degli indici attraverso cui individuare gli accordi sottratti alla disciplina degli appalti.

Essi riguardano le cooperazioni tra amministrazioni pubbliche:

- che abbiano ad oggetto l'adempimento congiunto di una funzione pubblica o di un servizio pubblico;

- che utilizzino risorse proprie, senza l'intervento di soggetti privati;

- che perseguano un obiettivo comune, da cui consegue che l'attività deve essere rivolta alle medesime amministrazioni;

- che i diritti e gli obblighi stabiliti tra le parti non siano a titolo oneroso, ma volti al preordinato perseguimento dell'interesse pubblico. Tutte le amministrazioni coinvolte, infatti, devono effettivamente partecipare all'esecuzione del servizio condividendo i compiti e le responsabilità⁴²⁴. Se, infatti, un'amministrazione si rivolgesse ad un'altra allo scopo di ottenere servizi astrattamente reperibili sul mercato, ci si troverebbe nell'alveo dei rapporti di scambio soggetti alla disciplina dei contratti pubblici⁴²⁵.

L'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia è stato trasfuso nelle tre Direttive di riforma dei contratti pubblici del 2014, secondo cui gli accordi che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità tra amministrazioni pubbliche con lo scopo di attuare i propri compiti, e non prevedono una remunerazione in cambio di prestazioni contrattuali, fanno parte dell'organizzazione interna degli Stati membri e, in quanto tali, non sono assoggettati alle regole sugli appalti pubblici⁴²⁶.

⁴²⁴ Così si esprime l'AVCP, determinazione 21 ottobre 2010, n. 7, in www.avcp.it, in cui affronta l'interpretazione dell'articolo 34, D.Lgs. 163/2006 relativo ai soggetti cui possono essere affidati contratti pubblici e, richiamando la giurisprudenza comunitaria in tema, tratteggia la figura delle convenzioni tra amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di servizi in comune.

⁴²⁵ Cfr. CdS, sez. V, 30 settembre 2013 n. 4832 e 16 gennaio 2015 n. 84, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴²⁶ Si fa riferimento, in particolare, all'art. 1 par. 6, all'art. 12, par. 4, Direttiva 2014/24/UE e all'art. 17, par. 4, Direttiva 2014/23/UE. Si richiamano anche i Considerando (45) e (47) di quest'ultima, che ribadiscono l'esclusiva finalità pubblica di tali accordi e la necessità che non provochino distorsioni della concorrenza. Inoltre, il Considerando (31) della direttiva 2014/24/UE sottolinea come non siano automaticamente sottratti dalla disciplina degli appalti pubblici gli accordi tra amministrazioni, la cui costituzione deve attenersi ai criteri giurisprudenziali e normativi individuati.

Viene confermato che il discrimine tra il partenariato pubblico-pubblico e l'appalto pubblico va individuato nell'assenza di un corrispettivo per la prestazione resa, e gli unici movimenti finanziari ammessi tra le parti sono quelli corrispondenti al rimborso delle spese effettivamente sostenute⁴²⁷.

La realizzazione di un partenariato pubblico-pubblico sottratto alle regole dei contratti pubblici, non pare, tuttavia, facilmente realizzabile nella prassi⁴²⁸ perché, sia il quadro normativo relativo ai connotati fondamentali che lo costituiscono sia le valutazioni operate dalla giurisprudenza europea sono fortemente sbilanciate nella direzione della tutela della concorrenza; mentre esso deve necessariamente coordinarsi con l'esigenza di operare risparmi di spesa e con il correlato scopo di soddisfare in maniera adeguata alle esigenze della collettività⁴²⁹.

In un contesto in cui le amministrazioni devono operare in regimi economici particolarmente vincolati, la condivisione del *know how* di alcune amministrazioni pubbliche potrebbe favorire lo sviluppo di beni o servizi che, se ottenuti da operatori economici esterni, sarebbe raggiunto con modalità più onerose⁴³⁰.

Se da una parte si intende tutelare e promuovere la concorrenza (da cui deriva anche la legislazione europea in favore del rilancio del mercato unico) ma, al tempo stesso, gli effetti della congiuntura economica mondiale

⁴²⁷ In questo senso CGCE, 29 novembre 2007, causa C-119/06; CGCE, 12 luglio 2001, causa C-399/98 (in relazione alla Direttiva 93/37). A livello nazionale CdS, sez. V, 13 luglio 2010, n. 4539, in www.dirittodeiservizipubblici.it; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 9 aprile 2009, n. 985, in www.appaltiecontratti.it; CdS, sez. V, 12 aprile 2007, n. 1707, in *Giur. it.* 2008; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 16 marzo 2005, n. 612, in *Ragiusan*, 2005, 257.

⁴²⁸ Di questa opinione A. Bartolini, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti* (Nota a sentenza: Corte di Giustizia UE, 16 maggio 2013, causa C-564/11; Corte di Giustizia UE, 13 giugno 2013, causa C-386/11), in *Urb. e App.*, 2013, fasc. 12, 1260.

⁴²⁹ In tal senso A. Bartolini, *Accordi organizzativi e diritto europeo*, cit.

⁴³⁰ Appare ragionevole il parere del Consiglio di Stato, 22 aprile 2015, n. 1178, in www.giustizia-amministrativa.it, che ritiene legittimi accordi, convenzioni e contratti di servizi tra l'Agenzia del demanio ed ogni altro soggetto pubblico (comprese società di capitali totalmente pubbliche) finalizzati alla gestione e valorizzazione dei rispettivi patrimoni immobiliari. Il fine comune di tali amministrazioni prescinde dalla natura demaniale o patrimoniale dei beni oggetto delle convenzioni e si rinviene nell'esigenza pubblicistica di valorizzare economicamente e socialmente il territorio attraverso il miglior impiego degli immobili.

impongono alle amministrazioni pubbliche di operare risparmi di spesa, coordinare tali esigenze attraverso schemi convenzionali tra amministrazioni pubbliche potrebbe rivelarsi di difficile esplicazione, anche se potenzialmente rilevante per l'evoluzione dell'articolazione strutturale della pubblica amministrazione.

4.3 Il partenariato pubblico-privato nella concessione di servizi pubblici.

La gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica tramite formule collaborative tra pubblico e privato non si esaurisce nell'impiego dello strumento societario, ma attinge ad ulteriori forme definite di 'partenariato pubblico-privato contrattuale', dove il rapporto si fonda su un contratto. Rientrano in tale categoria le concessioni, che originariamente costituivano l'atto con cui si attribuiva ai privati la legittimità di utilizzare beni pubblici attraverso determinate modalità regolate dalla concessione medesima.

Successivamente la concessione è stata impiegata come strumento di regolazione delle attività svolte dai privati sui beni pubblici, in considerazione della pubblica utilità che esse rivestono e dello sfruttamento economico che di essi si può fare⁴³¹.

Esse si collocano a pieno titolo tra gli strumenti di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica quale espressione dell'autonomia discrezionale che caratterizza l'organizzazione amministrativa⁴³².

L'istituto concessorio ha attratto l'interesse degli studiosi relativamente alla natura giuridica di esso, in relazione all'attribuzione di attività pubbliche ad un soggetto privato, e l'approccio sistematico ne ha colto la natura pubblica, intendendola quale atto amministrativo unilaterale, o convenzionale, che

⁴³¹ La considerazione è effettuata da A. Pioggia nel suo pregevole contributo *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il 'pubblico servizio' in Italia?*, Dir. amm., 2013, fasc. 3, 481. Sull'impiego della concessione quale strumento di organizzazione dei servizi pubblici locali si veda F. Trimarchi Banfi, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967.

⁴³² Così il noto ed attuale contributo di F. Pellizzer, *Le concessioni di opera pubblica, caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990 che offre una ricostruzione delle teorie sulla natura giuridica della concessione e del suo inserimento tra gli strumenti di gestione pubblica dell'economia.

ammette la bilateralità del rapporto con il privato a seconda del momento storico di osservazione⁴³³.

Pur tuttavia, l'approccio coerente alla struttura allargata dell'articolazione pubblica e le modalità con cui il servizio viene reso dai concessionari, appare quello in cui viene considerata la funzionalità della concessione alla dialettica tra potere pubblico e attività di impresa⁴³⁴.

Il medesimo dibattito, tra l'altro, è traslato successivamente sulle società di capitali, in particolare su quelle miste, dove emerge in maniera più significativa che in altre forme di gestione il dualismo tra pubblico e privato. La definizione della natura della concessione si affianca alla definizione degli elementi che la qualificano, per lungo tempo identificati per sottrazione rispetto all'appalto di servizi⁴³⁵.

L'appalto si differenzia dalla concessione, per il fatto che il compenso spettante all'appaltatore viene corrisposto dall'amministrazione aggiudicatrice⁴³⁶, mentre, nella concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione si configura nel diritto di gestire il servizio, o di costruire

⁴³³ Ibidem, *Le concessioni di opera pubblica*, cit., 1990; ma anche R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998 e Id, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.*, 1994, 113. Per una pregevole ricostruzione della materia si veda A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni amministrative di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, fasc. 4, 567. In relazione alla concessione quale modello di gestione di servizi pubblici, il dato normativo relativo a questi ultimi, che limitava i casi di monopolio pubblico, ha aperto la strada all'idea che si trattasse di un "contratto ad oggetto pubblico"⁴³³, andando oltre al tradizionale inquadramento pubblicistico che la annoverava tra i provvedimenti amministrativi. Tale tesi è stata avallata dalla qualificazione normativa tra i contratti amministrativi, che legittima il concessionario ad agire per il soddisfacimento di interessi che appartengono *ex lege* all'amministrazione pubblica. Così cfr. l'art. 11, l. n. 241/1990. Sul tema si vedano gli scritti di F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, I, 1993, 21 e di G. Miele, *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 147.

⁴³⁴ Ibidem, *Le concessioni di opera pubblica*, cit., 1990.

⁴³⁵ Le Direttive 17 e 18 del 2004, recepite nell'art. 3, D.Lgs. n. 165/2006, definivano la concessione di servizi come il 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".

⁴³⁶ Così CGCE, sez. III, 10 settembre 2009, causa C-206/08, punto 51, in www.dirittodeiservizipubblici.it in relazione alla rilevanza del rischio di gestione nelle due figure contrattuali. Nella giurisprudenza nazionale, in ultimo, si veda CdS, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5079, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

l'opera, anche, eventualmente, accompagnato da un prezzo pagato dall'Amministrazione⁴³⁷.

Il concessionario trae, dunque, i suoi proventi, dall'utilizzazione economica del servizio, assumendo tutti i rischi connessi alla gestione di esso. Tali rischi possono essere in parte mitigati da eventuali riequilibri durante la gestione, dettati da situazioni regolamentate in sede di contrattazione iniziale, e in genere relativi a servizi che non abbiano possibilità di auto remunerazione esclusivamente in base alla semplice gestione del servizio.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, la differenza tra l'appalto e la concessione di servizio pubblico si evince da una serie di "indici rilevatori" desumibili dalle fonti normative e dalle elaborazioni giurisprudenziali, sia nazionali sia europee⁴³⁸. L'analisi che tale giurisprudenza offre si focalizza su tre elementi: l'oggetto del servizio reso, il soggetto destinatario del servizio, le prestazioni a carico dei contraenti.

Nella concessione, il servizio pubblico riveste finalità sociali, viene erogato a favore di un'indeterminata platea di utenti, e il rischio economico della gestione grava sul concessionario. Si tratta, quindi, di un rapporto trilaterale, in cui l'amministrazione pubblica stabilisce una serie di obblighi a carico del concessionario, che rimane, tuttavia, libero di effettuare scelte sulla organizzazione del servizio da fornire agli utenti.

Definire se una gestione ricada sotto il regime della concessione o sotto quello dell'appalto determina le modalità di applicazione dell'evidenza pubblica nella selezione del contraente cui spetta il compito di svolgere il servizio.

⁴³⁷ Cfr. Codice dei Contratti, art. 3, comma 12, "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, in conformità all'articolo 30".

⁴³⁸ L'identificazione di "indici rilevatori" è effettuata da CdS, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1863, che richiama le seguenti fonti: Comunicazioni interpretative della Commissione europea 5 febbraio 2008 e 12 aprile 2000; direttive 2004/18 e 2004/17 (trasfuse in Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE); artt. 3, co. 12, e 30 codice dei contratti pubblici; artt. 112 e 113 TUEL; circolari della P.C.M. nn. 3944 del 1 marzo 2002 e 8756 del 6 giugno 2002; CGCE, 15 ottobre 2009, C-196/08; 13 settembre 2007, C-260/04; Corte cost., 7 giugno 2013, n. 134; 12 aprile 2013, n. 67; 20 luglio 2012, n. 199; 17 novembre 2010, n. 325; Cass, S.U., 15 giugno 2009, n. 13892; 22 agosto 2007, n. 17829; CdS, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13; 3 marzo 2008, n. 1; 30 gennaio 2014, n. 7.

4.3.1 Il rischio di impresa del privato nella gestione del servizio pubblico locale tramite concessione.

La concessione si caratterizza per il fatto che il corrispettivo spettante al concessionario viene pagato dagli utenti e il rischio relativo alla gestione del servizio ricade interamente sul concessionario medesimo⁴³⁹. Questi, infatti, deve sopportare i rischi connessi alla gestione e all'eventuale uso ordinario delle opere ad esso strumentali⁴⁴⁰, che possono risultare consistenti in relazione alla rilevanza del servizio.

La normativa europea, intervenuta sullo strumento della concessione⁴⁴¹, definisce il rischio del concessionario come "rischio operativo", identificato nel rischio di natura economica legato al recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per svolgere i servizi aggiudicati, sempre che si operi in condizioni normali.

A carico dell'amministrazione permane un margine di rischio in tutti quei casi in cui la gestione avvenga su mercati privi di domanda, dove al concessionario è, *ex se*, esclusa la possibilità di remunerazione. Essa deve derivare in via esclusiva dalla gestione dell'opera o del servizio in concessione, ma può essere in parte coperta dall'amministrazione pubblica.

Il rischio operativo da valutare ai fini della definizione del regolamento contrattuale è quello di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono presentarsi sia sul lato della domanda effettiva di lavori o servizi oggetto del contratto, sia sul lato dell'offerta, laddove la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda.

Ciò che rileva dunque, per il diritto europeo, è il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario⁴⁴², e non devono essere presi in considerazione rischi legati ad una cattiva

⁴³⁹ Nell'art. 143, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, in relazione alle concessioni c.d. fredde, ovvero quelle in cui l'opera sia direttamente utilizzata dalla pubblica amministrazione, è inserita la raccomandazione di mantenere in capo al concessionario "*l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera*", mentre nulla viene detto in relazione alle concessioni in cui la remunerazione provenga dagli utenti. Sulle concessioni fredde si veda lo studio dell'ex AVCP, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione*, determinazione 11 marzo 2010, n. 2.

⁴⁴⁰ Così si esprime la Comunicazione sulle concessioni 2000, cit. in relazione alle concessioni di opera.

⁴⁴¹ Cfr. Direttiva 2014/23/UE, cit.

⁴⁴² Cfr. Direttiva 2014/23/UE, cit. considerando 18-20.

gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore, poiché si tratta di alea connaturata a qualsiasi attività imprenditoriale, che non caratterizza, né determina, la tipologia delle concessioni.

In questo senso, la previsione di una durata limitata delle concessioni⁴⁴³ dovrebbe favorire un impegno del privato concessionario ad offrire il servizio secondo metodologie in grado di garantire la soddisfazione dell'utenza e che siano, al tempo stesso, remunerative per esso.

Lo schema concessorio si può configurare anche in caso di limitazione del rischio dovuto alla presenza di tariffe regolamentate, o dove il rischio operativo sia limitato mediante accordi di natura contrattuale che prevedano una compensazione parziale o compensazioni per cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili ad una delle parti, o per cause di forza maggiore.

Rientra nell'ambito della concessione anche il rapporto in cui il rischio è escluso dalla regolamentazione settoriale specifica che prevede una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto.

Il c.d. prezzo che l'amministrazione si impegna a pagare al concessionario, e i casi in cui ciò può avvenire, devono, dunque, essere indicati nel contratto concessorio in maniera chiara e palese, per evitare che la concessione si trasformi in un appalto, dove l'alea imprenditoriale è ridotta, e valgono regole differenti.

Per questo motivo, in capo all'amministrazione pubblica, è posto il dovere di valutare *ex ante* la congruità della proposta economica del concessionario rispetto al servizio da gestire, in relazione alla capacità di tale proposta di garantire l'equilibrio economico-finanziario per tutto il periodo della concessione⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Come stabilito dall'art. 18, Direttiva 2014/23/UE, cit.

⁴⁴⁴ La giurisprudenza amministrativa è chiara in questo senso, anche in relazione ad altre figure di ppp. Cfr. CdS, sez. V, 15 settembre 2009, n. 5503, in *Foro amm*, CDS, 2010, 2019; CdS, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287, in *www.giustamm.it*; CdS, sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ma anche TAR Emilia Romagna, 20 maggio 2004, n. 762, in *TAR*, 2004, I, 2481. Inoltre, cfr. la previsione dell'art. 143, comma

4.3.2 Il ruolo di vigilanza della Pubblica Amministrazione

Ciò che rileva, soprattutto in situazioni di confine tra l'istituto della concessione e quello dell'appalto, è il contenuto dell'accordo tra essi, che si articola variamente a seconda dell'una o dell'altra fattispecie e del servizio che si intende far gestire.

Il contratto diviene uno strumento essenziale per la pubblica amministrazione anche per verificare lo svolgimento del servizio⁴⁴⁵, sollecitando il concessionario ad un continuo miglioramento di esso.

Diviene determinante la formulazione delle clausole contrattuali che devono garantire all'amministrazione adeguate garanzie sulle prestazioni del privato. Esse contengono le modalità con le quali vengono coordinate le azioni congiunte (solitamente si tratta di tavoli tecnici o di comitati di gestione), il sistema con cui avvengono i controlli da parte dell'amministrazione, e le penali cui il concessionario è sottoposto in caso di mancato adempimento delle proprie prestazioni.

Rendere consapevole il concessionario della presenza di una vigilanza sul proprio operato è rilevante anche per disincentivare eventuali pratiche scorrette che decidesse di mettere in pratica laddove, diversamente, non vi fosse una controparte *forte* cui rendere conto dell'esecuzione della propria prestazione.

La funzione di controllo in capo all'amministrazione pubblica si esplica nel rapporto concessorio in relazione alla qualità del servizio reso, che deve essere conforme ai parametri indicati in contratto.

Ciò costituisce una rilevante differenza rispetto alla gestione di servizi pubblici tramite società di capitali, poiché, in tal caso, agli enti locali è affidato un precipuo obbligo di monitorare i propri organismi esterni, nell'ottica di un controllo generale sull'andamento della spesa dell'ente

7, D.Lgs. n. 163/2006 relativa alle concessioni di lavori, che viene richiamata anche per la concessione di servizi, poiché si ritiene in tal caso compatibile.

⁴⁴⁵ La mancata vigilanza è causa di danno erariale. Così si esprimeva in tema di concessioni di lavori, l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nella determinazione 11 marzo 2010, n. 2, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, in www.avcp.it. Ma già, nello stesso senso, il *Libro Verde* sui PPP del 2004, cit., punto 22.

locale medesimo, chiamato a rispettare le regole contabili e l'equilibrio di bilancio.

I c.d. 'controlli interni', storicamente identificati nei controlli di regolarità amministrativa contabile, di gestione e di controllo strategico, nel tempo si sono arricchiti di⁴⁴⁶:

- controllo sugli equilibri finanziari dell'ente, strumentale alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti dal Patto di stabilità interno;
- verifica dell'efficacia ed economicità degli organismi gestionali esterni all'ente, attraverso la verifica dello stato di attuazione di indirizzi ed obiettivi gestionali attribuiti;
- verifica della qualità dei servizi erogati, sia direttamente, sia mediante organismi gestionali esterni.

In relazione agli organismi esterni, tra cui sono da annoverare le società di capitali, gli enti locali devono adottare atti regolamentari con cui stabilire un flusso informativo con la società, che ne rilevi: i rapporti finanziari tra questa e l'ente locale; la situazione contabile, gestionale e organizzativa; la qualità dei servizi; il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica; i contratti di servizio.

Nel documento unico di programmazione dell'ente locale vengono, inoltre, definiti gli obiettivi gestionali cui deve tendere ciascuna società partecipata, secondo standard qualitativi e quantitativi predeterminati, e il monitoraggio su di essi deve essere eseguito periodicamente anche, e soprattutto, al fine di identificare per tempo gli eventuali interventi correttivi, utili a ridurre squilibri economico finanziari, rilevanti per il bilancio comunale.

I risultati del controllo svolto devono essere presentati annualmente alla Corte dei Conti⁴⁴⁷, mentre i risultati complessivi della gestione dell'ente e delle partecipate devono essere rilevati all'interno del bilancio consolidato.

⁴⁴⁶ Cfr. art. 147-quater TUEL, introdotto dal D.L. 10 ottobre 2012, n. 174, conv. con modif. in L. 7 dicembre 2012, n. 213, in *G.U.* 07 dicembre 2012, n. 286.

⁴⁴⁷ L'art. 148 del TUEL è stato novellato dal D.L. n. 174/2012, che aveva stabilito il controllo della Corte dei Conti sulla *"legittimità e regolarità delle gestioni, nonché del funzionamento dei controlli interni ai fini del rispetto delle regole contabili e dell'equilibrio di bilancio di ciascun ente locale"*. A seguito dell'ulteriore modifica introdotta dall'art. 33 del D.L. n. 91/2014, il controllo affidato alla Corte si concentra sul funzionamento dei controlli interni, sulla loro adeguatezza ed efficacia, secondo la seguente formulazione: "Le sezioni regionali della Corte dei conti, con cadenza annuale,

Questo sistema si inserisce nella più ampia visione dell'amministrazione pubblica quale unico soggetto contabile e si connette con l'obbligo, in capo al socio pubblico, di accantonare nel proprio bilancio una somma pari alla perdita non ripianata delle proprie società partecipate, poiché garantisce all'ente locale una visione precisa sulla situazione del proprio portafoglio azionario.

Come mostrato, dunque, mentre il rapporto tra amministrazione pubblica e concessionario si fonda su elementi civilistici, legati alla corretta esecuzione della prestazione assunta dal secondo nei confronti della prima; il controllo dell'amministrazione pubblica sulla società di capitali partecipata ha natura pubblicistica e mira ad una valutazione sostanziale sulle strategie adottate da questa nella gestione dei servizi che le sono affidati, in vista di una valutazione analitica sulla ricaduta dei costi sostenuti per il mantenimento di un soggetto giuridico esterno.

L'esternalizzazione del servizio tramite concessione può favorire uno sgravio di costi da parte dell'ente locale, che si possono quantificare in relazione ai costi indiretti della società, che la rinnovata disciplina sui controlli interni ha maggiormente evidenziato, ma, al tempo stesso, diviene fondamentale lo sviluppo di schemi contrattuali che soddisfino le esigenze qualitative del servizio da rendere.

La scelta in favore dell'uno o dell'altro modello gestionale deve tendere al miglioramento dei propri risultati economici e oltrepassare il semplice rapporto amministrazione-concessionario, passando attraverso il coinvolgimento degli utenti cui viene erogato il servizio.

nell'ambito del controllo di legittimità e regolarità delle gestioni, verificano il funzionamento dei controlli interni ai fini del rispetto delle regole contabili e dell'equilibrio di bilancio di ciascun ente locale [...]". Si vedano delibera Corte conti Delibera n. 28/2014/SEZAUT/INPR dell'11 dicembre 2014 e delibera Corte conti n. 4/SEZAUT/2013/INPR del 18 febbraio 2013, in www.corteconti.it, in cui si evince anche il passaggio dal referto semestrale a quello annuale.

4.3.3 Il ritorno della concessione per la gestione di servizi pubblici locali.

In un momento storico di riconsiderazione degli strumenti di azione della pubblica amministrazione e di valorizzazione delle buone pratiche organizzative, un ritorno dello strumento concessorio appare quanto mai opportuno.

Per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è stata preferita la formula societaria per una serie di motivi ricordati nel corso del presente lavoro e che, in relazione alla concessione, si arricchiscono di un'ulteriore considerazione legata alla convinzione che essa costituisse un possibile elemento di distorsione dei mercati concorrenziali⁴⁴⁸ poiché il sistema delineatosi nel tempo premiava poche imprese, che consolidavano la propria posizione in virtù di concessioni di lunga durata.

Stante il preminente principio comunitario di salvaguardia della concorrenza, l'istituto è apparso in netto contrasto con essa, perché non forniva garanzie sulla parità di trattamento delle imprese sul mercato.

L'impostazione dell'Unione Europea ha influito sulle scelte normative nazionali, che hanno ridotto la portata della concessione a favore di gestioni

⁴⁴⁸ Si veda in questo senso G. Rossi, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 2005, ma prima anche M. D'Alberti, *Concessioni e Concorrenza*, in *Temi e Problemi*, n. 8/1998, AGCM (a cura di), su www.agcm.it, in cui si affermava che la concessione fosse in grado di “*produrre gravi distorsioni del gioco della concorrenza: la restrizione dell'accesso al mercato, limitato ad uno o a pochi concessionari, è la regola; l'impresa concessionaria gode di una posizione dominante o privilegiata; la pubblica amministrazione concedente è titolare di poteri di direzione che le consentono un'influenza determinante sull'attività del concessionario. Le distorsioni spesso divengono stravolgimenti, come quando il conferimento della concessione è affidato alla piena discrezionalità dell'amministrazione concedente, o quando i privilegi del concessionario sono esasperati dalla presenza di un'esclusiva a suo favore, dalla lunga durata della concessione, dalla sua facile rinnovabilità.*” Si proponeva, dunque, di “*limitare l'impiego delle concessioni, individuando i settori in cui esse appaiono ancora "giustificabili" e quelli in cui non lo sono più.*” e, in particolare, “*le concessioni amministrative si "giustificano" solo ed esclusivamente nei settori coperti da una chiara ed esplicita "riserva" di proprietà o d'impresa prevista dalla legge a favore dello Stato o di pubblici poteri.*”, mentre “*Nei settori in cui non vi è mai stata "riserva" o in cui quest'ultima è caduta a seguito della liberalizzazione introdotta soprattutto per virtù della normativa comunitaria, le concessioni non trovano più "giustificazione": nei molti casi in cui si continua ancora ad utilizzarle in tali settori, sarebbe necessario sostituirle con altri strumenti non distorsivi.*”. Nello studio di R. Caranta, *Le concessioni di servizi pubblici*, in F. Caringella, M. Protto, *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Torino, 2012, 753, si riportano alcune vicende della storia delle concessioni a livello europeo, e si sottolinea il fatto che la Commissione ha sollecitato più volte una definizione normativa di concessione.

tramite società di capitali, cui il servizio è stato principalmente attribuito tramite ‘affidamento’.

A questa fase di disfavore è seguito un mutamento del contesto sociale ed economico del mercato europeo che ha condotto ad una rivalutazione della concessione di servizi pubblici, annoverata tra gli strumenti della “strategia Europa 2020”⁴⁴⁹ e disciplinata per la prima volta tramite Direttiva 2014/23/UE⁴⁵⁰.

La riforma dei contratti pubblici, di cui fa parte la Direttiva 2014/23/UE, si inserisce tra le azioni dell’Unione europea a favore della ripresa economica del mercato europeo e mira al miglioramento delle finanze pubbliche tramite apporto di capitali privati e alla valorizzazione dell’economia reale attraverso l’elaborazione di azioni di sostegno alle piccole e medie imprese, considerate un motore dell’economia europea⁴⁵¹.

Nella Direttiva, le regole sulla concessione di servizi e di lavori vengono unificate, per consentirne una disciplina comune, diversamente da quanto avvenuto fino ad ora: i servizi sono stati assoggettati ai principi del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, ovvero libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, oltre ai collegati principi di parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza; i lavori, invece, sono stati disciplinati dalla Direttiva 2004/18/Ce (in Italia recepita nel Codice dei contratti pubblici D.Lgs. n. 163/2006).

Quanto alle concessioni di servizi pubblici, si è voluto sopperire all’assenza di una disciplina comune, nella constatazione che l’incertezza giuridica creatasi sul tema ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni

⁴⁴⁹ Si tratta di “*Europa 2020 — una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*”, progetto di rilancio della crescita economica europea, secondo cui la concessione può assumere un ruolo rilevante per favorire la crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva dell’economia europea, in www.ec.europa.eu.

⁴⁵⁰ Non è d’accordo con questa visione V. Ferraro, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la Direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, fasc. 3-4, 835.

⁴⁵¹ Nel documento “*Imprese — Una nuova rivoluzione industriale*” elaborato dalla Commissione europea nel 2013, si riporta chiaramente che “*I 23 milioni di piccole e medie imprese costituiscono il 98 % delle attività economiche, producono il 67 % dell’occupazione e creano l’85 % di nuovi posti di lavoro*”.

nel funzionamento del mercato interno, fatti ancor meno accettabili nel contesto generale di uscita dalla crisi economica mondiale.

La suddivisione in lavori e servizi permane nell'identificazione della prestazione posta in capo al commissionario, ma entrambi trovano la loro disciplina in un contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto, ove il corrispettivo della prestazione è formato unicamente nel diritto di gestire il prodotto oggetto del contratto, o in tale diritto accompagnato da un prezzo⁴⁵². Uno degli aspetti rilevanti per cui il modello era stato superato, era riferito alla durata delle concessioni, che nella disciplina europea del 2014 trovano una parametrizzazione specifica e limitata⁴⁵³.

4.4 La funzione sociale dei cittadini attraverso strumenti di democrazia partecipativa.

Nell'ottica di un rinnovato impegno di trasparenza dell'azione amministrativa emerge con chiarezza che lo svolgimento di prestazioni di servizi non è una prerogativa prettamente affidata alla pubblica amministrazione e ai soggetti che erogano il servizio, qualunque forma essi abbiano, ma deve confrontarsi con gli utenti che ricevono il servizio erogato,

⁴⁵² Questa osservazione veniva fatta già nella Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (Comunicazione concessioni 2000/C 121/02), in *GUCE* 24 aprile 2000: “L’oggetto delle concessioni di lavori è per definizione diverso da quello delle concessioni di servizi. Ciò può condurre a differenze, in termini di investimenti e di durata, tra i due tipi di concessioni. Tuttavia, tenuto conto dei suddetti criteri, un contratto di concessione ha, in genere le stesse caratteristiche, indipendentemente dal suo oggetto”. La natura contrattuale della concessione è stata oggetto di ampio dibattito nella dottrina italiana, poiché l’atto concessorio nasce come atto amministrativo autoritativo, per poi divenire atto amministrativo bilaterale in considerazione del contesto favorevole ad una progressiva espansione dell’esercizio del diritto privato da parte della P.A. Sulla concessione di servizi pubblici si vedano, in generale, i contributi di F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell’amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 2004, 661 ss; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; G. Greco, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; M. D’Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

⁴⁵³ L’art. 18, Direttiva 2014/23/UE lega la durata della concessione al valore di essa e all’equilibrio del piano economico di previsione, vietando meccanismi che permettano il rinnovo senza il previo esperimento di procedure di evidenza pubblica.

pur permanendo l'esclusiva responsabilità dei gestori per tutte le prestazioni cui si sono obbligati nei confronti della pubblica amministrazione.

Da tempo la giurisprudenza maggioritaria ritiene che i cittadini, in quanto "libertà sociali"⁴⁵⁴, siano in grado di presentare proposte all'amministrazione pubblica e di sollecitare scelte da parte di essa⁴⁵⁵.

In tal senso, il coinvolgimento dei cittadini nelle scelte relative alla qualità del servizio si è associato, ed è progressivamente maturato, nell'ambito di una maggiore consapevolezza sui fenomeni di corruzione presenti all'interno delle amministrazioni pubbliche italiane che ha favorito, inoltre, la creazione di meccanismi di prevenzione, basati fundamentalmente sulla trasparenza dell'organizzazione e dell'azione amministrativa⁴⁵⁶. Tale sistema ha incrementato, tra gli altri fattori, la capacità di comparazione dei cittadini nei confronti dei servizi ricevuti⁴⁵⁷, poiché ognuno è chiamato in causa affinché, singolarmente o in aggregazioni sociali, possa svolgere un controllo puntuale sul perseguimento delle funzioni istituzionali delle pubbliche amministrazioni e sull'impiego delle loro risorse, nonché sui servizi erogati. In relazione allo svolgimento di servizi pubblici, l'evoluzione della funzione sociale dei cittadini si è manifestata, nel tempo, principalmente attraverso lo strumento della 'carta dei servizi', introdotta nell'ordinamento italiano

⁴⁵⁴ Cfr. Corte Cost. n. 300/2003. Un interessante approfondimento del tema si trova in P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, 2012.

⁴⁵⁵ Nella teoria della Democratic Accountability di Behn, 1996, si parte dalla constatazione che la proprietà dell'organizzazione pubblica appartenga al popolo, che ha diritto di ricevere report costanti da parte del Comune che della gestione effettuata. Deve richiamarsi in questa sede anche il diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea, nel testo recepito dal Trattato sull'Unione europea del 2012, che si esprime quale punto di sintesi di tutti i principi relativi all'amministrazione pubblica. Per un'analisi approfondita del tema si veda la riflessione di L. Pegoraro, *Esiste un "diritto" a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull'(ab)uso della parola "diritto")*, in *Istit. fed.*, 2010, fasc. 5/6, 543.

⁴⁵⁶ Si vedano la legge 6 novembre 2012, n. 190, da cui sono derivati i decreti attuativi D.Lgs 14 marzo 2013, n. 33 e 8 aprile 2013, n. 39.

⁴⁵⁷ Si vedano in merito al tema, le osservazioni di S.Lieto, *Forme di partecipazione nella gestione dei pubblici servizi nell'ambito dei processi di trasformazione dell'attività amministrativa*, in *Rass. Dir. pubbl. europeo*, n. 1/2012, 119.

attraverso la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994⁴⁵⁸.

L'istituto si collocava in un periodo storico di crisi economica in parte assimilabile a quello successivo dell'anno 2008, e mirava alla regolamentazione di un'attività partecipativa dei cittadini alla prestazione del servizio pubblico⁴⁵⁹, secondo modalità predefinite⁴⁶⁰.

L'adozione di una carta dei servizi da parte dei gestori è divenuta, nel tempo, obbligatoria⁴⁶¹, perché viene ritenuta lo strumento di connessione tra questi e i cittadini, che attraverso di essa sono edotti sugli standard di qualità e di quantità del servizio.

La carta dei servizi può indubbiamente costituire uno strumento favorevole per facilitare la condivisione di scelte gestionali del servizio, ma occorre definire procedure che permettano ai cittadini di intervenire criticamente sull'azione del gestore⁴⁶².

L'adempimento dell'obbligo normativo secondo schemi preimpostati, da parte dei gestori, ha allontanato l'occasione di sperimentare formule regolamentate di compartecipazione, complice, soprattutto, lo scarso interesse dell'utenza.

Nel tempo i contenuti si sono affinati, sia per una maggiore presa di coscienza dello strumento da parte dei soggetti coinvolti, sia in relazione alla progressiva apertura dei gestori alle istanze degli utenti, sebbene ancora lo

⁴⁵⁸ Direttiva intitolata "*Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*", Pubblicata nella *G.U. 22 febbraio 1994, n. 43*.

⁴⁵⁹ L'art 5 della direttiva così recitava: "[...] *La partecipazione del cittadino alla prestazione del servizio pubblico deve essere sempre garantita, sia per tutelare il diritto alla corretta erogazione del servizio, sia per favorire la collaborazione nei confronti dei soggetti erogatori. [...]*".

⁴⁶⁰ Si può affermare che l'ampliamento degli strumenti di democrazia in periodi di difficoltà economiche della popolazione è strettamente legato alla volontà generalizzata di contribuire alla ripartenza dell'economia territoriale e del benessere della comunità.

⁴⁶¹ Si veda l'obbligo imposto, ad esempio, dall'art. 2, comma 461, l. n. 244/2007, che introduce l'obbligo di redigere il testo della carta a seguito di confronto con le associazioni dei consumatori e degli imprenditori, in base all'area di interesse di queste.

⁴⁶² La partecipazione non deve essere disincentivata da meccanismi che non riflettono le condizioni di vita e l'evoluzione tecnologica degli utenti. Devono essere contestati dalle associazioni dei consumatori/imprenditori e dall'ente locale, clausole che prevedano reclami da presentare per iscritto su moduli semi-compilati a rappresentanti del gestore, o di comunicazioni da effettuare a mezzo fax.

strumento non sia in grado di garantire adeguati livelli di controllo e di tutela.

Il nucleo fondamentale di una carta dei servizi deve identificarsi negli *standard* di qualità e di quantità relativi alle prestazioni da erogare, secondo quanto stabilito nel contratto di servizio, nelle modalità con cui ogni cittadino possa accedere alle informazioni su di esso, nonché in quelle per proporre reclamo e per adire le vie conciliative e giudiziarie.

Deve trovare spazio anche la determinazione di un sistema di ristoro dell'utenza, in forma specifica o, in caso di inottemperanza, mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato⁴⁶³.

E' importante che il soggetto gestore consulti le associazioni dei consumatori per la stesura del testo iniziale della carta dei servizi, e che verifichi periodicamente, insieme ad essi, l'adeguatezza degli standard stabiliti, per favorire approcci collaborativi.

In questo percorso di democratizzazione della gestione dell'attività pubblica, l'amministrazione locale non può esimersi dall'esercizio del proprio potere di controllo sull'operato del soggetto gestore. I cittadini possono prendere parte al processo decisionale e di controllo, che rimane pur sempre in capo all'amministrazione quale attività istituzionale: essa è l'unico soggetto in grado di compiere valutazioni di carattere generale per la collettività poiché, per quanto possano mostrarsi ragionevoli le posizioni delle associazioni dei consumatori interpellate, esse non saranno mai in grado di rappresentare la cittadinanza, che può essere tutelata solo dall'ente istituzionale⁴⁶⁴.

La carta dei servizi, dunque, deve essere proposta al cittadino in maniera adeguata, in modo tale che esso sia in grado di paragonare il servizio reso con lo standard qualitativo atteso.

La raccolta delle informazioni, così come l'impiego di forme partecipative non possono, tuttavia, essere demandati agli utenti insoddisfatti, ma devono fornire una rilevazione costante, fatta attraverso modalità congeniali agli

⁴⁶³ La riduzione degli standard qualitativi e quantitativi può pregiudicare l'azione amministrativa e configurare il "danno da disservizio", figura elaborata dalla giurisprudenza contabile in tema. Si rimanda all'analisi di C. Croci, *Le società partecipate pubbliche*, 2014, cit.

⁴⁶⁴ Cfr. Corte Conti, sez. contr. Piemonte, delibera n. 56/2010/SRCPIE/PAR, in www.corteconti.it.

utenti nel loro complesso come, ad esempio, moduli a risposta aperta inviati su supporti elettronici presso l'indirizzo di posta elettronica di chiunque desideri lasciare al gestore il proprio recapito telematico.

La rilevazione costante permetterebbe la correzione delle carenze rilevate, laddove ciò sia possibile nell'immediato, e la correzione nel lungo periodo nel caso in cui la mancanza richieda approfondimenti e strumenti più sofisticati di risposta.

Tale lavoro deve essere supervisionato dall'ente locale cui è affidato il compito di monitorare l'attività del gestore, essendo, oltretutto, parti di un medesimo accordo contrattuale.

A quest'ultimo è affidata la valutazione finale relativa alla gestione del servizio, che potrebbe divenire oggetto di condivisione con i cittadini in vista della pianificazione degli obiettivi da perseguire.

Oltre alla carta dei servizi, l'ordinamento italiano prevede altri strumenti di coinvolgimento della cittadinanza, quali referendum promossi dai cittadini o organismi di partecipazione promossi dall'ente locale, che rappresentano un'occasione per i cittadini di una determinata comunità di dialogare direttamente con gli amministratori locali, manifestando le proprie riserve sui servizi erogati⁴⁶⁵.

4.4.1 La partecipazione attiva dei cittadini e la discrezionalità amministrativa.

Gli strumenti richiamati possono rivelarsi adatti a verificare la percezione degli utenti in merito alle attività svolte dal gestore di un determinato servizio pubblico, e possono, eventualmente, collocarsi all'esito del lavoro svolto all'interno di organismi di partecipazione popolare.

⁴⁶⁵ L'art. 8 TUEL, in adempimento al principio di sussidiarietà, richiede agli enti locali di valorizzare le libere forme associative e di promuovere organismi di partecipazione popolare all'amministrazione locale. E' posta in capo ad ogni singolo ente locale la regolamentazione delle modalità di partecipazione dei cittadini o di espletamento di consultazioni popolari.

In relazione ai servizi pubblici locali, gli istituti richiamati si collocano nella fase di adempimento delle prestazioni di servizio cui il gestore è obbligato, ma è stato sostenuto che anche il momento prodromico di scelta del modello di gestione da parte dell'ente locale può essere oggetto di condivisione con la popolazione di un certo territorio⁴⁶⁶.

La proposta non fa altro che recuperare un sistema già presente nella legge Giolitti del 1903⁴⁶⁷, che richiedeva il voto dei cittadini sulla deliberazione assunta dal consiglio comunale in merito alla costituzione o meno di una azienda municipalizzata.

Un metodo simile di condivisione della scelta del modello gestionale è stato ripreso, a distanza di più di cento anni, dal Comune di Napoli, in relazione alla gestione del servizio idrico integrato. In quel caso, a seguito dell'abrogazione del più volte citato art. 23bis, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, l'ente locale ha deciso di consultare “*le organizzazioni della ‘cittadinanza attiva’*”⁴⁶⁸, unitamente ad esperti in materia di servizi pubblici locali, per addivenire alla decisione di trasformare la propria società per azioni di gestione del servizio idrico integrato in azienda speciale.

Questo modo di agire dell'amministrazione locale rappresenta senza dubbio uno stimolo per i cittadini di un determinato territorio, chiamati a verificare l'adeguatezza della gestione sulla base delle informazioni che l'ente locale deve, in tal caso, rendere manifeste a tutti.

Il rischio maggiore di un sistema di massima democrazia così strutturato consiste nell'eventualità che il cittadino non sia sufficientemente informato,

⁴⁶⁶ Si fa riferimento al *Programma di razionalizzazione delle partecipate locale* cit., in cui viene ipotizzata la possibilità di procedere con una consultazione diretta della cittadinanza tramite il web.

⁴⁶⁷ Il testo normativo affermava che “*la deliberazione del consiglio comunale è sottoposta anche al voto degli elettori del comune, convocati con manifesto della giunta municipale da pubblicarsi almeno 15 giorni prima della convocazione. L'elettore vota per sì o per no sulla questione della assunzione diretta del servizio. Nel caso di risultato contrario alla deliberazione del consiglio comunale, la proposta di assunzione diretta del servizio non può essere ripresentata se non dopo tre anni, salvo che un quarto almeno degli elettori iscritti ne faccia richiesta nelle forme prescritte dal regolamento; ma anche in questo caso non dovrà esser trascorso meno di un anno dall'avvenuta votazione.*”

⁴⁶⁸ Così si legge nella deliberazione 23 settembre 2011, n. 942 del Comune di Napoli “*Proposta al Consiglio: Indirizzo per la trasformazione dell'ARIN S.p.A. in azienda speciale e approvazione dello schema di statuto*”, in www.comune.napoli.it.

sia perché deve affrontare tematiche che conosce poco, sia per mancanza di professionalità specifiche nell'ambito di strutture di stampo pubblicistico.

Il coinvolgimento dei cittadini nella scelta del modello gestionale da adottare appare critico anche in relazione ai servizi strumentali, poiché non essendo rivolti direttamente alla cittadinanza, non formano oggetto di un interesse legittimo alla scelta del modello gestionale.

Tuttavia, una consultazione pubblica sul modello da adottare per la gestione di tali servizi potrebbe considerarsi legittima laddove sia finalizzata ad un contributo-controllo dei cittadini sull'adeguatezza di esso al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente locale, sebbene tale ruolo spetti già alla Corte dei Conti.

Anche nel caso di coinvolgimento iniziale dei cittadini ci si pone il problema di garantire un'adeguata informazione da parte dei medesimi e il riscontro positivo alla compartecipazione.

Sensibilizzare gli utenti ad essere parte attiva dell'azione pubblica si presenta come la sfida a cui le amministrazioni locali sono chiamate nei prossimi anni, attraverso un radicale cambio di impostazione culturale di un sistema 'burocratizzato' che ha mostrato diversi limiti, sia in termini di trasparenza dell'azione, sia di efficacia, efficienza ed economicità del servizio.

CAPITOLO V

RIFLESSIONI CONCLUSIVE SULLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E DEI SERVIZI STRUMENTALI TRAMITE SOCIETA' DI CAPITALI

5.1 Il punto sulla gestione societaria dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali; 5.2 La scelta di adottare un'esternalizzazione 'ibrida' per la gestione dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali; 5.2.1 I riflessi dell'esternalizzazione 'ibrida' sui regimi di responsabilità dei soggetti coinvolti nella gestione del servizio pubblico locale e di quello strumentale; 5.2.2 Ricadute dell'esternalizzazione 'ibrida' sulla gestione del personale impiegato nelle società partecipate da pubbliche amministrazioni; 5.3 La crisi della gestione tramite società di capitali; 5.3.1 Principi di funzionalizzazione e di economicità per determinare le società da mantenere; 5.3.2 L'atto deliberativo favorevole all'impiego dello strumento societario; 5.3.3 La possibile prosecuzione della gestione societaria in caso di perdite di esercizio; 5.3.4 E' legittimo l'intervento dei soci pubblici in caso di perdite di esercizio?; 5.3.5 L'incidenza delle scelte di *governance* sull'andamento economico della società; 5.3.6 Criteri di selezione della *governance* societaria; 5.4 L'obbligo di definire un piano di razionalizzazione delle partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni; 5.4.1 I casi in cui si rende opportuno dismettere la partecipazione societaria; 5.4.2 I procedimenti di dismissione delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali; 5.5 La necessità di sviluppare un sistema normativo generale sulla gestione dei servizi pubblici locali; 5.5.1 Il possibile ruolo dell'Osservatorio dei servizi pubblici locali nella scelta dello schema gestionale da adottare; 5.5.2 Il DDL S 1577 detta il perimetro entro cui contenere le gestioni tramite società di capitali; 5.5.3 Il sistema europeo e la valorizzazione dei contratti pubblici di appalto e concessione.

5.1 Il punto sulla gestione societaria dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali.

La gestione dei servizi pubblici locali e di quelli strumentali attraverso società di capitali è una tematica che coinvolge diversi aspetti della vita delle amministrazioni territoriali, e richiama ad un percorso di organizzazione relativo all'efficienza e all'efficacia dell'azione che la contraddistingue.

Il modello organizzativo dei servizi pubblici locali di carattere imprenditoriale, sorto come risposta alla crisi economica degli anni '30, nel tentativo di sostenere l'economia del Paese, ha caratterizzato massicciamente la struttura pubblica italiana locale dopo gli anni '90, in concomitanza con un profondo mutamento della fisionomia del settore pubblico italiano rispetto al passato. Progressivamente il sistema pubblico si è orientato alla formazione di strutture *approssimative* di federalismo, alla sperimentazione di forme di sussidiarietà e a politiche di condivisione con la cittadinanza.

Tale mutamento è legato, soprattutto, allo sviluppo consistente della globalizzazione dei mercati e all'influenza crescente dell'Unione Europea, portatrice dei principi di tutela della concorrenza, di libera circolazione e di parità di trattamento tra gli operatori⁴⁶⁹.

Seguendo gli indirizzi europei rivolti alla salvaguardia della concorrenza del mercato, e nell'intento di oltrepassare gli steccati burocratici presenti in tutti i livelli della gestione pubblica, l'Italia ha abbracciato l'idea di esternalizzare i servizi pubblici locali, ovvero di farli gestire da soggetti esterni all'organizzazione amministrativa.

Ciò ha introdotto nel settore pubblico la logica comparatistica tipica delle scienze economiche, laddove la scelta del modello gestionale è frutto, da una parte, di analisi comparate dei fattori produttivi, dall'altra risente dell'incidenza di fattori quali la differenziazione sociale dei cittadini e la frammentazione degli interlocutori istituzionali.

Le analisi condotte dagli enti locali nel periodo di esplosione del fenomeno hanno avuto quasi sempre esito favorevole all'esternalizzazione del servizio,

⁴⁶⁹ Il tema è posto in maniera approfondita da S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2013.

e si è imposta quale soggetto esterno all'amministrazione la società di capitali, partecipata in varia misura dall'ente locale.

Lo strumento societario ha preso così piede che le amministrazioni territoriali sono state obbligate *ex lege* a trasformare le proprie aziende speciali in società di capitali, senza compiere esami sull'economicità dell'uno o dell'altro strumento di gestione, e senza considerare le peculiarità dei singoli servizi⁴⁷⁰.

Il superamento delle gestioni tramite strumenti pubblicistici è stato proposto come necessario in vista dell'adozione di mezzi più incisivi e marcatamente imprenditoriali rispetto ai primi⁴⁷¹ che, tuttavia, sono stati mantenuti per la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, in un primo momento per imposizione normativa, poi per volontà delle amministrazioni⁴⁷², che hanno trovato in esse validi strumenti organizzativi.

L'impiego di società di capitali si è esteso progressivamente anche verso tutti quei servizi che si sono precedentemente definiti come *strumentali*, rivolti, cioè, a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, con cui l'amministrazione persegue i propri fini istituzionali.

Anche in questo ambito si è fatta strada la considerazione che, per poter ottenere un servizio di qualità maggiore, fosse necessario affidarsi a soggetti sottratti ai vincoli burocratici dell'azione pubblica, in termini di gestione della struttura, di professionalità e in termini economici.

Si è già sottolineato come l'adeguamento della forma privata alla sostanza pubblica, orientata a scopi di interesse generale, difficilmente potrà

⁴⁷⁰ Si fa riferimento all'art. 35, comma 8, l. n. 448/2001, che secondo Corte Conti, n. 2/SEZAUT/2014/QMIG, in www.corteconti.it, sarebbe stata implicitamente abrogata a seguito del referendum popolare del 2012 che ha abrogato l'art. 23 bis, D.L. n. 112/2008 conv. in l. n. 133/2008, in tema di servizi pubblici locali, poiché sottesa alla medesima *ratio*.

⁴⁷¹ Cfr. sul tema lo scritto di F. Merusi, *Le esternalizzazioni: tendenze nel diritto amministrativo italiano*, in Mignone e Altri (a cura di), *Le esternalizzazioni*, Bologna, 2007; G. Corso, *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in AA.VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997.

⁴⁷² Si fa riferimento all'art. 113bis TUEL, introdotto dall'art. 35, comma 15, l. n. 448/2001, e dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza della Corte Costituzionale 13-27 luglio 2004, n. 272, in *G.U.* 4 agosto 2004, n. 30, poiché i servizi privi di rilevanza economica non pongono la necessità di assicurare la presenza di condizioni di concorrenzialità e non possono, quindi, essere oggetto di intervento legislativo dello Stato in quanto non rientrano tra le sue competenze.

realizzarsi finché non si prenderà coscienza che l'impiego di una forma giuridica di diritto privato, presente nell'ordinamento con determinate caratteristiche, non può essere snaturata se ciò non sia stabilito come deroga al sistema⁴⁷³.

Forzare l'istituto in senso opposto ha generato una crisi dei soggetti giuridici, cui pare soccorrere l'art. 4, co. 13, d.l. n. 95/2012, che si pone come norma di chiusura a favore del rafforzamento dell'identità delle società di capitali, e che può favorire una ricomposizione del sistema, poggiata sul principio di legalità⁴⁷⁴.

5.2 La scelta di adottare un'esternalizzazione 'ibrida' per la gestione dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali.

L'adozione dello strumento societario attraverso una partecipazione al capitale per la gestione di servizi pubblici locali, o per la gestione di servizi strumentali, può essere definita esternalizzazione 'ibrida', poiché la gestione è affidata a soggetti formalmente distinti dalla struttura amministrativa, ma ad essa legati in virtù di una partecipazione del soggetto pubblico. L'ibridazione dell'esternalizzazione si presenta nel momento in cui il destinatario della prestazione, ancorché indiretto nel caso di servizi pubblici locali, è, in un certo senso, il gestore medesimo.

La partecipazione a società di capitali non ha permesso una reale *fuoriuscita* delle gestioni dall'organizzazione amministrativa, creando incertezze strutturali sui compiti attribuiti e sul regime delle responsabilità delle parti coinvolte, oltre ad un intreccio delle imputazioni economiche non monitorato.

⁴⁷³ Cfr. F. Goisis, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica*, cit., che prende le mosse dalla sentenza Cass., S.U., n. 26283/2013, cit.

⁴⁷⁴ In questa direzione si legga il 'Manifesto per una riforma di sistema delle società a partecipazione pubblica' del marzo 2015, sottoscritto da L.R. Perfetti, A. Maltoni, F. Goisis, M. Antonioli, A. Bartolini e pubblicato su www.dirittodeiservizipubblici.it, con cui gli Autori sostengono la necessità di dare piena attuazione alla norma, nel senso che, tutto ciò che non è stabilito *ex lege* deve sottostare alla regolamentazione civilistica in tema di società.

Nelle scienze economiche la gestione esternalizzata di un servizio consiste nell'acquisizione di esso da un soggetto esterno alla struttura *madre*, con il quale si instaura un rapporto contrattuale cui vengono trasferiti i costi organizzativi, altrimenti addossati al soggetto che necessita di quel dato servizio⁴⁷⁵.

Laddove si decida di ricercare il servizio sul mercato, occorre calcolare la congruità dell'offerta in base al costo differenziale, per appurare se il valore di acquisto del servizio, unitamente ad eventuali spese aggiuntive, sia inferiore ai costi di produzione interni, compresi tutti i costi di coordinamento della struttura organizzativa *ribaltati* su un soggetto diverso da colui che necessita del servizio.

In relazione alle esigenze concrete della struttura pubblica, tale valutazione deve esaminare una serie di fattori, che permettono di articolare variamente il servizio.

Un primo aspetto significativo è quello della definizione dell'attività che si intende fornire alla comunità.

Questa operazione, fortemente legata alla discrezionalità dell'ente locale, può apparire implicita, ma costituisce un primo passo per definire ciò che l'amministrazione ritiene come necessario per lo svolgimento dei propri fini e ciò che, al contrario, considera un servizio di mercato non strumentale al perseguimento dei medesimi.

Diviene rilevante, in tal senso, la definizione del fabbisogno del servizio, la necessità che l'amministrazione ritiene di avere in relazione ad esso, e gli elementi strutturali che lo caratterizzano. Questi ultimi devono essere chiaramente determinati, poiché concorrono alla stesura di un eventuale bando di gara, ma, soprattutto, costituiscono il punto di riferimento per la

⁴⁷⁵ Nelle scienze economiche la scelta sull'outsourcing o meno viene definita di *make or buy*, che si fonda sul confronto dei costi complessivi sostenuti nei due casi, tenendo in considerazione tutti gli elementi di criticità connessi all'una o all'altra gestione. Sul tema generale dell'esternalizzazione si vedano M. Egaña, D. Corti, A. Errasti, *New Production Facilities Location and Make/Buy-Local/Global Configuration Alternatives*, in *Global Production Networks Operations Design and Management*, Second Edition, 2013; F. Zirpoli, *Organizzare l'innovazione: strategie di esternalizzazione e processi di apprendimento in FIAT Auto*, Bologna, 2010; G. Airoidi - G. Brunetti - V. Coda, *Corso di economia aziendale*, Bologna, 2005; L. Anselmi, *Le politiche di privatizzazione*, in *Privatizzazioni: come e perché*, L. Anselmi (a cura di), Rimini, 1995.

verifica del corretto adempimento delle obbligazioni del gestore e per l'espletamento dei controlli di gestione.

Una volta assunta la decisione di garantire un determinato servizio, la scelta del modello gestionale soggiace all'analisi dei processi produttivi, che, come detto, deve tenere in considerazione tutti i fattori economici dell'operazione, ma deve anche valutare la condizione della struttura e il complesso sociale in cui il servizio viene svolto.

Nell'operazione di definizione delle modalità con cui prestare il servizio, si inserisce, inevitabilmente, la verifica della possibile gestione interna di esso, cui si dovrebbe accompagnare la ricerca di competenze e risorse in grado di espletare il servizio all'interno della propria struttura.

L'eventuale risposta negativa da parte dell'organizzazione interna conferma all'amministrazione la possibilità di rivolgersi all'esterno, ed è in questo momento che si opera la scelta definitiva circa il modello gestionale, che tiene conto di tutta l'istruttoria svolta per raggiungere una decisione coerente.

5.2.1 I riflessi dell'esternalizzazione 'ibrida' sui regimi di responsabilità dei soggetti coinvolti nella gestione del servizio pubblico locale e di quello strumentale.

L'intento di portare all'esterno la gestione dei servizi comporta conseguenze sui regimi di responsabilità applicabili ai soggetti coinvolti, che nell'esternalizzazione definita 'ibrida' sono stati, invece, resi incerti dai confini delle strutture societarie.

Il natura della responsabilità applicabile all'amministrazione socia o quella applicabile agli amministratori e dipendenti della società è stata a lungo dibattuta, soprattutto in relazione alla giurisdizione applicabile⁴⁷⁶, che può

⁴⁷⁶ Il tema è controverso e qui si segnalano gli interventi giurisprudenziali più significativi sul tema: Cass., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283, in www.sentenze-cassazione.com; Cass., S.U., ord. 9 maggio 2011, n.10063, in *Mass. Giur. it.*, 2011; Cass., S.U., 19 dicembre 2009, 26806, in *Foro amm. CdS*, 2010, 59; Cass., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Foro amm. CdS*, 2004, 2375; Cass., ord., 22 dicembre 2003, n. 196677, in *Giur. it.*, 2003, 1830.

essere attribuita al giudice contabile o ordinario a seconda della qualificazione dell'azione da essi posta in essere e dalle conseguenze che ne derivano. In relazione agli amministratori della società partecipata, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che la responsabilità sia di natura amministrativa solo laddove vi sia un danno diretto nei confronti del socio pubblico, mentre in tutti gli altri casi gli amministratori sono sottoposti alle responsabilità verso la società dettate dal codice civile⁴⁷⁷, e quindi rivestono natura civilistica.

L'individuazione del regime giuridico delle responsabilità in capo ai soggetti coinvolti nella gestione dei servizi pubblici locali comporta, inevitabilmente, la determinazione di un sistema relazionale che ha il suo culmine nel regolamento contrattuale, in cui vengono precisamente individuati i ruoli di ogni parte e gli strumenti di controllo dei risultati di gestione che permettono di valutare il corretto adempimento delle obbligazioni assunte, azionando, all'occorrenza, leve sanzionatorie adeguate.

Ai fattori qualitativi e quantitativi di cui il gestore deve rendere conto all'amministrazione, si affianca il dovere di controllo di essa sui servizi erogati. Obbligo di carattere generale sancito dall'art. 97 della Costituzione, che richiede la verifica del buon andamento del servizio, dell'efficacia, dell'efficienza, dell'economicità, ma anche della legalità e della legittimità di esso.

Nel caso in cui la pubblica amministrazione decida di affidare la gestione ad una propria società partecipata, o questa vinca una gara, l'ente locale deve compiere anche un monitoraggio periodico sull'andamento delle società, analizzare gli scostamenti rispetto agli obiettivi da essa assegnati e individuare le opportune azioni correttive, soprattutto laddove ciò possa comportare squilibri economico-finanziari rilevanti per il bilancio dell'ente locale medesimo⁴⁷⁸.

Per un *excursus* sulla tematica si veda lo scritto di C. Croci, *Le società partecipate pubbliche: concorrenti profili di responsabilità civile, amministrativa e contabile, nei casi di crisi di insolvenza*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 6, 2014, 80.

⁴⁷⁷ Cfr. artt. 2392 ss c.c.

⁴⁷⁸ Cfr. art. 147-quater, l. n. 267/2000 (TUEL).

Il controllo sulle proprie strutture esterne deve concretizzarsi nella predisposizione di un servizio *ad hoc* in grado di compiere puntualmente le verifiche circa la corrispondenza dell'azione societaria agli indirizzi dati dall'organo di governo competente.

Il controllo diviene più penetrante nel caso in cui l'amministrazione si avvalga di una società *in house*, poiché esso deve concretarsi nella capacità di incidere in modo determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni rilevanti della società.

5.2.2 Ricadute dell'esternalizzazione 'ibrida' sulla gestione del personale impiegato nelle società partecipate da pubbliche amministrazioni.

L'esternalizzazione dei servizi pubblici definita 'ibrida', perché condotta tramite partecipazioni in società di capitali cui viene affidato il servizio da rendere, tra le diverse problematiche che reca, presenta un aspetto su cui, in passato, non sono state adottate strategie di lungo periodo.

Da una parte si è verificato il trasferimento alle società di risorse appartenenti all'ente locale socio, in molti casi con mantenimento del contratto nazionale enti locali; dall'altra sono state effettuate da parte delle società assunzioni di risorse esterne, in qualche caso attraverso concorsi pubblici, in altri senza.

Il panorama frammentato in cui si trovano i dipendenti delle società partecipate da enti locali ha cominciato a suscitare interesse nel legislatore in concomitanza alla progressiva assimilazione delle strutture organizzative esterne a quelle dell'amministrazione pubblica, nonché al presentarsi di fenomeni corruttivi emersi nell'ambito di tali società.

La necessità di applicare alle società i limiti imposti al personale dell'amministrazione socia ha mostrato come l'assenza prolungata di controlli da parte delle amministrazioni, la connivenza con situazioni patologiche e una legislazione inadeguata abbiano creato un sistema dispendioso e difficilmente superabile nel breve periodo.

Avviando il percorso di ripensamento delle strutture organizzative degli enti locali ciò che emerge, oltre, ad esempio, ai problemi fiscali legati al *ritrasferimento* di beni al socio pubblico, è il futuro del personale impiegato

nelle società partecipate, poiché esso non può essere assorbito in caso di reinternalizzazione del servizio, come ribadito anche *ex lege*⁴⁷⁹, e decisioni in tal senso andrebbero a contrastare con gli articoli 3 e 97 della Costituzione⁴⁸⁰. Rimane la possibilità di espletare concorsi pubblici, cui possono partecipare i dipendenti delle società dismesse, laddove siano in possesso dei requisiti richiesti dalla procedura.

Mentre la reinternalizzazione presenta queste problematiche, laddove l'ente locale decida di affidare il servizio tramite gara ad un nuovo gestore, previa dismissione della società partecipata, può essere adottata l'operazione di scorporo del ramo di azienda relativo al servizio che il nuovo gestore è chiamato a svolgere. In tal caso, i meccanismi di successione stabiliti dall'art. 2112 c.c. garantiscono il passaggio di personale verso il nuovo gestore (qualora impiegato in mansioni attinenti al ramo ceduto)⁴⁸¹.

La soluzione è temporanea perché nulla vieta all'imprenditore di procedere ad eventuali licenziamenti nella necessità di adeguare l'organico all'andamento dell'attività o in relazione alla qualità della prestazione del singolo lavoratore.

Il sistema relativo al personale delle società di cui si tratta si è arricchito di previsioni favorevoli ad una mobilità tra le società partecipate dalla medesima amministrazione, per cui prima dell'assunzione di nuovo personale, le società possono, sulla base di indirizzi dettati dall'ente locale, verificare la presenza di personale in esubero presso altra società, in grado di sopperire alle proprie necessità⁴⁸².

⁴⁷⁹ Cfr. comma 563, ultimo periodo, art. 1, l. 27 dicembre 2013, n. 147 e art. 18, comma 1, D.L. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008.

⁴⁸⁰ In tal senso si esprime la Corte Costituzionale 12 febbraio 2014, nn. 227, con il commento di J. Battaia, *L'indefettibilità del concorso pubblico nelle procedure di "re internalizzazione" di servizi* (Nota a C. Cost. 23 luglio 2013, n. 227), in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, fasc. 1, 96, che riporta anche la posizione assunta sul tema dalla Corte dei Conti. Per una panoramica sui processi relativi all'operazione inversa si veda, tra i tanti, M. Ferretti, *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggio di dipendenti: il caso delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali* (nota a Trib. Parma 19 maggio 2005), in *Lav. Pubbl. amm.*, 2005, fasc. 3-4, 634.

⁴⁸¹ Si è detto precedentemente di come sia diverso il caso delle c.d. clausole sociali, applicate nel passaggio da un gestore esterno ad un altro, affidatari di contratti di appalto, poiché esse condizionano l'ingresso degli imprenditori nella gestione del servizio e limitano fortemente la libertà imprenditoriale del gestore che vince la gara.

⁴⁸² Cfr. i commi 550 ss., art. 1, l. n. 147/2013.

Un aspetto rilevante del meccanismo che viene proposto è relativo alla possibilità di prevedere trasferimenti anche presso società dello stesso tipo che operino al di fuori del territorio della regione in cui hanno sede le società interessate da eccedenze di personale⁴⁸³.

Il meccanismo deve essere calato nella realtà delle società partecipate e deve trovare applicazione all'interno del miglioramento organizzativo cui è sottoposta l'intelaiatura esterna dell'amministrazione pubblica.

Decisivo, in tal senso, appare l'intervento dell'ente locale socio, cui spetta il compito di dettare indirizzi alle proprie società controllate o totalmente partecipate. Gli indirizzi da assumere non devono considerarsi un mero adempimento formale riproduttivo di principi cui le società devono attenersi nella gestione del proprio personale, ma devono consistere in un vero e proprio sforzo istruttorio per conoscere le peculiarità delle singole società, comprenderne le difficoltà e le esigenze e fornire specifiche indicazioni per favorire l'ottimizzazione delle risorse umane.

Tale operazione si inserisce nel contesto di una maggiore attenzione alle società partecipate dalle autonomie locali, ma conferma la precarietà del sistema in tema di gestione di servizi pubblici locali attraverso società di capitali, poiché ammette l'*intrusione* dei soci nell'organizzazione interna della società, che non appare, ancora una volta, coerente con la natura del soggetto societario e con la disciplina che lo caratterizza.

5.3 La crisi della gestione tramite società di capitali

La crisi economica mondiale dell'anno 2008 ha contribuito ad evidenziare un sistema pubblico generale molto debole, mostrando, in particolare, che lo strumento societario incide in maniera notevole sull'economia delle autonomie locali.

⁴⁸³ La volontà di preservare le professionalità presenti nelle società partecipate da amministrazioni territoriali trova conferma nella *prelazione* riservata al personale in esubero di tali società, che ha titolo di precedenza, a parità di requisiti, per "*l'impiego nell'ambito di missioni afferenti a contratti di somministrazione di lavoro stipulati, per esigenze temporanee o straordinarie, proprie o di loro enti strumentali, dalle stesse pubbliche amministrazioni*". Cfr. comma 568-ter, art. 1, *ibidem*.

Le società partecipate da amministrazioni pubbliche hanno mostrato inadeguatezza all'espletamento del servizio con la dovuta qualità, per una serie di motivi che, principalmente, attengono al bilanciamento tra interessi divergenti, che devono trovare un punto di sintesi, e alle difficoltà imprenditoriali di tali società rispetto ai propri *competitors* economici, su cui non gravano i vincoli imposti dalla presenza dei soci pubblici.

Il contesto generale delineatosi ha favorito un ripensamento globale dell'organizzazione pubblica del Paese e della sua azione, sviluppandosi su più aspetti del sistema e mettendo in discussione la gestione dei servizi pubblici tramite società di capitali.

Si è messo mano ai contratti dei dipendenti pubblici, stabilendo, ad esempio, la sospensione della contrattazione di tutti i livelli dell'amministrazione, la contrazione del ricambio generazionale e delle progressioni di carriera⁴⁸⁴; si è intervenuti nei rapporti tra lo Stato e le amministrazioni territoriali prevedendo un percorso di ristrutturazione del sistema istituzionale, attraverso la riallocazione delle funzioni amministrative⁴⁸⁵; sono state individuate voci di spesa pubblica da ottimizzare attraverso la previsione di tetti da parametrare a seconda dell'esercizio di riferimento⁴⁸⁶.

Questi eventi sono coincisi con l'emersione di fenomeni diffusi di corruzione del sistema pubblico italiano locale, che hanno alimentato la sfiducia dei cittadini nell'organizzazione pubblica e, in particolare, nei sistemi esterni a partecipazione diretta, dove l'ente locale è parso controllore assente.

Lo Stato ha colto questi elementi come fattori di inadeguatezza del sistema federalista, cui l'Italia ha tentato di accostarsi e, per questo, in risposta alla contingenza del momento, ha assunto posizioni di favore al ritorno di forme

⁴⁸⁴ Cfr. d.l. n. 78/2010, conv. in l. n. 122/2010. La successiva l. n. 190/2014 in parte ha attenuato la portata delle disposizioni restrittive del 2010.

⁴⁸⁵ Cfr. legge 7 aprile 2014, n. 56, "Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni", in *G.U.* n. 81 del 7 aprile 2014.

⁴⁸⁶ Cfr., l'art. 6, D.L. n. 78/2010 conv. in l. n. 122/2010 che stabilisce limiti percentuali per le spese relative a studi ed incarichi di consulenza, per l'organizzazione di convegni, di giornate e feste celebrative, di cerimonie di inaugurazione e di altri eventi similari, spese per sponsorizzazioni, per missioni (con eccezione di quelle specificamente indicate nella legge), per attività di formazione, per acquisto, manutenzione, noleggio ed esercizio di autovetture, nonché per l'acquisto di buoni taxi.

di accentramento in grado di garantire una maggiore regolazione della spesa pubblica⁴⁸⁷.

Tale posizione deriva anche dall'imposizione europea di meccanismi di tutela del settore pubblico, quale necessaria premessa per salvaguardare i mercati nazionali e il mercato europeo dopo il tracollo del 2008⁴⁸⁸.

La ristrutturazione istituzionale e la ridefinizione degli obiettivi economici si sono estesi anche alle gestioni esterne, attraverso il ripensamento delle modalità adottate in passato.

I tentativi legislativi che hanno imposto la dismissione delle partecipazioni societarie agli enti locali hanno avuto vita breve, perchè non sono stati in grado di cogliere le diverse realtà in cui il fenomeno è stato declinato nei singoli territori locali, e la necessità di compiere operazioni adeguate ad esse.

Il tentativo di ridimensionare l'utilizzo dello strumento si è trasformato in un più realistico progetto di razionalizzazione dell'esistente, in cui sono emerse alcune proposte da parte del Commissario straordinario nominato dal Governo per la revisione della spesa pubblica⁴⁸⁹, in parte assunte in un testo normativo⁴⁹⁰. Esse possono essere in parte richiamate per fondare ulteriori considerazioni in grado di apportare spunti all'operato degli enti locali.

Lo scopo perseguito attraverso le proposte del Commissario, e della norma che ne è seguita, è quello di diminuire il numero delle società partecipate

⁴⁸⁷ La Corte Costituzionale con sentenze n. 148/2012 e n. 151/2012, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale di alcune norme d'urgenza emanate in seguito alla crisi economica dell'anno 2008, ha ricordato che il principio "*salus rei publicae suprema lex esto*" non può essere invocato in maniera illimitata. Tra i diversi provvedimenti in tal senso emanati, i più incisivi sull'autonomia degli enti locali sono stati il D.L. n. 201/2011, il D.L. n. 174/2012 e la l. cost. 1/2012.

⁴⁸⁸ Si fa riferimento al *Patto Europlus* sottoscritto nel marzo 2011 dagli Stati membri dell'Unione Europea proprio con lo scopo di coordinare le politiche economiche a seguito della crisi economica mondiale dell'anno 2008. Da esso sono derivati diversi impegni, che si sono aggiunti ai vincoli del Patto di stabilità e crescita.

⁴⁸⁹ Ci si riferisce al Programma di razionalizzazione delle partecipate locali, 7 agosto 2014, del Commissario Straordinario per la revisione della spesa, pubblicato su revisionedellaspesa.gov.it.

⁴⁹⁰ Cfr. l. 23 dicembre 2014, n. 190, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015), in *G.U.* n.300 del 29 dicembre 2014 - Suppl. Ordinario n. 99.

dalle amministrazioni territoriali e, conseguentemente, ridurre l'impatto sulla spesa pubblica e favorire la concorrenza del mercato.

Questa spinta è limitata nei suoi orizzonti, e appare più conveniente, in termini pratici e, soprattutto, culturali, considerare questa ristrutturazione come la valorizzazione delle gestioni presenti nell'organizzazione esterna degli enti locali, con lo scopo di individuare i servizi a vocazione commerciale che possono essere devoluti all'integrale gestione privata, liquidare le società che non rispondono ad esigenze strategiche di sviluppo del territorio, e garantire il miglioramento delle strutture che hanno prospettive di sviluppo.

L'intervento pubblico nella gestione dei servizi pubblici è suffragato da un dato rilevante emerso a seguito del referendum popolare dell'anno 2012, più volte ricordato. L'intervento popolare mirava alla richiesta di mantenere la proprietà pubblica del bene acqua, sebbene la norma non avesse tale oggetto, e il risultato che ne è derivato ha sostanzialmente confermato la fiducia che la collettività nutre nei confronti della presenza pubblica in determinati settori dello sviluppo collettivo.

5.3.1 I principi di funzionalizzazione ed economicità per determinare le società da mantenere

L'intervento delle Pubbliche amministrazioni sul mercato concorrenziale ne produce un'inevitabile modificazione⁴⁹¹: è in questa prospettiva che, ancora prima della crisi economica mondiale dell'anno 2008, sono state dettate regole per l'accesso al mercato in grado di tutelare e di tenere in considerazione le esigenze di cui sono portatori i soggetti pubblici, anche attraverso l'impiego di deroghe al diritto comune.

Il principio cardine cui le pubbliche amministrazioni devono fare riferimento nel dispiegarsi della propria azione sul mercato, oltre al principio di concorrenza, è quello di funzionalizzazione, ovvero quel principio che impone alle amministrazioni pubbliche di agire in funzione dei propri scopi

⁴⁹¹ Secondo il pensiero di A. Rossi, *Società con partecipazione pubblica*, voce dell'Enc. Giur., XXIX, Roma, 1993.

istituzionali e di orientare a tali scopi gli strumenti adottati per il loro raggiungimento⁴⁹².

Il connubio tra questi due principi conduce ad affermare che non è legittimata la presenza di amministrazioni pubbliche in ambiti a forte vocazione commerciale⁴⁹³. La presenza di un soggetto legato in qualche modo all'ambito pubblico e, quindi, in grado di limitare la propria alea imprenditoriale, produce distorsioni sul mercato concorrenziale; inoltre, lo svolgimento di un'attività di natura commerciale non può che orientare naturalmente tale soggetto verso il perseguimento dello scopo di lucro che l'attività stessa impone.

In questo senso, l'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007, stabilisce limiti alla costituzione di società di capitali da parte di pubbliche amministrazioni⁴⁹⁴ attraverso il divieto di costituire o mantenere quelle che abbiano ad oggetto "*attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*".⁴⁹⁵

Quali siano i compiti attribuiti agli enti locali è quanto mai difficile da individuare con nettezza in un momento storico di ristrutturazione istituzionale del sistema italiano che attende con urgenza, tra l'altro, una modifica del testo costituzionale⁴⁹⁶.

⁴⁹² Il principio veniva enunciato in generale già da F. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1937. In relazione, in particolare, all'attività amministrativa svolta in forma privata, si richiama lo studio di A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1938, 455.

⁴⁹³ Cfr. in questo senso CdS, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in www.giustizia-amministrativa.it. In tal senso anche Corte Conti, sez. contr. Lombardia, 17 giugno 2010, n. 675, in *Riv. corte conti*, 2010, 3, 98. Una visione differente è espressa in CdS., ad plen. 3 giugno 2011 n. 10, in *Foro amm. – CdS*, 2011, 6, 1842.

⁴⁹⁴ La Corte dei Conti, sez. reg. Lombardia, 17 febbraio 2012, n. 42 PAR, in www.corteconti.it, ha affermato che la norma si riferisce esclusivamente alle società di capitali, non essendovi obbligo di verifica in relazione alle quote dei consorzi di cui all'art. 2602 c.c. possedute da enti locali.

⁴⁹⁵ Così l'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007 smi. Per un'analisi approfondita della norma si veda G. Bassi, *Novità e qualche ripensamento per le società negli enti locali. Commento alla legge 24 dicembre 2007 n. 244 (finanziaria 2008), parte I*, in *Appalti & Contratti*, 2008, 1/2

⁴⁹⁶ In tal senso, si veda la legge n. 56/2014, mentre, in relazione all'attuale sistema la Corte dei Conti afferma che "*il ruolo centrale dell'amministrazione locale quale interprete primario dei bisogni della collettività locale, riconosciuto anche a livello costituzionale, non può essere messo in discussione dalla mancanza di un organico quadro legislativo che individui le funzioni comunali perché, semmai, il legislatore può solo specificare quali*

Stando all'attuale quadro normativo, l'art. 118 Cost. stabilisce che *“I comuni, le province e le città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”*⁴⁹⁷.

La disposizione costituzionale deve leggersi in combinato con l'art. 13 del TUEL, che attribuisce al Comune tutte le funzioni amministrative relative alla popolazione e al territorio del Comune medesimo. Le funzioni poste in capo al comune riguardano, in particolare, i settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, l'assetto e l'utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo che queste funzioni non siano espressamente attribuite ad altri soggetti dalla legge statale o regionale. A ciò si aggiungono una serie di funzioni, tra cui l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale elencate nell'art. 14, co. 27, d.l. n. 78/2010, conv. in l. n. 122/2010⁴⁹⁸, che creano il perimetro dell'azione territoriale.

La necessità che le pubbliche amministrazioni operino nell'ambito delle competenze riconosciute dall'ordinamento è strettamente legato anche ad esigenze di economicità dello schema gestionale adottato, che si estrinseca nella norma attraverso la valutazione dell'amministrazione sullo strumento gestionale da utilizzare, sull'analisi delle finalità perseguite e sui costi da sostenere nel raggiungimento di esse.

Tali valutazioni fanno ontologicamente parte della discrezionalità di cui sono dotati gli enti locali, sebbene la formulazione normativa rafforzi la consapevolezza dell'illegittimità di gestioni incongruenti⁴⁹⁹.

Viene scoraggiato l'uso dello schema societario con finalità elusive dei controlli sulla finanza pubblica e dei vincoli del Patto di stabilità interno,

siano gli ambiti che non rientrano nella competenza comunale”. Così Corte Conti, sez. reg. contr. Lombardia, 4 novembre 2010, n. 997 PAR. Prima di questo Corte Conti, sez. reg. contr. Lombardia, 11 aprile 2008, n. 23.

⁴⁹⁷ Cfr. Titolo V della Costituzione italiana, in *GU* n.298 del 27/12/1947.

⁴⁹⁸ Secondo il testo modificato dall'art. 19, D.L. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012.

⁴⁹⁹ Già CdS, 1 febbraio 1985, n. 130 si esprimeva in tal senso. Il sistema stabilito dall'art. 23bis mirava alle stesse finalità perché anch'esso imponeva l'assunzione di una relazione. La scelta se dar corso alla costituzione della società di capitali, così come ogni altra scelta attinente l'amministrazione dell'ente, spetta esclusivamente agli organi ai quali è stata affidata l'amministrazione comunale e, in primo luogo, al Consiglio comunale. Per tutti: Corte Conti, sez. contr. Lombardia, 29 giugno 2006, n. 9/pareri/06; con specifico riferimento alla materia societaria: n 23/pareri/08 dell'11 aprile 2008.

ma, al tempo stesso, si intende arginare l'uso di forme privatistiche per l'esercizio di attività estranee alla missione istituzionale⁵⁰⁰.

La libertà contrattuale dell'ente locale rimane invariata a fronte della funzionalizzazione delle scelte gestionali che le vengono imposte, ben potendo servirsi di società di capitali per finalità coerenti ad esse, ed esigenze derivanti dal contesto sociale di riferimento.

Stabilire se l'attività da affidare ad una società di capitali partecipata dall'ente locale sia o meno "*strettamente necessaria*" mette in luce una distinzione tra le tipologie di attività esercitabili dal potere pubblico, che la Corte Costituzionale⁵⁰¹ individua in 'attività amministrativa in forma privatistica', "*posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione*" ed 'attività di impresa', svolta nell'esercizio della propria autonomia organizzativa⁵⁰².

La distinzione si fonda su determinati indici⁵⁰³: modalità di costituzione della società⁵⁰⁴; organizzazione interna, che, si è detto più volte, può risentire della presenza pubblica attraverso l'applicazione di norme speciali; natura dell'attività svolta dalla società e fine da questa perseguito.

La Corte Costituzionale ritiene che la distinzione sia necessaria per separare le due sfere di attività, ed evitare che "*un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione*"⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ Si segnala anche che il comma 27, art. 3, l. n. 244/2007 è stato oggetto di questione di legittimità costituzionale, ma la Suprema Corte ha sottolineato come sia conforme al dettato costituzionale l'intento di tutelare il mercato dalla presenza di società commerciali che godono di maggiori coperture nel rischio di impresa. Cfr. Corte cost., sentenza 08 maggio 2009, n. 148, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁰¹ Corte Cost. n. 148/2009, cit.

⁵⁰² Sul tema si vedano M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2009, 254 ss; A. Massera, *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*, in www.astrid-online.it; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

⁵⁰³ Gli indici oggetto di analisi si trovano ad esempio in CdS, sez. VI, 11 gennaio 2013, in *Foro Amm. – CDS*, 2013, 814; CdS, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵⁰⁴ Questo elemento deve essere riferito alle società partecipate dallo Stato, che possono derivare da previsioni normative.

⁵⁰⁵ Corte costituzionale, sentenza 1 agosto 2008, n. 326, in www.cortecostituzionale.it.

Ci si domanda, allora, cosa accada in tutti quei casi in cui l'ente locale detiene partecipazioni in società con oggetto non riconducibile a compiti istituzionali, da cui derivino costi non giustificati in relazione all'azione amministrativa.

5.3.2 L'atto deliberativo favorevole all'impiego dello strumento societario

L'adozione del modello societario da parte dell'ente locale deve trovare giustificazione in determinate analisi istruttorie compiute dagli uffici tecnici dello stesso, in modo che il Consiglio comunale possa assumere la decisione sulla base di determinati fattori.

L'istruttoria inizia con un approfondito accertamento del sistema normativo di riferimento, verificando quali siano i requisiti previsti dall'ordinamento italiano ed europeo per il modello societario di gestione di quel determinato servizio che si vuole rendere; occorre poi introdursi nel sistema organizzativo generale adottato dall'ente locale e procedere ad una verifica dei profili economico finanziari che caratterizzano l'ente medesimo e il servizio da rendere; si deve attestare, infine, che lo strumento da adottare risponda ai requisiti di efficacia e di efficienza in relazione alla qualità del servizio e alle modalità di svolgimento dello stesso in ragione del modello societario favorito ad altri strumenti⁵⁰⁶.

La decisione favorevole al modello societario dovrebbe anche essere in grado di mettere in evidenza le condizioni in cui il socio pubblico eserciterà i propri diritti sociali, amministrativi e patrimoniali. In tal caso, allegare la bozza di eventuali patti parasociali, da sottoscrivere unitamente ad altri soci pubblici o privati, diviene rilevante per mostrare il tipo di *governance* cui l'ente locale parteciperà o il regime di circolazione delle azioni detenute.

⁵⁰⁶ Cfr. in tal senso CdS, 1 febbraio 1985, n. 130, secondo cui l'analisi costi-benefici deve porre in evidenza "le differenze di qualità e di efficienza del servizio reso da un'azienda pubblica locale o da una concessionaria nonché l'opportunità di costituire o di partecipare a società con i privati, ove fosse necessario l'apporto di determinate capacità tecnico-amministrative e di risorse finanziarie".

La giurisprudenza contabile e amministrativa hanno individuato alcuni indici cui attenersi nella scelta del modello societario, che si concretano in⁵⁰⁷:

- oggetto sociale: occorre esaminare l'effettiva attività che la società deve svolgere, non limitandosi all'analisi di quanto indicato negli atti societari⁵⁰⁸;
- servizi da svolgere: si richiede di indicare la natura dei servizi da svolgere e la pertinenza di essi alle funzioni dell'ente locale di riferimento. Non si possono ritenere esaustive deliberazioni che definiscono di interesse strategico il servizio⁵⁰⁹;
- scopo dell'operazione: devono essere dettagliati i motivi per i quali non sia possibile reinternalizzare il servizio o affidarlo ad un soggetto esterno;
- indicazione della situazione economica e patrimoniale della società;
- divieto di gestire contemporaneamente attività strumentali e servizi pubblici locali, in conformità a quanto previsto dall'art. 13 comma 2 del d.l. n. 223/2006, convertito con legge n. 248/2006.
- definire i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico laddove si tratti di servizi pubblici locali.

L'esame condotto deve dimostrare l'assenza di uno squilibrio del mercato concorrenziale in cui la società andrà ad operare e, al tempo stesso, esplicitare quali siano le finalità istituzionali perseguite⁵¹⁰, evidenziando gli

⁵⁰⁷ L'elenco è estrapolato dalla Relazione della Corte dei Conti, Gli organismi partecipati dagli enti territoriali, Deliberazione n. 15/SEZAUT/2014/FRG, in www.corteconti.it.

⁵⁰⁸ In tal senso cfr. Corte Conti, sez. contr. Campania, 24 aprile 2015, n. 143 e giurisprudenza ivi richiamata, in www.corteconti.it.

⁵⁰⁹ In particolare, la motivazione relativa alla strategicità del servizio rispetto al territorio è stata rilevata in relazione al servizio fieristico, cfr. Relazione Corte dei Conti, 2014, cit.

⁵¹⁰ Secondo autorevole dottrina *“Il legislatore ha inteso proibire più di quanto fosse di per sé necessario per perseguire efficacemente l'obbiettivo ufficialmente dichiarato. La proibizione di una ratio simile a quella delle norme che configurano reati di pericolo, anziché di evento. Le esenzioni ammissibili, dunque, sono soltanto quelle che ricadono all'interno delle categorie espressamente individuate dal legislatore in funzione dell'oggetto (in senso tecnico) delle società “partecipabili”...”*, A. Mazzoni, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, in AAVV, *“Le società pubbliche”*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Giappichelli, 2011.

elementi positivi della modalità di gestione prescelta rispetto alle altre possibili⁵¹¹.

La decisione deve mostrare che la forma prescelta risponde ai principi di economicità, efficacia ed efficienza, proiettando l'andamento dell'investimento pubblico in un arco di tempo sufficiente a valutare l'utilità del modello adottato.

In tal caso, mutuando dalla scienza economica, la decisione si basa su piani industriali di durata triennale.

Laddove si tratti di servizi pubblici locali, alla decisione adottata dal Consiglio comunale dovrà essere allegata una relazione tecnica da pubblicare sul sito internet dell'ente locale, dove si dia conto delle ragioni e della presenza dei requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento adottata e si definiscano i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico, indicando le compensazioni economiche, ove previste⁵¹².

Le decisioni adottate devono essere inviate alla sezione di controllo della Corte dei Conti, cui spetta la verifica della regolarità e della legittimità sugli atti che stabiliscono la forma di gestione dei servizi, in relazione al sistema nazionale ed europeo, e che deve giudicare circa gli effetti che l'operazione comporta sui bilanci degli enti, tenendo sempre in considerazione la discrezionalità delle amministrazioni e, quindi, che *“la scelta potrà essere*

⁵¹¹ Così si esprime Corte Conti, sez. controllo Lombardia, parere n. 163 del 31 marzo 2011; ma già CdS, 12 marzo 1990, n. 374, tutte in www.corteconti.it.

⁵¹² Cfr. Art 34 commi 20 e 21 DL 179/2012 “20. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità' della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio e' effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che da' conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

21. Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non e' prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013.”.

*giudicata più o meno congrua in funzione della rispondenza del modello organizzativo ai caratteri del servizio che s'intende svolgere*⁵¹³”.

A fronte di una ricognizione temporalmente circoscritta dalla norma, appare condivisibile la tesi dei giudici contabili secondo cui la verifica dell'inerenza delle partecipazioni detenute alle finalità istituzionali dell'ente locale debba essere compiuta periodicamente e, in particolare, in concomitanza all'approvazione del bilancio di esercizio di ogni singola società⁵¹⁴.

Occorre qui rilevare, tuttavia, che, dalla vigenza della norma, la Corte dei Conti ha constatato l'illegittimità di molte decisioni e, in certi casi, addirittura, il mancato invio degli atti alla Corte, o la mancata adozione di esse⁵¹⁵.

Il controllo del giudice contabile è finalizzato, pertanto, alla segnalazione di irregolarità ed anomalie, nell'ottica di un'attività collaborativa⁵¹⁶, ma ciò non ha disincentivato le amministrazioni pubbliche dal persistente impiego inusuale di società di capitali, favorito anche dall'assenza di sanzioni in capo agli inadempienti.

⁵¹³ Cfr. A. Niuitta – A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Dir. Comm. e dir. gen. Obbl.*, 1999, fasc. 7-8, 477. In giurisprudenza contabile, in ultimo, Corte Conti, sez. contr. Campania, 24 aprile 2015, n. 143, in www.corteconti.it, secondo cui “La trasmissione delle ridette delibere di ricognizione deve ritenersi strumentale al più generale potere di controllo di cui all'art. 1, commi da 166 a 172, della Legge n. 266 del 2005 e all'art. 148-bis TUEL, introdotto dall'art. 3, comma 1, lettera e), del D.L. n. 174/2012.”.

⁵¹⁴ Cfr. Corte Conti, n. 143/2015, cit.; ma già SCR Lombardia n. 386/2012/PRSE, tutte in www.corteconti.it. Considerato che la ricognizione delle società deve essere oggetto di deliberazione del Consiglio comunale, ci si pone una domanda in relazione alla proposta della Corte dei Conti: se la conferma del mantenimento della partecipazione viene effettuata in concomitanza all'approvazione del bilancio di esercizio della società, ciò potrebbe significare che la Corte dei Conti invita gli enti locali ad approvare il bilancio delle proprie società partecipate attraverso un atto di natura pubblica quale la deliberazione consiliare. In tal senso, tuttavia, si prospettano riflessioni che non è possibile approfondire nel presente studio.

⁵¹⁵ Così si evince dalle rilevazioni delle sezioni regionali di controllo, richiamate nella Relazione Corte Conti 2014, cit.

⁵¹⁶ Cfr. Corte Conti, parere sez. contr. Lombardia, 27 giugno 2013, n. 263, in www.corteconti.it. In tema di discrezionalità degli enti locali nella scelta del modello gestionale si legga anche T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 12 febbraio 2015, n. 548, in www.ratioiuris.it.

5.3.3 La possibile prosecuzione della gestione societaria in caso di perdite di esercizio

Potenziare la struttura aziendale con lo scopo di favorire la prosecuzione dell'attività imprenditoriale costituisce l'obiettivo che anima le procedure concorsuali presenti nell'ordinamento italiano⁵¹⁷.

La crisi dell'impresa commerciale costituisce un fattore di alterazione del mercato economico, ma anche un mutamento del contesto sociale, in relazione a tutti i soggetti che partecipano, internamente ed esternamente, all'attività produttiva e finale dell'impresa⁵¹⁸. Per questo motivo, se non si riesce a recuperare l'imprenditore, si deve, almeno, cercare di preservare l'azienda, ovvero il complesso di beni necessari allo svolgimento di una determinata attività, poiché essi possono essere gestiti proficuamente da altro imprenditore⁵¹⁹.

Diversi fattori possono incidere sulla crisi di impresa e, tra essi, la persistente presenza di perdite in bilancio, che possono dipendere da situazioni temporanee, ma possono assumere carattere patologico quando persistono nel tempo senza alcuna motivazione rinvenibile nelle strategie pianificate dalla società. In tal caso i soci devono essere indotti a verificare la causa da cui originano le perdite, con lo scopo di sanare l'economicità della gestione del servizio reso⁵²⁰.

⁵¹⁷ Ciò è testimoniato anche dall'accentuazione privatistica che gli ultimi interventi normativi hanno conferito ad alcuni accordi, quali quelli di ristrutturazione. Si veda sul tema la riflessione di M. Onorato, *Principio di sussidiarietà e natura degli accordi di ristrutturazione [The principle of subsidiarity and the nature of the debt restructuring agreements]*, in *Rass. Dir. civ.*, 2014, fasc. 3, 685.

⁵¹⁸ Cfr. R. Rordorf, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, (Relazione per il Convegno su "La continuità aziendale tra disciplina del bilancio e diritto della crisi", Roma, 4 aprile 2014), in *Le Società*, 2014, fasc. 8-9, 917; A. Badini Confalonieri, *La continuità aziendale nel concordato preventivo – Continuity in the arrangement's*, in *Il Nuovo Dir. Soc.*, 2014, fasc. 22, 45; G. F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, III, Milano, 2012.

⁵¹⁹ Cfr. G. F. Campobasso, *Dir. Comm.*, *ibidem*.

⁵²⁰ In relazione alle società partecipate da pubbliche amministrazioni, questo orientamento è maggioritario tra i giudici contabili. Tra le tante, si veda Corte conti, sez. contr. Lombardia, 4 febbraio 2010, n. 86/PAR.

In tali circostanze, le scienze commerciali ritengono legittimo un intervento dei soci per rafforzare il patrimonio della società⁵²¹ e, in relazione alle società partecipate da enti locali, i soci pubblici, in passato, hanno provveduto al ripiano delle perdite di esercizio attraverso le tecniche civilistiche esistenti.

Tuttavia, la tendenza degli enti locali ad utilizzare le proprie società di capitali per eludere i vincoli di finanza pubblica ha posto la necessità di distinguere i legittimi interventi economici a favore di esse da quelli non giustificati.

E' giunta fino ai giudici europei la disamina relativa ai contributi erogati ai gestori di servizi pubblici, a livello europeo definiti servizi di interesse generale.

Secondo la Corte di Giustizia⁵²², essi trovano la propria fondatezza laddove si tratti di compensazioni per oneri di servizio pubblico, sebbene si renda necessaria una maggiore specificazione a tale assunto, considerandosi legittime le erogazioni relative a:

- compensazioni per obblighi di servizio pubblico realmente esistenti in capo all'impresa beneficiaria;
- compensazioni per obblighi di servizio pubblico chiaramente circoscritti in capo ad essa;
- compensazioni erogate sulla base di parametri di calcolo predeterminati;
- compensazioni che non eccedono l'importo necessario a coprire tutti o parte dei costi relativi all'adempimento degli obblighi di servizio, calcolati in considerazione agli introiti e all'utile marginale;
- compensazioni da determinarsi in base all'analisi dei costi che un'impresa media sia in grado di sostenere in condizioni ottimali, ogni qualvolta la

⁵²¹ Sul tema degli apporti dei soci al patrimonio sociale si veda anche il principio OIC n. 28 sul patrimonio netto (secondo il testo aggiornato all'agosto 2014).

⁵²² Cfr. la sentenza CGCE, 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark*, con cui la Corte ha identificato i quattro criteri che devono cumulativamente essere presenti affinché la compensazione degli obblighi di servizio pubblico non costituisca aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, par. 1, TCE (attuale art. 107, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea- TFUE). Alla sentenza della Corte di Giustizia è seguita una serie di interventi della Commissione Europea allo scopo di regolamentare la materia: decisione 2005/842/CE della Commissione, in *GUUE* L 312 del 29 novembre 2005; Direttiva 2006/11/CE della Commissione europea del 16 novembre 2006, in *GUUE* L 318 del 17 novembre 2006; Comunicazione 2005/C 297/04, in *GUUE* del 29 novembre 2005.

scelta dell'impresa a cui attribuire detti obblighi non sia scelta tramite procedura pubblica di appalto.

L'assenza di uno di questi elementi nell'intervento pubblico incide sull'alea imprenditoriale e determina squilibri concorrenziali, determinando quelli che sono stati definiti dall'Unione europea come 'aiuti di Stato'⁵²³.

5.3.4 E' legittimo l'intervento dei soci pubblici in caso di perdite di esercizio?

Oltre ai versamenti dei soci che possono celare "aiuti di Stato", costituiscono comportamenti elusivi, che vanno attentamente osservati, i casi in cui le ripetute perdite di esercizio vengano ripianate dall'ente locale attraverso l'uso di trasferimenti di parte corrente, impropriamente impiegati per questa finalità⁵²⁴.

Il ripiano di perdite costituisce, infatti, una spesa corrente per l'ente locale, da adottarsi mediante il riconoscimento di debiti fuori bilancio⁵²⁵, di cui all'art. 194 TUEL, ovvero di quei debiti che non sono autorizzati nei documenti di programmazione e devono essere sottoposti ad approvazione del consiglio comunale secondo determinata procedura.

I debiti fuori bilancio devono possedere due requisiti: utilità e arricchimento.

⁵²³ Al riguardo, la Corte di giustizia, Prima sezione, 3 aprile 2014, in causa C-559/12P, ha censurato un'operazione francese di concessione di una garanzia illimitata dello Stato a favore di La Poste (nella quale è emerso l'obbligo di copertura delle perdite della società in caso di insolvenza), operazione idonea, ad avviso della Corte, a procurare un vantaggio immediato all'impresa e, quindi, classificabile come aiuto di Stato).

⁵²⁴ Sul punto si è espressa a più riprese la Corte dei Conti. Si vedano, in particolare, Corte conti, Sez. Autonomie, del. 22 giugno 2010, n. 14; Corte conti, sez. reg. Veneto, del. 14 gennaio 2010, n. 10/2010/ INPR; Corte conti, Sez. reg. contr. Lombardia, par. 26 ottobre 2010 n. 982/2010; Corte conti, sez. reg. contr. Puglia, par. 65/2007; Corte conti, sez. reg. contr. Abruzzo, del. n. 578/2007 tutte in www.corteconti.it.

⁵²⁵ Cfr. art. 194, D.Lgs. n. 267/2000, che tra i debiti fuori bilancio annovera: "[...] c) ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali.[...]"

Secondo il principio n. 2, punto 79 dell'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali, www.osservatorio.interno.it, "Il debito fuori bilancio è costituito da obbligazioni pecuniarie, relative al conseguimento di un fine pubblico, valide giuridicamente ma non perfezionate contabilmente, per cui il riconoscimento della sua legittimità da parte del consiglio dell'ente fa coincidere i due aspetti giuridico e contabile in capo al soggetto che l'ha riconosciuto."

L'utilità si configura se vi è una potenziale o reale possibilità di beneficio a favore dell'ente locale e/o a favore dei cittadini che fanno parte della comunità; mentre l'arricchimento consta nella plusvalenza patrimoniale dei beni o dei servizi acquisiti, o nel risparmio derivante da tale acquisizione.

Entrambi i requisiti devono sussistere e devono trovare motivazione nel parere tecnico-amministrativo rilasciato in relazione alla deliberazione.

Anche l'impiego di ricapitalizzazioni pone problemi, poiché quelle fatte a favore delle strutture esterne alla pubblica amministrazione non rientrano nella categoria degli investimenti e non possono, quindi, essere finanziate con l'indebitamento di cui dall'art. 3, co. 19, l. 24 dicembre 2003, n. 350⁵²⁶, che vieta esplicitamente il ricorso a tale istituto per conferimenti volti alla ricapitalizzazione e al ripiano di perdite delle aziende o delle società.

Una precedente versione dei principi contabili precisava che per ricapitalizzazione si doveva fare riferimento ad “[...] *un'azione specifica, di ricostituzione del capitale deliberato dai soci per la costituzione della società, normativamente disciplinata e non è suscettibile di interpretazione estensiva ad altre fattispecie di ripianamento di perdite d'esercizio.* [...]”⁵²⁷, a testimonianza della considerazione selettiva che di tali interventi dovrebbe essere fatta da parte degli enti locali.

In questo solco si inserisce l'art. 6, co. 19, d.l. n. 78/2010 che vieta di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, nonché di 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 ripiano di perdite anche infrannuali⁵²⁸.

⁵²⁶ L'art. 3, co. 19, l. 24 dicembre 2003, n. 350, vieta il ricorso all'indebitamento per conferimenti finalizzati alla ricapitalizzazione e al ripiano di perdite di aziende o società partecipate. La norma esplicita il divieto di contrarre nuovo debito per il ripiano delle perdite disposto dall'art. 119, co. 6, Cost., che ammette il ricorso all'indebitamento solo per spese di investimento. Sul punto la Corte conti Piemonte, 29 maggio 2008, par. n. 15, in www.corteconti.it.

⁵²⁷ Si fa riferimento al principio n. 2, punto n. 106 dell'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali, nella versione del 2008 e, sul tema, Corte conti, sez. Lazio, 8 aprile 2010, n. 31, in www.corteconti.it.

⁵²⁸ Cfr. art. 6, co. 19, D.L. n. 78/2010 conv. In l. n. 122/2010 che vieta di “[...] *effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, ne' rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi*

Lo scopo perseguito dalla norma è quello di ridimensionare l'intervento economico dei soci pubblici nei confronti delle proprie società partecipate in condizioni di dissesto⁵²⁹, inducendoli ad una riflessione sulla reale utilità della società partecipata⁵³⁰, se essa costituisce la modalità migliore per la gestione del servizio e se, eventualmente, sia in grado di proseguire l'attività e di produrre utili⁵³¹.

Per suffragare quanto affermato, si mostra di seguito la Figura II.1, contenuta nel 'Programma di razionalizzazione delle partecipate locali' proposto nell'agosto 2014 dal Commissario straordinario per la revisione della spesa, che rileva le 20 società con maggiori perdite (pro quota per le amministrazioni territoriali per quote di partecipazione) rilevate all'anno 2012⁵³². In tale anno i dati acquisiti dal sistema SIOPE mostrano operazioni di ripiano delle perdite a favore di società partecipate di euro 35 mln nell'anno 2012. La modalità di ripiano è avvenuta in parte attraverso conferimenti di capitale per un ammontare di circa 400 mln⁵³³.

consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali [...]". In relazione alle lettere di *patronage* si veda il parere della Corte conti, sez. contr. Liguria, 30 marzo 2012, n.18/PAR.

⁵²⁹ Cfr. Corte conti, sez. contr. Umbria, del. n.120/2013/PARI; id., sez. contr. Basilicata, del. n. 96/2013/PARI; id., sez. contr. Marche, del. n.69/2013/PARI; id., sez. contr. Veneto, del. n. 278/2013 nelle relazioni allegare al giudizio di parificazione hanno rilevato un elevato numero di società che chiudono in perdita, tutte in www.corteconti.it.

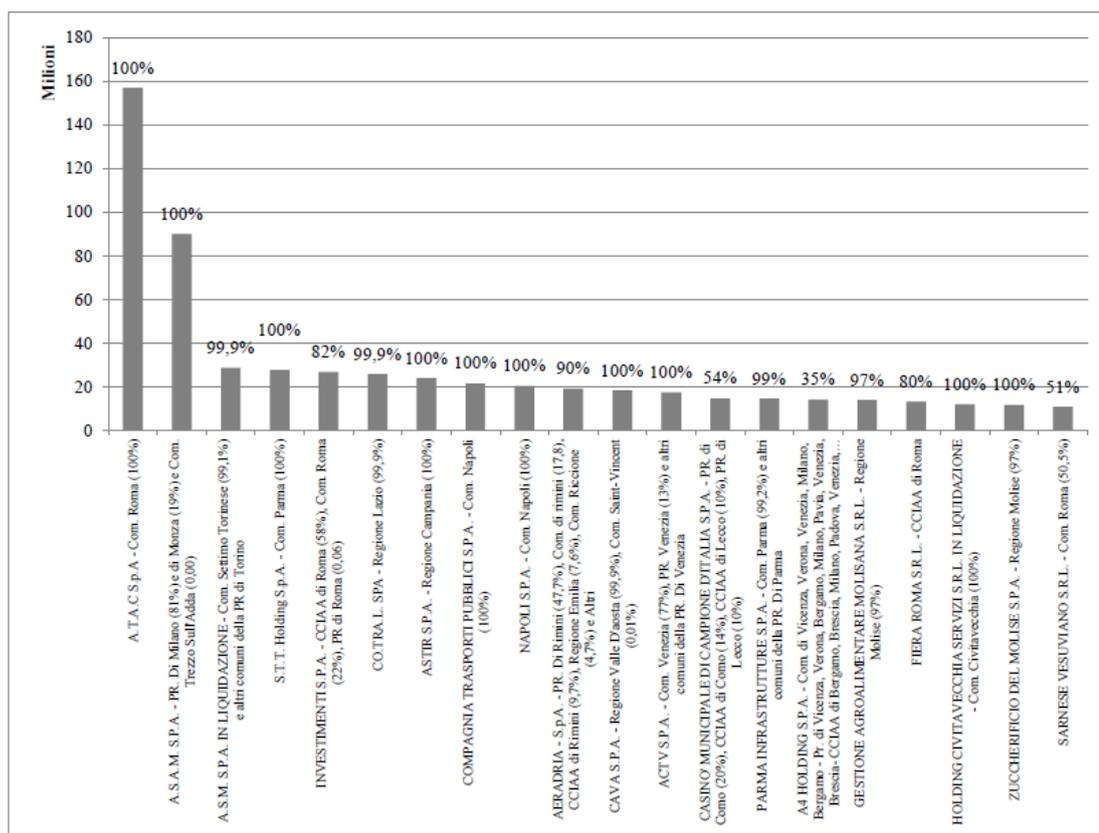
⁵³⁰ Cfr. Corte conti, sez. contr. Piemonte, 4 giugno 2008, n. 15/PAR, secondo cui "*il reiterarsi delle perdite di una società partecipata rivela un'insufficiente produttività ed utilità per l'Ente locale socio unico o di maggioranza di cui quest'ultimo, nell'esercizio delle sue autonome scelte gestionali, non può non tener conto*".

In relazione alle società strumentali, la valutazione sulla capitalizzazione si lega all'inerenza del servizio reso dalla società con le finalità istituzionali dell'ente secondo Corte conti, sez. Lombardia, 5 marzo 2014, n. 96/2014/PAR, in www.corteconti.it.

⁵³¹ Cfr. C. Con riferimento al versamento a copertura delle perdite, la necessità che le operazioni di reintegro del capitale sociale, Corte conti, sez. contr. Trentino-Alto Adige, Bolzano, deliberazione n. 2/2013/PARI e, analogamente, Corte conti, sez. contr. Veneto, 22 agosto 2012, n. 515/2012/PAR, tutte in www.corteconti.it, dove si evidenzia la necessità di accompagnare l'intervento pubblico ad un piano di risanamento che mostri il possibile raggiungimento dell'equilibrio economico.

⁵³² I dati relativi all'anno 2012 presenti nella tabella sono stati acquisiti dalla banca dati del Ministero dell'Economia e Finanza (MEF).

⁵³³ Così riferisce il 'Programma di razionalizzazione delle partecipate locali', cit..



Lo schema evidenzia una situazione generalizzata di antieconomicità delle gestioni, che trova il suo culmine nel servizio di trasporto pubblico locale, e fornisce un quadro dell'incidenza delle gestioni societarie sui bilanci degli enti locali⁵³⁴.

5.3.5 L'incidenza delle scelte di governance sull'andamento economico della società.

Il fatto che le società di capitali siano in perdita non significa necessariamente che ciò dipenda da *mala gestio* dei propri amministratori, poiché possono incidere diversi fattori, tra cui, ad esempio, eventuali investimenti che determinino perdite riassorbibili in un tempo più o meno lungo, in relazione all'operazione da realizzare.

534 La correlazione tra la spesa delle società e quella degli enti locali soci è sottolineata nel Programma di razionalizzazione della spesa redatto dal Commissario straordinario per la revisione della spesa, dalla Corte dei Conti nelle proprie relazioni annuali sugli organismi partecipati, ma anche dal giudice amministrativo, ad esempio CdS, sez.II, 25 settembre 2009 n. 322, in www.giustizia-amministrativa.it.

Qualora la perdita dovesse divenire costante, o laddove questa non dipenda da strategie di crescita aziendale che determinino situazioni temporanee, allora all'ente locale socio è affidato il compito di individuare le cause da cui origina questa situazione, come farebbe ogni altro investitore.

Tra gli elementi rilevanti dell'analisi da condurre, si colloca la governance della società e, in particolare, la scelta delle persone che ne facciano parte.

In tema di selezione degli amministratori da parte degli enti locali, è stato inserito nella legge Finanziaria 2007, l. n. 296/2006⁵³⁵, un criterio di professionalità legato all'andamento dei bilanci di esercizio. Si prevede, in sostanza, che non siano nominabili ad amministratori di società partecipate da soggetti pubblici (si fa riferimento, in tal caso anche alle aziende pubbliche), tutti coloro che abbiano ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi e le relative società abbiano chiuso in perdita tre esercizi consecutivi.

La disposizione *tranchant* è nata dall'intento di richiamare gli amministratori di società *pubbliche* ad un certo rigore nella gestione di esse, ma, allo stesso tempo, non ha tenuto in considerazione le peculiarità che possono far scaturire risultati negativi di bilancio.

Per questo motivo, nella successiva legge Finanziaria per il 2008, l. n. 244/2007, è stata inserita un'interpretazione autentica del precedente comma 734, art. 1, l. n. 296/2006, per cui il riferimento ai bilanci in perdita è divenuto un "*progressivo peggioramento dei conti per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali*".

La dicitura, più malleabile all'interpretazione delle singole amministrazioni pubbliche legittimate alla nomina di amministratori in società, ha giustificato la maggior parte dei soggetti candidati, portando, di fatto, alla sua disapplicazione. D'altronde, in tema di scelta degli amministratori di società, le successive disposizioni⁵³⁶ hanno dettato una serie di ineleggibilità ed inconfiribilità più ampie, in grado di incidere maggiormente sulle scelte

⁵³⁵ Cfr. il comma 734, art. 1, l. n. 296/2006, e la successiva interpretazione della L. 24 dicembre 2007, n. 244, come modificata dalla L. 18 giugno 2009, n. 69.

⁵³⁶ Cfr. D.Lgs. 8 aprile 2013, n. 39, *Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190*, in *GU* n.92 del 19-4-2013.

operate dagli enti locali, soprattutto perché, oltre ad inserirsi in un più generale contesto di norme poste a salvaguardia da fenomeni di corruzione, alla violazione di esse conseguono specifiche sanzioni, non dettate, invece per le violazioni che si sono precedentemente richiamate.

La presenza di perdite nelle società partecipate da enti locali non è stata considerata solo come elemento di valutazione dei soggetti chiamati ad amministrarle, ma è divenuta determinante anche per perseguire una maggiore efficienza di tali società, in considerazione dei principi di economicità e di concorrenza, e in vista del raggiungimento di una maggiore qualità nell'erogazione dei servizi da offrire alla collettività⁵³⁷.

Tutto ciò ha condotto al rafforzamento graduale del rapporto tra le società partecipate e gli enti locali soci: in materia di controlli; in materia di anticorruzione e, quindi, di trasparenza delle informazioni; in materia di vincoli sul personale e sull'acquisto di beni e di servizi; ma anche, dal punto di vista finanziario, sono state avvicinate le società ai propri enti locali soci, per giungere a quella visione d'insieme della struttura pubblica che permette di condurre una finanza pubblica in buona salute.

Appare fondamentale, in questo contesto, un impegno concreto da parte delle amministrazioni territoriali per garantire un costante monitoraggio sull'operato delle proprie società partecipate ed eventuali interventi correttivi dell'azione delle società.

5.3.6 (segue) Criteri di selezione della governance societaria

L'analisi economica positiva sulle prospettive di funzionamento della società, la sussistenza di reali esigenze dell'amministrazione allo svolgimento di un determinato servizio secondo lo schema societario e la verifica dell'effettiva qualità della gestione tramite tale veicolo, permettono di valutare in senso positivo la scelta di mantenere la società.

⁵³⁷ La Corte dei Conti, sez. controllo Emilia-Romagna, n. 29/2011/PAR, conforme a id., n. 52/2010/PAR, entrambe in www.corteconti.it, richiama gli enti ad effettuare un "attento monitoraggio delle cause" che possono aver comportato perdite, nell'ottica di un sistema di gestione economica volta al massimo risparmio della spesa, e rivolta al perseguimento di standard qualitativi adeguati al servizio da rendere.

Alla conferma del modello societario consegue l'adeguamento della struttura aziendale alle leggi speciali che mirano al coordinamento della finanza pubblica e alla tutela della concorrenza e, in particolare, incidono sulla *governance* e sul personale impiegato. Inoltre, l'organizzazione societaria deve essere improntata al raggiungimento dello scopo sociale secondo i criteri e gli standard dettati dal contratto di servizio, e volti al soddisfacimento del benessere della comunità.

La decisione di mantenere una società di capitali per gestire servizi pubblici o servizi strumentali deve fare i conti con la necessità di limitare i costi di funzionamento che la caratterizzano, attraverso il contenimento degli organi di amministrazione e di controllo, già sottoposti in passato a diverse riduzioni di numero e di compenso da parte di norme speciali⁵³⁸.

Valutazioni sul ridimensionamento degli organi societari non devono essere condotte dal sentimento di generalizzata diffidenza che accomuna il legislatore e buona parte dell'opinione pubblica, perché in tal caso i casi patologici trascinano tutti i soggetti che fanno parte del contesto e che risentono di una tale impostazione.

E' necessario svolgere valutazioni su indici oggettivi e ben delineati, che si fondino sull'analisi del mercato in cui opera la società e sul servizio che essa rende, per poter effettuare un confronto con le altre gestioni sul mercato di riferimento e valutare l'adeguatezza della gestione condotta, anche in relazione alle dimensioni della struttura societaria. A questi elementi si associa l'osservazione dell'andamento economico della società, in considerazione ad un periodo temporale di riferimento in grado di evidenziare eventuali situazioni patologiche negative.

Così facendo, è possibile stimare il costo che ogni amministratore ha per la società e quello che dovrebbe avere in relazione al contesto del sistema.

⁵³⁸ Cfr. art. 1, comma 729, L. N. 296/2006, come modificati dai commi 12 e 13 dell'art. 61 della l. n. 133/08, poi l'art. 3, comma 44, L. N. 244/2007; art. 6, comma 6, D.L. n. 78/2010, conv. in L. N. 122/2010 e, indirettamente comma 7 di quest'ultima norma; Art. 6, comma 4, D.L. n. 78/2010, conv. in L. N. 122/2010; Art. 1, comma 718, L. N. 296/2006, art. 5, comma 5, D.L. n. 78/2010, conv. in L. N. 122/2010 e art. 84 TUEL così come modificato dal comma 727, art. 1, L. N. 296/2006; art. 4, co. 4-5, D.L. n. 95/2012 come modificato dall'art. 16, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, conv. con modif. dalla L. 11 agosto 2014, n. 114.

Nello stesso modo devono essere valutati i dirigenti della società e il personale in essa impiegato.

Quanto all'organo di controllo, esso è generalmente formato da tre membri effettivi e due supplenti, giacché le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni adottano quasi esclusivamente il modello tradizionale di società di capitali, anche dopo la riforma societaria del 2003⁵³⁹.

La presenza di un organo di controllo interno garantisce la vigilanza sull'operato degli amministratori e assicura il corretto svolgimento dell'attività sociale in caso di loro inerzia⁵⁴⁰.

Il codice civile, laddove si scelga il modello organizzativo tradizionale, lascia un ampio margine nella definizione del collegio sindacale, che può essere costituito anche da un revisore unico.

Anche in tal caso, come per l'organo di amministrazione e per le risorse umane da utilizzare nella società, devono essere tenuti in considerazione i punti sopra richiamati, ma occorre qui aggiungere che se lo scopo di tale organo è quello di controllare la gestione sociale, la presenza di più membri può favorire non solo una maggiore copertura, ma anche un confronto reciproco dei membri che ne fanno parte e che devono, eventualmente, segnalare azioni di *mala gestio* degli amministratori.

5.4 L'obbligo di definire un piano di razionalizzazione delle partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni

L'intento di addivenire ad una struttura pubblica unitaria ha fatto emergere con maggiore evidenza l'elevata quantità di società partecipate dalle pubbliche amministrazioni presenti sul territorio nazionale.

⁵³⁹ Cfr. D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 17, "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366.", in *G.U.* n.17 del 22 gennaio 2003 - Suppl. Ordinario n. 8 che, oltre al modello tradizionale, ha previsto il modello monocratico, che si compone di un consiglio di amministrazione, all'interno del quale viene nominato un comitato preposto al controllo interno sulla gestione, e il modello dualistico, che vede la presenza di un consiglio di gestione e di un consiglio di sorveglianza eletto dall'assemblea.

⁵⁴⁰ Cfr. artt. 2397 ss. e art. 2477 c.c.

La constatazione dell'incidenza prevalentemente negativa di tali soggetti sui bilanci locali ha spinto il legislatore verso l'imposizione della gestione associata dei servizi da parte dei comuni con ridotte dimensioni territoriali e demografiche⁵⁴¹ e il successivo obbligo di dismissione delle società strumentali⁵⁴² sfociato, infine, in un più modesto obiettivo di ridurre il numero delle società partecipate⁵⁴³.

Lo scopo di ridurre il numero delle società obbliga gli enti locali alla riconsiderazione delle attuali modalità di gestione dei servizi pubblici locali, e apre la strada alla possibilità di rivolgere l'attenzione verso modelli e forme differenti.

Per favorire lo sviluppo di un percorso in tal senso, il legislatore ha imposto ai Sindaci e agli altri rappresentanti politici di vertice degli enti territoriali di predisporre un piano operativo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie nel quale indicare le modalità e i tempi di realizzazione, nonché l'indicazione dettagliata dei risparmi che possono essere conseguiti al termine del percorso⁵⁴⁴.

Nella scelta delle società da tenere o da dismettere vi sono diversi criteri cui far riferimento e, in particolare:

⁵⁴¹ Si tratta, in particolare, dell'art. 14, comma 32, d. l. n. 78/2010 convertito in l. n. 122/2010. L'esclusione riguardava quelle società partecipate che presentassero un bilancio in utile negli ultimi tre esercizi e che non avessero subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio e, infine, che non avessero subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune fosse stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. Tutti gli interventi in tal senso sono stati oggetto di abrogazione da parte del legislatore in parte perché spazzavano via, in maniera indistinta, tutte le gestioni esternalizzate degli enti locali di piccole dimensioni, creando un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto a quelli demograficamente più ampi (Così Corte Conti, Puglia, 22 luglio 2010, n. 76, in *Riv. corte conti*, 2010, fasc. 1, 104, in parte perché erano sprovviste di pragmatismo, e, dunque, inattuabili).

⁵⁴² Cfr. D.L. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012.

⁵⁴³ Si fa riferimento alla l. 23 dicembre 2014, n. 190, che al comma 611, art. 1, richiede una serie di interventi programmati per addivenire alla dismissione delle partecipazioni dirette e indirette in società di capitali.

⁵⁴⁴ Si tratta del Piano operativo di razionalizzazione stabilito dal comma 612, art. 1, l. n. 190/2014, che ha stabilito nel 31 marzo 2015 il termine per l'adozione del piano da parte dei soggetti competenti, tenuti all'invio del documento alla sezione regionale della Corte dei Conti. Entro il 31 marzo 2016 deve essere predisposta una relazione sui risultati conseguiti, anch'essa da inviare alla Corte dei Conti. Tutti i piani predisposti dagli enti territoriali sono visibili sui siti internet istituzionali in quanto il documento è soggetto a pubblicazione quale adempimento di trasparenza.

- a) perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente di riferimento;
- b) dimensioni della società in relazione, ad esempio, all'incidenza del numero degli amministratori sul complesso dei dipendenti;
- c) eventuale presenza di attività analoghe o similari svolte da più società partecipate;
- d) svolgimento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, di cui si deve favorire la gestione aggregata;
- e) costi di funzionamento della struttura societaria⁵⁴⁵.

Il fallimento fino ad ora verificatosi sulla materia fa ritenere poco probabile il conseguimento di risultati positivi (se non altro nel breve periodo), poiché vi sono diversi motivi che disincentivano l'abbandono del modello societario. Tra i tanti, si richiama, ad esempio, il tema della tutela dei lavoratori impiegati presso le società partecipate, che non possono essere riassorbiti dall'amministrazione pubblica in caso di reinternalizzazione, se non attraverso concorso pubblico⁵⁴⁶. Vi sono operazioni in cui il personale può essere salvaguardato, come nel caso in cui siano operate cessioni di rami d'azienda propedeutiche alla liquidazione della società partecipata: in tal caso la collocazione del personale può avvenire in considerazione della disciplina civilistica che favorisce il passaggio da un'impresa ad un'altra⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ In tal senso si dirigono le proposte presentate nel "Programma di razionalizzazione delle partecipate locali" presentato il 7 agosto 2014 dal Commissario straordinario per la revisione della spesa, nominato dal Consiglio dei Ministri del 4 ottobre 2013 e dimessosi dalla carica il 31 ottobre 2014.

⁵⁴⁶ Tra i tanti interventi sul tema si vedano Corte Conti, Campania, n. 129/2014; Corte Conti, sez. riun., pareri 2-3-4/2012; Corte Conti, n. 26/2012; Corte Conti, sez. riun., parere n. 8/2010.

⁵⁴⁷ Diverso è il caso delle c.d. clausole sociali, generalmente applicate nel passaggio da un gestore esterno ad un altro, affidatari di contratti di appalto. In tal caso, il nuovo gestore si sottopone all'obbligo, vinta la gara, di garantire l'assunzione del personale già impiegato dal gestore precedente. Tale sistema è previsto dall'art. 69, D.Lgs n. 163/2006, dall'art. 63, co. 4, D.Lgs n. 112/1999 o dall'art. 29, co. 3, D.Lgs n. 276/2003. Tali clausole, tuttavia, sono viste con sfavore perché falsano la concorrenza e comprimono la libertà di impresa. In tal senso si è espressa l'ex AVCP, oggi ANAC, con parere n. 44/2010; ma anche la giurisprudenza nazionale, che ammette il passaggio di personale laddove sussistano determinate condizioni, Cfr. CdS, sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890; CdS, sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725; CdS, sez. III, 10 maggio 2013, n. 2533; anche la Corte di Giustizia, CGCE, 14 luglio 2005, C-386/2003 e CGCE, 9 dicembre 2004, C-460/2002, si è espressa sullo specifico tema delle clausole di assorbimento in relazione alla disciplina dei servizi aeroportuali, censurando l'impiego di tali clausole poiché limitava

Queste, tuttavia, non possono garantire la permanenza nel posto di lavoro laddove il nuovo gestore necessiti, in un secondo momento, di operare una ristrutturazione aziendale o laddove esso ritenga che la prestazione lavorativa del singolo dipendente non sia adeguata al servizio da rendere, poiché non è possibile limitare in tal senso l'imprenditore⁵⁴⁸.

La collocazione del personale impiegato nell'organizzazione societaria costituisce un peso rilevante nelle valutazioni compiute dagli enti locali e, per questo, il legislatore ha proposto la partecipazione di essi alle operazioni di riallocazione delle risorse umane tra le proprie società allo scopo di favorirne la razionalizzazione.

Ciò valorizza il ruolo delle risorse umane in esubero e di quelle che prestano la loro opera presso società non rilevanti per l'attività pubblica⁵⁴⁹, che possono, in tal modo, trovare estinzione.

Questo sistema si affianca ad interventi normativi che mirano ad assimilare il personale impiegato dalle società partecipate, a quello degli enti locali proprietari, sottoposti a consistenti limiti nell'assunzione di nuovo personale. Tutto ciò, se da una parte favorisce la dismissione di società che non garantiscono più rapporti di lavoro di diritto privato svincolati dalle burocrazie del settore pubblico; dall'altra dovrebbe disincentivare l'ampliamento organizzativo di quelle società che l'ente locale decide di mantenere e di cui deve contenere la spesa.

Tutto ciò, sebbene risponda alle esigenze del sistema pubblico sminuisce l'autonomia organizzativa delle società e ostacola l'attività imprenditoriale di tali soggetti, che difficilmente trovano, in siffatto contesto, una ragion d'essere.

L'obbligo di ridimensionare progressivamente l'impiego dello strumento societario costituisce un buon incentivo per le realtà territoriali che vogliono

l'ingresso nella gestione del servizio. Interessante anche la lettura positiva della materia da parte dell'ex AVCP, AG 41/12 del 23 gennaio 2013.

⁵⁴⁸ Un'interessante lettura di questi fatti è fornita da D. Perotti, *La clausola sociale, strumento di salvaguardia dei lavoratori nel conferimento o nel trasferimento di attività a carattere economico-imprenditoriale da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *N. r. l. d. g.*, 2009, fasc. 1, 24.

⁵⁴⁹ Si vedano i commi da 563 a 568 della l. n. 147/2013.

recuperare, o sperimentare, sistemi alternativi di gestione presenti nell'ordinamento italiano.

Così, nel prosieguo si intende fornire una visione di tali sistemi ed individuare gli elementi in grado di permettere un impiego positivo degli stessi.

5.4.1 I casi in cui si rende opportuno dismettere la partecipazione societaria

Le valutazioni relative al mantenimento di una partecipazione societaria devono tenere in considerazione, tra le altre cose, la salvaguardia delle risorse pubbliche.

Vi sono casi in cui i costi di mantenimento della struttura societaria appaiono, infatti, sproporzionati rispetto alle necessità del servizio fornito, sia perché presentano dimensioni esigue e personale di poche unità, sia perché, indipendentemente dalle dimensioni aziendali, le società hanno fatturati molto bassi⁵⁵⁰.

Soprattutto in questi casi, l'ente locale deve prendere in considerazione l'eventualità di reinternalizzare il servizio, affidandolo alla gestione di uno o più uffici interni o ad un'azienda speciale, oppure di accorpate più servizi presso altre società esistenti, che abbiano una struttura tale da garantire anche quella determinata gestione.

Le piccole partecipazioni spesso rispecchiano le dimensioni degli enti locali che hanno effettuato l'investimento, e devono convivere con amministrazioni più estese e popolate che non rispecchiano le esigenze che essi esprimono.

In caso di micro partecipazioni il rischio di ridurre l'efficacia della propria presenza vale anche in relazione alle società *in house*, dove, formalmente, è possibile esercitare il controllo analogo anche con una partecipazione esigua.

Tuttavia, l'interpretazione che fornisce l'ordinamento europeo in relazione ai soggetti *in house* (che, si ricorda, in tale ordinamento non coincidono

⁵⁵⁰ Nel Programma di razionalizzazione delle partecipate locali, cit., con riferimento all'anno 2012 sono state rilevate 1300 aziende che fatturano meno di centomila euro all'anno.

necessariamente con lo strumento societario⁵⁵¹) appare inconciliabile con la natura della società, che si basa esclusivamente sulla logica del capitale investito. In tal caso, dunque, sebbene siano presenti gli elementi distintivi del modello *in house*, esso non trova reale esplicazione.

Altrettanto problematico appare il meccanismo del controllo analogo tramite rappresentanza, legittimato dalla giurisprudenza europea, che consiste nell'esercizio del controllo analogo da parte di determinati rappresentanti delle amministrazioni socie, da esse selezionati a tale scopo: in tal caso, la partecipazione del socio pubblico si indebolisce nella catena della mediazione.

L'allontanamento dai centri direzionali si manifesta anche nelle partecipazioni c.d. indirette, ovvero quando le società partecipate da una o più autonomie locali detengano, a loro volta, partecipazioni azionarie o quando la gestione del portafoglio azionario dell'amministrazione sia affidata all'esterno ad una società di capitali interamente partecipata da essa. Tali società vengono identificate come vere e proprie *holding*, che si ramificano in ulteriori società di capitali, affidatarie della gestione del servizio pubblico locale o del servizio strumentale.

La micro partecipazione non costituisce il solo punto da cui procedere per la valutazione dell'utilità o meno del modello societario, poiché anche le grandi dimensioni della società presentano problematiche rilevanti.

La logica che governa le grandi società di capitali si gioca, infatti, sull'ammontare degli investimenti e, inevitabilmente, la forza dei maggiori investitori prevale.

Il rischio di "massificazione", inteso come omologazione alla decisione del più forte, è particolarmente elevato in questi contesti, ma può essere scongiurato solo da un percorso di conoscenza da parte degli amministratori locali, che li renda decisi nell'affermare la propria capacità decisionale o che li renda consapevoli dell'opportunità di adottare forme diverse di gestione. E', infatti, nelle pieghe di situazioni non presidiate che si consumano i

⁵⁵¹ In questo senso si veda, tra le tante, CGCE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Bradant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, in *Giur. it.*, 2009, 1251, con nota R. Caranta, *La Corte di Giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, in *Giur. it.*, 2009, fasc. 5, 1254.

maggiori dispendi di risorse economiche e che possono emergere fenomeni di corruzione come quelli che si sono verificati nell'ultimo decennio della storia del Paese.

5.4.2 I procedimenti di dismissione delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali

Il socio pubblico che decida di dismettere la propria partecipazione societaria può azionare diversi meccanismi interni alla società, quali l'acquisto di azioni proprie da parte della società o la vendita ad un socio della compagine sociale in virtù del diritto di prelazione a quest'ultimo spettante.

Laddove il socio pubblico intenda vendere a terzi, la cessione della partecipazione deve avvenire tramite procedura di vendita pubblica, che definisca il prezzo in base al quale è possibile presentare un'offerta.

Vi sono, inoltre, meccanismi legati a particolari dinamiche societarie come il recesso unilaterale del socio, legittimato da specifici eventi stabiliti dal codice civile e dallo statuto sociale⁵⁵². Per favorire il processo di dismissione delle partecipazioni societarie una disposizione normativa contenuta nella legge di stabilità per il 2014 ha previsto la possibilità per il socio pubblico di esercitare, in un lasso di tempo predefinito, il diritto di recesso *ex lege* a fronte della mancata vendita sul mercato delle azioni interessate⁵⁵³.

L'impiego del diritto di recesso *ex lege* a seguito di mancata vendita ha sollevato dubbi, soprattutto alle società che l'hanno *subito*, sulla eventuale possibilità di godimento del diritto medesimo da parte dei soci pubblici anche al di fuori della specifica previsione normativa, ovvero se la mancata

⁵⁵² Si tratta dell'art. 2437 c.c., che presenta un elenco di motivi per i quali il socio può esercitare il diritto di recesso, e demanda allo statuto la predisposizione di eventuali ulteriori cause di recesso.

⁵⁵³ Si fa riferimento all'art. 1, comma 569, l. n. 147/2013 secondo cui "Il termine di trentasei mesi fissato dal comma 29 dell'articolo 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, è prorogato di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, decorsi i quali la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto; entro dodici mesi successivi alla cessazione la società liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, del codice civile."

vendita di azioni sul mercato tramite procedura pubblica sia legittimamente ascrivibile tra le cause di recesso previste in statuto, *ex art. 2437 c.c.*⁵⁵⁴.

L'esercizio del diritto di recesso da parte di uno o più soci potrebbe essere in grado di mettere in crisi la società o, addirittura, potrebbe sancirne la chiusura, a seconda della consistenza della partecipazione pubblica.

Se i soci pubblici detenessero la partecipazione e volessero esercitare il diritto di recesso a seguito di mancata vendita presso terzi, apparirebbe superfluo esercitare tale diritto perché, se il mercato e il socio di maggioranza si disinteressano alla società, probabilmente essa non ha motivo di continuare la propria attività, e deve essere posta in liquidazione.

Quando si tratta di chiudere una società partecipata da amministrazioni pubbliche si devono seguire le procedure di liquidazione previste dal codice civile, che si chiude con l'estinzione della società a seguito della cancellazione dal registro delle imprese.

La liquidazione di qualsiasi società di capitali è un'operazione che richiede tempo, in relazione alla necessità di tutelare adeguatamente tutte le parti in gioco ma, in relazione alle società partecipate da amministrazioni pubbliche, l'operazione si complica in considerazione ai rapporti che la società in liquidazione ha intrattenuto con le strutture interne di una o più amministrazioni.

I tempi di liquidazione vanno, tuttavia, accelerati, attraverso la nomina di un liquidatore professionalmente qualificato che si impegni a garantire la conclusione dell'operazione nel minor tempo possibile, coadiuvato dagli interlocutori pubblici che partecipano alla compagine sociale.

Oggetto di liquidazione dovrebbero essere tutte quelle società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate, o da enti pubblici strumentali, poiché anche in questo caso appare evidente la moltiplicazione di strutture non necessarie al perseguimento del medesimo obiettivo.

⁵⁵⁴ Ibidem, art. 2437 del codice civile.

5.5 La necessità di sviluppare un sistema normativo generale sulla gestione dei servizi pubblici locali

La decisione circa l'organizzazione dei servizi pubblici e di quelli strumentali culmina con l'adozione di un atto deliberativo che si compone di diversi elementi: definizione del servizio da svolgere e individuazione del modello gestionale da adottare.

In relazione al primo punto il 'Piano di razionalizzazione delle partecipate locali' del Commissario Straordinario per la revisione della spesa esprime la necessità di riconoscere *ex lege* i servizi che possono definirsi pubblici.

Per favorire la certezza circa la natura, e il relativo regime normativo, dei servizi da erogare, già la legge Giolitti del 1903 prevedeva un elenco dei servizi catalogabili quali servizi pubblici locali, in modo tale che fossero definiti tali su tutto il territorio nazionale.

L'elenco è venuto meno nel corso del tempo, ma ancora oggi vi sono alcuni servizi pubblici definiti da norme speciali che disciplinano il settore di riferimento⁵⁵⁵.

Lo sviluppo dei mercati e l'evoluzione delle attrezzature hanno modificato l'offerta del mercato e l'hanno ampliata, incidendo anche sui confini dell'attività imprenditoriale della pubblica amministrazione, che si è espansa fino ad introdursi in settori a forte vocazione commerciale, sfumando progressivamente i contorni di ciò che può definirsi servizio pubblico.

Se si focalizza l'attenzione dell'interprete sullo specifico tema della salvaguardia e della crescita della concorrenza, la predisposizione di un elenco relativo ai servizi pubblici, qualora lo si considerasse tassativo, avrebbe il pregio di dissuadere gli enti locali dalla gestione di tutte quelle attività che non vengano definite tali.

Una siffatta impostazione si dimostra, tuttavia, parziale, perché non tiene in considerazione gli ulteriori aspetti relativi all'azione amministrativa, tra i quali, ad esempio, il rispetto dell'autonomia delle amministrazioni locali, o la necessità del contenimento della spesa o, ancora, la soddisfazione dei bisogni della collettività.

⁵⁵⁵ Cfr. ad esempio in materia di gestione di farmacie, di gestione dei rifiuti e di distribuzione di gas.

Gli enti locali, ad esempio, per ragioni di carattere sociale, quali la promozione del territorio, potrebbero ritenere necessario il proprio intervento per stimolare una migliore riuscita dello scopo perseguito.

Se venisse stabilita la tassatività dell'elenco relativo ai servizi pubblici, le amministrazioni locali incontrerebbero forti limiti all'esplicazione dei propri compiti e, d'altra parte, qualora non lo si considerasse tassativo, le peculiarità di ogni singolo territorio lo renderebbero nel lungo periodo superfluo, e probabilmente anche desueto, laddove non costantemente aggiornato⁵⁵⁶.

L'intervento dell'ente locale in attività anche potenzialmente economiche non deve, tuttavia, considerarsi preclusa a priori.

Un intervento normativo che sia in grado di orientare gli enti locali sulle modalità con cui inserirsi in attività imprenditoriali potrebbe favorire una maggiore riflessione sulla complessità dei fattori che compongono il panorama dell'organizzazione e dell'azione amministrativa locale.

Non può trattarsi di strutture normative predefinite poiché ciò condurrebbe a sistemi statici e non produttivi, mentre potrebbe incidere positivamente uno strumento di riferimento con cui le amministrazioni territoriali possano parametrare le proprie scelte in materia.

Nel 'Piano di razionalizzazione delle partecipate locali' del Commissario Straordinario per la revisione della spesa si propone di sottoporre all'autorizzazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) l'assunzione e il mantenimento delle attuali gestioni tramite società di capitali, non essendo esplicitato se tale sistema debba protrarsi oltre la scadenza individuata nel programma medesimo⁵⁵⁷.

In particolare, l'intervento dell'AGCM viene sollecitato per tutti quei servizi non compresi nell'ipotetico elenco dei servizi pubblici locali sopra richiamato, partendo dalla visuale della concorrenza.

⁵⁵⁶ L'esperienza è già stata vissuta con l'elenco dei servizi pubblici presente nella legge n. 103/1903, poi trasfuso nel R.D. n. 2578/1925 e rimasto in vigore fino all'emanazione della successiva l. n. 142/1990.

⁵⁵⁷ La proposta del piano di razionalizzazione fa riferimento ad un censimento da svolgersi entro l'anno 2017.

Qualora si intenda coinvolgere un soggetto esterno agli enti locali, che li supporti nella scelta del modello gestionale, l'Autorità non pare adatta a svolgere tale ruolo, in parte perché lo scopo di tutela e di promozione della concorrenza la rende sbilanciata verso questo punto di osservazione, in parte perché è già stato sperimentato l'intervento dell'Antitrust in relazione all'operato degli enti locali in tema di gestione dei servizi pubblici: l'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 122/2008, nella versione originale richiedeva agli enti locali di redigere una relazione sulla gestione *in house providing* dei servizi pubblici locali poiché tale modalità poteva essere assunta solo in ragione di determinati requisiti, e di inviare tale relazione all'AGCM. Dal generico invio, privo di conseguenze per l'ente locale interessato, il legislatore ha successivamente stabilito di sottoporre tale relazione all'espressione di un parere da parte dell'AGCM, sebbene non vincolante per l'ente locale.

Questo esperimento non è stato riproposto nella legislazione successiva perché non ha avuto l'efficacia che ci si attendeva, stanti le condizioni con cui esso era stato previsto.

L'intervento dell'Antitrust, nel ruolo di organismo atto a rilasciare autorizzazioni, difetta anche di una considerazione relativa agli strumenti di valutazione detenuti dall'Autorità medesima, che non possiede informazioni globali sull'ente locale e sul sistema delle amministrazioni territoriali nel complesso.

5.5.1 Il possibile ruolo dell'Osservatorio dei servizi pubblici locali nella scelta dello schema gestionale da adottare

Appare coerente con il sistema generale sui servizi pubblici locali, e rispettoso del complesso organizzativo delle amministrazioni territoriali, un contributo esterno precedente all'assunzione della scelta dell'ente locale, che si esprima in termini specifici in relazione a problematiche che possono sussistere in ragione del territorio o della storia delle realtà locali, ma che sia in grado di orientare gli enti verso valutazioni generali di sistema che le specificità possono indurre a trascurare, attraverso la tenuta dei dati raccolti da parte dei soggetti preposti al controllo dei soggetti pubblici, come la Corte

dei Conti, o attraverso le informazioni raccolte da soggetti quali l'ISTAT, per addivenire ad un quadro completo del sistema pubblico.

Un soggetto che svolga tale ruolo non è presente nell'ordinamento italiano, ma potrebbe essere costituito all'esito di un periodo di attività dell'«Osservatorio per i servizi pubblici locali» costituito presso il Ministero dello Sviluppo Economico, cui è demandato il compito di presidio e di espressione in tema dei servizi pubblici locali di rilevanza economica⁵⁵⁸.

L'Osservatorio, per quel che interessa al presente lavoro, è incaricato anche di elaborare dati concernenti le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, nonché di approntare linee guida di supporto agli enti locali con lo scopo di favorire la corretta attuazione delle relative norme.

La possibilità di giungere ad un sistema centrale in grado di fornire indicazioni chiare e univoche può derivare da un lavoro di concentrazione dei dati raccolti da altri soggetti competenti in materia, con il presupposto di attivare flussi informativi stabili; dall'elaborazione dei elementi ottenuti e degli orientamenti della giurisprudenza in materia.

Da ciò deriva la necessità di informare adeguatamente gli enti locali sul ruolo svolto dall'Osservatorio per i servizi pubblici locali, di renderlo un sistema stabile⁵⁵⁹ e di implementare strumenti e attività in vista della costituzione di un soggetto autonomo in grado di svolgere il rilevante compito di sussidio preventivo degli enti locali nella scelta del modello di gestione dei servizi pubblici locali, attraverso la predisposizione di linee

⁵⁵⁸ L'art. 13, co. 25-bis, D.L. n. 145/2013 ha previsto che le relazioni degli enti locali sulla scelta del modello gestionale devono essere inviate all'Osservatorio sui servizi pubblici locali, stabilendone contestualmente la costituzione. La norma non indica i compiti che esso deve svolgere, poiché sono contenuti nel D.M. 8 agosto 2014 del Ministero dello Sviluppo Economico, presso cui l'Osservatorio è incardinato. L'Osservatorio costituisce il frutto di accordi tra diversi Ministeri interessati al tema, che hanno stretto una convenzione con Invitalia, ovvero l'«Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa», costituita dal Ministero per lo Sviluppo Economico, cui in tal caso è stato attribuito il ruolo di collettore di dati e di informazioni relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica. Tutte le informazioni relative all'Osservatorio sono disponibili al sito internet sviluppoeconomico.gov.it.

⁵⁵⁹ Né la norma che istituisce l'Osservatorio né il Decreto ministeriale successivo fanno riferimento ad uno specifico termine di operatività dell'ufficio, ma esso è legato ad un tavolo tecnico predisposto tra i ministeri interessati alla materia, che viene rinnovato in ragione delle necessità che i sottoscrittori ritengono di dover condurre.

guida che favoriscano l'interpretazione delle norme e indichino la strada per il superamento delle criticità più diffuse.

Al controllo esterno di un soggetto competente può affiancarsi il controllo della cittadinanza, che si ritiene possa intervenire solo nella fase di gestione del servizio, quando la valutazione può orientarsi maggiormente verso considerazioni di carattere oggettivo, riscontrabili nella realtà dei fatti e nei parametri sanciti nella carta dei servizi.

5.5.2 Il DDL S. 1577 detta il perimetro entro cui contenere le gestioni tramite società di capitali

La partecipazione dell'amministrazione pubblica alla società di diritto privato da cui deriva la gestione definita 'ibrida' richiama, inevitabilmente, la sensazione di una profonda crisi di identità soggettiva di entrambi i soggetti coinvolti. Il soggetto pubblico, da una parte, cerca di introdursi in maniera sempre più consistente in attività di stampo imprenditoriale attraverso l'elaborazione di interventi speciali, il contratto societario, dall'altra, viene alterato da tali interventi in virtù di esigenze pubbliche, sfumate nel passaggio da un soggetto giuridico ad un altro.

Preservare l'identità delle società di capitali partecipate da amministrazioni pubbliche e, al tempo stesso, ammetterne l'impiego nei limiti della natura di esse e del servizio che si intende rendere, appare un orizzonte necessario per garantire la sopravvivenza dell'istituto nel contesto socio-economico che caratterizza la ripresa dei mercati mondiali *post* crisi economica.

La presenza dell'amministrazione pubblica nella gestione dei servizi pubblici locali risulta discutibile se l'analisi del fenomeno viene condotta dal punto visuale della concorrenza.

Allo stesso tempo, la presenza del soggetto pubblico appare auspicabile da buona parte della collettività territoriale, che accoglie una tale partecipazione

come elemento di garanzia della universalità dei servizi resi e di accessibilità degli stessi⁵⁶⁰.

L'intervento pubblico nella gestione dei servizi pubblici locali deve condursi in modo tale da non creare monopoli che disincentivino l'iniziativa privata, poiché essa concorre alla realizzazione del principio di sussidiarietà sancito dalla Costituzione nazionale.

Sulla materia della gestione dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali tramite società di capitali l'attuale XVII Legislatura sta esaminando un disegno di legge⁵⁶¹ che contiene una serie di deleghe al Governo sull'organizzazione e sull'azione delle amministrazioni pubbliche e, in particolare⁵⁶², è presente una norma dedicata alle società partecipate da pubbliche amministrazioni. Essa ribadisce l'obiettivo di razionalizzare il numero di tali società attraverso la definizione puntuale della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di esse.

Nel testo si legge anche dell'obiettivo di distinguere i "tipi di società" partecipate in relazione alle attività svolte e agli interessi pubblici di riferimento.

Nell'ordinamento civilistico la definizione di un tipo societario deve tenere in considerazione la tipicità dei tipi societari e, per tal motivo, non si comprende come possa attuarsi una previsione di questo genere se non intervenendo sulla struttura del sistema normativo del Libro V, Titolo V del codice civile, dedicato alla regolamentazione delle società.

Parlare di suddivisione dei tipi societari in base all'attività svolta non appare corretto, perché in relazione alle società di capitali i tipi societari non sono suddivisi in base alla responsabilità assunta dai soci che vi partecipano.

⁵⁶⁰ In questa direzione si colloca il risultato del referendum popolare del giugno 2012, in cui i cittadini si sono espressi a favore della proprietà pubblica del bene acqua, la cui accessibilità deve essere garantita a tutti gli individui.

⁵⁶¹ Cfr. ddl C. 3098, nel testo approvato dal Senato nella seduta del 30 aprile 2015 S. 1577 e trasmesso alla Camera il 4 maggio 2015. Attualmente il testo è all'esame della 1ª Commissione permanente Affari costituzionali in sede referente alla Camera dei Deputati.

⁵⁶² Si tratta dell'art. 14, che è da coordinarsi con gli artt. 12 e 15 del testo S. 1577 approvato al Senato in data 30 aprile 2015, rispettivamente deleghe di "procedure e criteri comuni per l'esercizio di deleghe legislative di semplificazione" e di "riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale".

Il percorso delineato dal legislatore mostra un'elevata difficoltà del settore pubblico a riconoscere la soggettività giuridica delle società partecipate da amministrazioni pubbliche, persistendo nel disfacimento degli elementi strutturali di esse.

La persistenza di un tale atteggiamento culturale non favorisce il rilancio e la crescita delle società in oggetto, che vengono *catalogate* e normate secondo criteri di definizione che non gli appartengono e che le contrappongono, in certi casi, agli obbiettivi stessi che si intendono perseguire attraverso il loro impiego.

5.5.3 Il sistema europeo e la valorizzazione dei contratti pubblici di appalto e concessione

La persistenza di società partecipate da pubbliche amministrazioni mostra il livello di radicamento cui è giunto tale strumento all'interno del sistema pubblico italiano⁵⁶³.

Tuttavia, l'avvicinamento della struttura organizzativa delle società partecipate dagli enti locali alla disciplina dedicata ai soci pubblici, e il difficile coordinamento tra la struttura privatistica e l'interesse pubblico perseguito, nel lungo periodo non garantiranno il mantenimento di tutte le partecipazioni societarie in essere.

La congiuntura economica mondiale ha spinto l'ordinamento europeo a rafforzare i meccanismi di tutela e di promozione della concorrenza, per favorire il rilancio economico dei territori e delle piccole medie imprese, e ciò si è tradotto nell'elaborazione di una nuova legislazione in tema di contratti pubblici di appalto e di concessione.

Il primo ha trovato disciplina nella Direttiva 2014/24/UE, e 2014/25/UE per i settori speciali.

Vi sono diversi elementi significativi che apporta la Direttiva 2014/24, ma quello principale riguarda la definizione di contratto di appalto, elaborata in considerazione alle difficoltà interpretative riscontrate dalla Corte di

⁵⁶³ Cfr. le considerazioni svolte da S. Vinti *La circolarità logica del diritto amministrativo*, Torino, 2014, che giunge a denunciare una “*decostruzione*” dei concetti classici del diritto amministrativo.

Giustizia nella qualificazione di rapporti contratti dalle amministrazioni territoriali dei diversi Stati membri⁵⁶⁴.

Al rafforzamento della disciplina degli appalti si è affiancato un primo sistematico tentativo di regolamentazione delle concessioni attraverso la Direttiva 2014/23/UE.

La norma europea introduce una disciplina unica per la concessione di lavori e di servizi, fino ad ora diversamente regolate, e ne fornisce una definizione, che non si discosta nella sostanza da quelle contenute nel Codice dei contratti pubblici italiano vigente⁵⁶⁵.

La nuova disciplina mostra che quanto affermato con estrema certezza da dottrina e giurisprudenza nazionali maggioritarie circa l'indifferenza dell'ordinamento europeo alla modalità di gestione dei servizi pubblici locali (e parimenti si può dire di quelli strumentali), non sia probabilmente rispondente alla direzione verso cui essa è incamminata⁵⁶⁶. Essa, infatti, si fonda sulla tutela della concorrenza, della libera prestazione dei servizi, di circolazione delle merci e di stabilimento, che inducono a ritenere vi sia un favore nei confronti dell'esternalizzazione in senso proprio.

L'obiettivo perseguito dall'Unione europea è quello di rilanciare la crescita economica in vista del consolidamento del mercato unico, e ha esplicitato nel documento "Strategia Europa 2020" il programma con cui intende raggiungerlo: innalzamento del tasso di occupazione; aumento degli investimenti in ricerca e sviluppo; interventi relativi ai cambiamenti climatici

⁵⁶⁴ Sul tema si veda la disamina condotta da R. Caranta – D. Dacian Cosmin, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, fasc. 5, 493.

⁵⁶⁵ Cfr. art. 3, commi 11 e 12, D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163. La precedente Direttiva 2004/18/CE conteneva una ridotta disciplina all'art. 1, commi 3 e 4. Tra le altre disposizioni, la norma introduce una nuova modalità di stima del valore delle concessioni e stabilisce una durata limitata di esse. Cfr. il considerando n. 52 della Direttiva, che limita la durata della concessione ad un "periodo più breve di quello necessario per recuperare gli investimenti, a condizione che la corrispondente compensazione non elimini il rischio operativo". L'attuale art. 143, commi 6 e 8, Codice degli appalti pubblici, stabiliscono che la durata della concessione sia di regola fissata in 30 anni, derogabili a 50 in ragione del perseguimento dell'equilibrio del piano economico finanziario.

⁵⁶⁶ Di questa opinione M. Mazzamuto, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. it.*, 2013, 1416.

e alla sostenibilità energetica; interventi relativi all'istruzione scolastica; interventi a favore della riduzione di povertà ed emarginazione⁵⁶⁷.

Per la realizzazione di tali propositi, l'Unione europea considera rilevante il ruolo delle amministrazioni pubbliche quali contraenti in grado di stimolare l'andamento economico del mercato⁵⁶⁸ e la predisposizione di procedure di evidenza pubblica efficienti rientra tra le azioni a ciò finalizzate.

La propensione europea verso la forma di esternalizzazione dei servizi non sottrae agli enti locali la discrezionalità sull'eventuale assunzione diretta di una gestione, in considerazione della peculiarità del proprio territorio che può trarre maggiori vantaggi dall'intervento dell'amministrazione che lo governa.

Il bilanciamento tra la scelta dell'esternalizzazione in senso proprio e la scelta della gestione diretta non possono sfociare unicamente nell'adozione del veicolo societario. Occorre oltrepassare il pensiero che identifica nelle società di capitali il soggetto più adeguato al raggiungimento degli scopi del servizio pubblico, poiché non è detto che una società in grado di ripartire utili tra i soci fornisca un servizio di qualità e che il costo della gestione societaria non pesi sui cittadini in misura minore di quanto non si possa ottenere con modalità di gestione differenti.

In egual modo ci si può riferire ai servizi strumentali che, tuttavia, offrono maggiori spunti di riflessione in relazione all'interazione con la concorrenza che comporta l'assunzione di un servizio da parte dell'amministrazione pubblica, che spesso si inserisce in attività a forte vocazione commerciale, che non presentano collegamenti specifici al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Il contesto sociale ed economico impongono una visione complessiva dell'organizzazione pubblica che agisca in vista del raggiungimento di elevati livelli di efficienza, efficacia ed economicità di una determinata gestione, non necessariamente derivanti dallo strumento societario.

⁵⁶⁷ Cfr. "Europa 2020 — una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", progetto di rilancio della crescita economica europea, in www.ec.europa.eu.

⁵⁶⁸ Uno studio pregevole sulle Direttive del 2014 e sugli effetti cui esse mirano è offerto da G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, fasc. 1, 101.

In tal senso, la volontà degli enti locali di orientarsi verso gestioni imprenditoriali di stampo pubblicistico, che non attingano all'istituto societario, potrebbero collocarsi come sistema *mediano* cui fare riferimento per il rilancio di gestioni rispettose dei principi di organizzazione e di azione che governano il sistema pubblico territoriale.

Il percorso di imminente dismissione delle partecipazioni societarie da parte delle amministrazioni territoriali può trovare una sistemazione organica solo laddove venga sostenuto dal potenziamento degli strumenti alternativi di gestione dei servizi pubblici locali e strumentali, quali le aziende pubbliche o i contratti pubblici, questi ultimi oggetto di un intervento normativo in corso di esame in Parlamento⁵⁶⁹.

⁵⁶⁹ Si fa riferimento al Codice dei contratti pubblici, d.D.L. n. 1678 all'esame della XVI Legislatura. Il precedente Codice dei contratti pubblici è stato recepito con D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163 e il regolamento attuativo è stato adottato con D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

BIBLIOGRAFIA

- P. Abbadessa, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi e ipotesi)*, in *Ambiente, impresa e pubblica amministrazione*, 1975, 377
- A. Acquarone, *Immagine alla nozione di strumentalità: le c.d. funzioni delegate del comune*, in *Studi in onore di Zanobini*, Milano, 1961
- C. Aiello, *La Consulta “salva” la riforma dei servizi pubblici locali dalle censure regionali (ma ammette il referendum abrogativo) (Nota a C. Cost. 17 novembre 2010, n. 325)*, in *il Corriere giuridico*, 2011, fasc. 6 pag. 781.
- G. Airoidi - G. Brunetti - V. Coda, *Corso di economia aziendale*, Bologna, 2005
- A.M. Altieri, *Il servizio idrico integrato e il regime giuridico delle reti*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2012, 8-9, 835
- A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1938, 455.
- L. Anselmi, *Le politiche di privatizzazione*, in *Privatizzazioni: come e perché*, L. Anselmi (a cura di), Rimini, 1995
- M. Antonioli, *Concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo (voce)*, AAVV., M.P. Chiti – G. Greco (a cura di), Parte speciale, Tomo II, Milano, 2007
- A. Arena, *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, Milano, 1942
- G. Astegiano, *Servizi pubblici a rilevanza economica: la disciplina dell'art. 4, D.L. 138/2011 è contraria a Costituzione. Si torna al post referendum giugno 2011*, in *Azienditalia*, 8-9, 601
- M. Atelli, *Le società miste*, in *Nuova rass. Leg. Dottr. Giur.*, 2009, 1130.
- A. Azzariti, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della L.N. 148/2011*, in *Le istituzioni del federalismo*, fasc. 3, 2011, 531

- A. Badini Confalonieri, *La continuità aziendale nel concordato preventivo – Continuity in the arrangement's*, in *Il Nuovo Dir. Soc.*, 2014, fasc. 22, 45.
- A. Barbiero, *Note critiche sulle società holding degli enti locali (e sulla possibilità di costituire tali società)*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.
- G. Bardelli, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra pp.aa. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2005, 11, 1277
- A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 6, 742
- A. Bartolini, *La società in house perde il corporate veil: un ritorno all'organo-impresa*, in *Giur. It.*, fasc. 8-9/2014, 1988.
- A. Bartolini, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti* (Nota a sentenza: Corte di Giustizia UE, 16 maggio 2013, causa C-564/11; Corte di Giustizia UE, 13 giugno 2013, causa C-386/11), in *Urb. e App.*, 2013, fasc. 12, 1260.
- F. Bassi, *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Milano, 1957.
- G. Bassi, *Novità e qualche ripensamento per le società negli enti locali. Commento alla legge 24 dicembre 2007 n. 244 (finanziaria 2008), parte I*, in *Appalti & Contratti*, 2008, 1/2.
- J. Battaia, *L'indefettibilità del concorso pubblico nelle procedure di "re internalizzazione" di servizi* (Nota a C. Cost. 23 luglio 2013, n. 227), in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, fasc. 1, 96
- F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, I, Padova, 1959
- F. Benvenuti, *Il diritto dell'economia*, in *Jus*, 1987, 3
- F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, parte generale, Padova, 1996
- F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975
- M. Bergo, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della*

riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi, in www.federalismi.it, n.6, marzo 2013

- G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.
- L. Bertonazzi – R. Villata, *Servizi di interesse economico-generale*, in *Trattato dir. Amm. Eur.*, M. P. Chiti – G. Greco (a cura di), Milano, 2007
- G. Bianchi, *Il controllo dell'amministrazione nella riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2002, 291
- M. Boccaccio, *L'introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione e la legge rinforzata n. 243/2012*, in *Note e Studi*, 1/2014, Assonime
- F. Bonelli, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 1983, II, 511
- H. Bonura, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzatoria degli enti locali*, 2013, fasc. 4, 398
- H. Bonura, *La qualificazione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Gior. Dir. amm.*, 2010, fasc. 5, 514
- U. Borsi, *Le funzioni del Comune italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1909
- M. Bottari, *L'azione amministrativa dell'Ente locale tra nuovi controlli e ciclo della performance*, in federalismi.it, 2013, fasc. 11, 13
- G. Bottino, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. Cost.*, 2009, fasc. 3, 1606
- G. Bozzi, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977
- A. Brancasi, *L'attuazione del federalismo attraverso i principi contenuti nell'art. 119 Cost.*, in *I principi costituzionali e comunitari del federalismo fiscale*, a cura di F. Amatucci e G. C. di San Luca, Torino, Giappichelli, 2007
- A. Brancasi, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 10 gennaio 2012

- A. Brancasi, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2, 2012
- U. Breccia, *Il contratto e l'attività di negoziazione tra pubblico e privato – nuovi problemi di teoria generale del diritto negli anni duemila*, in *Diritto pubblico*, Milano, n.3, 2011, 1037
- E. Bruti Liberati – M. Forti, *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna, 2001
- V. Buonocore, *La società a responsabilità limitata*, in *La riforma del diritto societario. Commento ai D.Lgs n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, V. Buonocore (a cura di), Torino, 2003, 138
- A. Cabianca, *Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di “paradigma”?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2010, fasc. 5-6, 26.
- A. Cabianca, *Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di “paradigma”?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2010, fasc. 5-6, 26.
- G. F. Campobasso, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, Relazione al convegno sul tema "Le società miste per la gestione dei pubblici servizi", Napoli, 5 dicembre 1997, in *Riv. soc.*, 1998, fasc. 2-3, 390.
- G. Caia, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, de regolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, E. Follieri – L. Iannotta (a cura di), Napoli, 2010.
- G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, L. Mazzarolli – G. Pericu – A. Romano – F. Roversi Monaco – F. G. Scota (a cura di), III, Bologna, 2001, I.
- G. Caia, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in *Diritto amministrativo*, AAVV, Bologna, 2000.
- G. Caia, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali (dopo la legge finanziaria 2002)*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- G. Caia, *Compiti dei consorzi tra enti locali e loro partecipazione a società*, in *Giur. Comm.*, 1996, 880.

- G. Caia, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it.
- G. Caia, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale*, in *Studi Ottaviano*, Milano, 1993, vol. II, 805.
- G. Caia, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure soggettive e caratteristiche*, in *Foro Amm.*, 1991, 3178.
- G. Caia, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali (dopo la legge finanziaria 2002)*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- M. Cammelli, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario* a cura di Randelli, Bottari e Donati, Rimini 1994.
- M. Cammelli - A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, ed. II, Rimini, 1999.
- M. Cammelli, *Legislatori, giudici e società in mano pubblica: buone intenzioni, incerti strumenti, modesti risultati*, in *Le Regioni*, 2009, 5, 1071
- M. Cammelli, *Le gestioni comunali. L'azionariato pubblico*, in *Atti convegno Provincia Sicilia*, Catania 1988, 71.
- M. Cammelli, *Le società a partecipazione pubblica (regioni, province, comuni)*, Bologna 1989.
- M. Cammelli, *Definizione ed evoluzione. Inesistenza della categoria unitaria e la questione della natura delle società pubbliche*, voce Società pubbliche (diritto amministrativo), in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, 2012.
- M. Cammelli, *Rapporti tra ente locale e azienda speciale nella legge di riforma delle autonomie locali, Relazione svolta alla 34a Assemblea generale CISPEL (Sorrento, 5-6 giugno 1990) Identità dell'impresa pubblica locale. Il riordino dei servizi pubblici dopo la riforma delle autonomie locali*, pubblicata in *Regione e governo locale*, 1990, 771
- 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 *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008
- F. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1937.
- G. F. Campobasso, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, Relazione al convegno sul tema "Le società miste per la gestione dei pubblici servizi", Napoli, 5 dicembre 1997, in *Riv. soc.*, 1998, fasc. 2-3, 390.
- G. F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, III, Milano, 2012.
- G. F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, II, Milano, 2012.
- G. F. Cambobasso, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, fasc. 2-3, 390.
- R. Cangiano, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall'affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica...e ritorno*, in *Economia pubblica*, 2005, 93.
- R. Cangiano, *La liberalizzazione del trasporto pubblico locale: dall'affidamento diretto alle procedure a evidenza pubblica...e ritorno*, in *Economia pubblica*, 2005, 93.
- R. Caranta, *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, in *Giur. It.*, 2009, 1251.
- R. Caranta, *Il diritto dell'Ue sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 6, 1176.
- R. Caranta, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2013, fasc. 4, 388.
- R. Caranta, *Illegittimo l'affidamento diretto della gestione del concorso Enalotto*, in *Urb. App.*, 2007, 439.
- R. Caranta, *Le concessioni di servizi pubblici*, in F. Caringella, M. Protto, *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.*, Torino, 2012.
- B. Caravita (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, 2004.
- P. Caretti, *Stato, regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, relazione presentata al Convegno *L'attuazione del Titolo V della*

Costituzione, Varenna 16-18 settembre 2004, in www.federalismi.it.

- F. Caringella, *I servizi pubblici locali*, in *L'ordinamento degli enti locali*, Ipsoa, 2006, p.712
- F. Caringella, *L'affidamento in house*, in R. Garofoli – M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005.
- F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2013.
- F. Caringella, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzia*.
- F. Caringella - R. Garofoli, *Codice amministrativo*, Milano, 2008, 1191.
- F. Caringella, *L'affidamento in house*, in R. Garofoli – M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005.
- F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2013.
- F. Caringella, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzia*. Cass., S.U., 26 agosto 1998, n. 8454, in *Urb. e App.*, 1999, 262.
- F. Caringella - R. Garofoli, *Codice amministrativo*, Milano, 2008, 1191.
- L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, 5.
- L. Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 148.
- A. Caroselli, *Il servizio pubblico: una categoria concettuale in continua evoluzione*, in *Trib. amm. reg.*, 2000, 82
- D. Casalini, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, in *Foro amm.-Cons. St.*, 2008, 1158.
- D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003
- D. Casalini, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *questa Rivista*, 2009, 9, 969 ss..
- D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico l'organizzazione in house*, Napoli, 2003

- D. Casalini, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, in *Foro amm.-Cons. St.*, 2008, 1158
- D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003
- D. Casalini, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *questa Rivista*, 2009, 9, 969
- D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico l'organizzazione in house*, Napoli, 2003
- E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1999
- E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011
- E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013
- S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991
- S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000
- S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971
- S. Cassese, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2, 2004, 121
- S. Cassese, *Le privatizzazioni in Italia*, (Relazione al seminario sul tema: "The politics of privatization in Western Europe", e al seminario sul tema: "Le privatizzazioni in Europa", Roma, 24 novembre 1987), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, fasc. 1, 32
- S. Cassese, in *Le privatizzazioni arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1996, fasc. 3-4, 579
- S. Cassese, *Ente pubblico economico (voce)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VI, Torino, 1975, 573.
- S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2008.
- S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 16.
- S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma, 2012.
- S. Cassese (a cura di) , *Diritto amministrativo generale*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2003.
- S. Cassese (a cura di), *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003
- S. Cassese - F.A. Roversi Monaco, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. Soc.*, 1973, 7989

- S. Cassese, *Il diritto ad una buona amministrazione*, Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25° anniversario della legge sul “Sindic de Greuges” della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009, in www.irpa.eu
- S. Cattaneo, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, 1990.
- R. Cavallo Perin, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993.
- R. Cavallo Perin, sub *art. 112*, in *Commentario breve al testo unico sulle Autonomie locali*, R. Cavallo Perin e A. Romano (a cura di), Padova, 2006.
- R. Cavallo Perin – D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 1, 51.
- R. Cavallo Perin – D. Casalini, *Contro lover in house providing organisations*, in *Publ. Proc. Law. Rev.*, 2009, 227.
- R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio fra ordinamento interno e ordinamento costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2000, 73.
- R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.
- R. Cavallo Perin, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.*, 1994, 113.
- V. Cerulli Irelli, *Il nuovo assetto dell'amministrazione*, relazione presentata al Convegno *L'attuazione del Titolo V della Costituzione*, Varenna, 16-18 settembre 2004, in www.federalismi.it.
- V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012
- V. Cerulli Irelli, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea* (Nota a C. Cost. 20 luglio 2012, n. 199), in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 4, 2900.
- V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001
- M. Chiti, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2009, 1115
- M.P. Chiti, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in *Il partenariato pubblico-privato*.

- Concessioni, Finanza di progetto, Società miste, Fondazioni, (a cura di) M.P. Chiti, Napoli, 2009*
- M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo, II*, Milano, 2004
- L. Cimellaro, *Alcune note in tema di libertà contrattuale delle società pubbliche*, in *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Cedam, 2008, p. 116
- M. T. Cirenei, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo–Portale, Torino, 1992
- G.P. Cirillo, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- S. Civitarese, *Forme associative*, in *Commentario breve al test unico sulle autonomie locali (D.Lgs 18 agosto 2000, n. 267)*, R. Cavallo Perin – A. Romano (a cura di), Padova, 2006
- M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91
- M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253
- M. Clarich, in *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2012
- M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181
- M. Clarich, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corriere Giur.*, 2007, 7, 893
- S. Colombari, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. App.*, 2008, 211
- S. Colombari, <<Delegazione interorganica>> ovvero <<in house providing>> nei servizi pubblici locali, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2004, 1134
- A. Corpaci, *L'incidenza della riforma del titolo V della Costituzione in materia di organizzazione amministrativa*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2002, 39
- G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. pubbl. serv.*, 1999, 1

- G. Corso, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1995 AA.VV., Milano, 199
- G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013
- G. Corso - G. Fare, *Crepuscolo dell'«in house»*, in *Foro it.*, 2009, I, 1319
- G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. Pubbl. serv.*, 1999, 7
- G. Corso, *La Costituzione italiana negli studi di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 124
- P. Crea, *Ancora una sentenza sulla natura giuridica delle società a partecipazione degli enti locali*, in *Riv. amm.*, 1995, 1052
- S. Crimali, *Il Parlamento europeo e la promozione delle autonomie locali negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, 916.
- C. Croci, *Le società partecipate pubbliche: concorrenti profili di responsabilità civile, amministrativa e contabile, nei casi di crisi di insolvenza*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 6, 2014, 80.
- G.D. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013
- G. D. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo - I – L'attività*, Padova, 2009, 194
- M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981
- M. D'Alberti, *Concessioni e Concorrenza*, in *Temi e Problemi*, n. 8/1998, AGCM (a cura di), su www.agcm.it
- G. D'Auria, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali*, in *Foro it.*, 2004, fasc. 9, 75
- E. D'Orlando, *Lo statuto costituzionale della Pubblica Amministrazione. Contributo allo studio dei fenomeni di convergenza tra ordinamenti nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2013
- J.L. de Corail, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, 1954

- D. De Grazia, *L'introduzione del principio del pareggio di bilancio in costituzione (tra vincoli europei e zelo del legislatore)*, in *Giur. Cost.*, 2012, fasc. 3, 2483
- L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002
- A. De Michele, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, AA.VV., F. Mastragostino (a cura di), Torino, 2011
- E. De Negri, *La funzione di coordinamento nell'organizzazione dell'ente locale. Problemi organizzativi e riforma delle autonomie*, Firenze, 1982
- D. De Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis (sic!) della legge 241 del 1990: atti di natura non autoritativa secondo le regole del diritto privato e principio di specialità*, in www.giustamm.it
- De Valles, *I servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, VI, I, Milano 1924
- G. Della Cananea, *L'articolo 119 della Costituzione (commi 3-6)*, in *Commentario della Costituzione*, R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), Torino, 2006
- G. Della Cananea - C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2013, 63
- G. Del Vecchio, *Accordi di programma tra enti pubblici. Il caso degli accordi tra Comuni e INPDAP in materia socio-assistenziale*, in *Rivista Ammi. Rep. It.*, 2006, fasc. 11-12, 1065
- Diez Picazo, *Il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Quad. cost.*, 2004, 865
- A. Di Leo, *Le società di secondo e terzo grado nel decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, fasc. 8, 789
- M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, parte speciale, vol. I, Milano, 2003
- M. Dugato, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. Trim. app.*, n. 1, 2010, 41

- M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Gior. Dir. amm.*, 2013, fasc. 8-9, 855
- M. Dugato, *Proprietà e gestione delle reti dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 525
- M. Dugato, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2005, 1056
- M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001
- M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996
- M. Dugato, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2, 2004, 121
- P. Duret, *Sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95
- M. Egaña, D. Corti, A. Errasti, *New Production Facilities Location and Make/Buy–Local/Global Configuration Alternatives*, in *Global Production Networks Operations Design and Management*, Second Edition, 2013
- C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova 1954
- R. Fanizzi, *Il Consiglio di Stato accoglie un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'in house providing, secondo una lettura comunitaria del fenomeno*, in *Giust. civ.*, 2008, 1049
- G. Farneti, *Il buon andamento nell'amministrazione degli enti locali*, in *Azienditalia*, n. 10, 1994
- G. Farneti, *Le società partecipate: problemi d'attualità*, in *Azienditalia* n. 9, 2008
- S. Ferla, *Le società patrimoniali delle reti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 320/2011*, in *Appalti e Contratti*, 2012, fasc. 3, 58
- E. Ferrari, *Servizi pubblici: impostazione e significato della ricerca di una nozione*, in *Foro it.*, 2002, I, 1843

- E. Ferrari (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione dei servizi pubblici*, in *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000
- E. Ferrari (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000
- E. Ferrari (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione dei servizi pubblici*, in *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000
- V. Ferraro, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la Direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, fasc. 3-4, 835
- M. Ferretti, *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggio di dipendenti: il caso delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali* (nota a Trib. Parma 19 maggio 2005), in *Lav. Pubbl. amm.*, 2005, fasc. 3-4, 634
- G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, Bologna, 2012, 177
- S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano 1973, 689
- F. Fracchia – M. Occhiena, *Società pubbliche fra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica* (Nota a CGCE sez. I 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04) in *Giustizia amministrativa*, 2007, fasc. 6, 1225.
- Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, V, 106
- F.Fracchia, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Diritto amministrativo*, 1993
- F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, 2007
- F. Fracchia – M. Occhiena, *Società pubbliche fra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica* (Nota a CGCE sez. I 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04) in *Giustizia amministrativa*, 2007, fasc. 6, 1225
- F. Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, V, 106
- R. Franceschelli, *Diritto pubblico e diritto commerciale*, in *Stato e diritto*, 1940
- E. Freni, *La tutela della concorrenza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. Cassese (a cura di), Milano, 2003, 3685

- C. Fresa, *Servizio pubblico*, in *Dizionario amministrativo*, G. Guarino (a cura di), Milano 1983
- F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna, 2005
- F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977
- D.U. Galletta, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2007, 19
- F. Gallo, *Prime osservazioni sul nuovo art. 119 della Costituzione*, in *Rass. tribut.*, 2002, 586
- F. Gallo, *Federalismo fiscale e ripartizione delle basi imponibili tra Stato, regioni ed enti locali*, in *Tributi*, n. 6/2002, 2007
- C.E. Gallo, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali (Nota a CGCE Grande sezione 9 giugno 2009 (causa C-480/06))*, in *Urb. e app.*, 2009, fasc. 10, 1176
- D. Gallo, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di appalti pubblici: la Corte di Giustizia UE di pronuncia su un contratto di cooperazione tra una ASL [Azienda Sanitaria locale] e un'Università pubblica (Nota a CGUE Grande sezione 19 dicembre 2012 (causa C-159/11))*, in *Dir. comm. Intern.*, 2013, fasc. 1, 293
- G. Gardini, *Imparzialità amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, IV, 2936
- R. Garofoli- G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012
- R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia: profili giuridici*, Milano, 1998
- G. Gavana – F. Osculati, - A. Zatti, *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, 2007
- L. Giampaolino, *Le società miste nell'evoluzione della legislazione sui lavori pubblici*, in *Contr. Stato enti pubbl.*, 1998, 359.
- P. Giarda, *Le regole del federalismo fiscale nell'art. 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *Le regioni*, n. 6/2001
- M.S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.* 1953,I, 611.
- M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993

- M.S. Giannini, *Autonomia Pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*. Vol. IV, Giuffrè, Milano 1959
- M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1990
- M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Mirabelli – Centurione (a cura di), Milano, 2000
- M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, 1970.
- M.S. Giannini, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, 621
- M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970
- M. Giorgio, *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 1269
- M. Giorgio, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 51
- R. Giovagnoli, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007
- W. Giulietti – A. Police, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, fasc. 4, III, 831
- F. Goisis, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte Europea di Giustizia e del legislatore nazionale* (Nota a CGCE sez. I 23 ottobre 2007 (causa C-112/05). CGCE sez. I 6 dicembre 2007 (cause riunite C-463/04 e C-464/04)), in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008, fasc. 1, 396
- F. Goisis, *Rapporto di controllo, scelta del gestore di servizio pubblico, principi del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 586
- F. Goisis, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2013
- F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004
- R. Goso, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e in house providing*, in *Urb. e App.*, 2006, 5, 587

- A. Graziano, *Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla legge 24.11.2003 n. 326 e alla legge 24.12.2003 n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di giustizia*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005
- G. Greco, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house. ampliamento o limitazione della concorrenza*, in I. Cacciavillani (a cura di), *Le società pubbliche*, Padova, 2004
- G. Greco, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003
- G. Greco, *Accordi Amministrativi tra provvedimento e contratto*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, F.G. Scoca-F.A. Roversi Monaco-G. Morbidelli (a cura di), Torino, 2003
- G. Greco, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house; ampliamento o limitazione della concorrenza*, in I. Cacciavillani (a cura di), *Le società pubbliche*, Padova, 2004
- G. Guarino, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, 3
- G. Guarino, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1962
- C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica, oggi* (Intervento alla Tavola rotonda "Le società a partecipazione pubblica: novità e prospettive", Torino, 23 settembre 2009), in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2010, fasc. 2, 213
- C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. Priv.*, 1999, 22
- C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in C. Ibba - M.C.Malaguti, A.Mazzoni (a cura di), *Le « società pubbliche»*, Torino, 2011.
- N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2008
- P. La Rocca, *Il potere di scelta dell'ente locale nella gestione dei pubblici servizi*, in *Nuova Rass. leg. dottr. giur.*, 1992, 1850
- M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in www.federalismi.it, n. 22/2011

- S. Lieto, *Forme di partecipazione nella gestione dei pubblici servizi nell'ambito dei processi di trasformazione dell'attività amministrativa*, in *Rass. Dir. pubbl. europeo*, n. 1/2012, 119
- F. Luciani, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Giustamm.it*, 10/2012, 25
- F. Luciani, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 275
- P. Maddalena, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa*, in *Amm. cont. St. e Enti pubbl.*, 2002, fasc. 4, 309
- M.C. Malaguti - A. Mazzoni (a cura di), Torino, 2011
- A. Maltoni - M. Palmieri, *I poteri di nomina e revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 267
- B. Mameli, *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Urb. app.*, 2002, 74
- G. Marasà, *Le <<società>> senza scopo di lucro*, Milano 1984
- C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982
- A. Marchi, *L'unione dei Comuni come strumento per la gestione dei servizi*, in *Tributi locali e regionali*, 2012, fasc. 4-5, 22
- V. Martelli, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997
- D. Masetti, *La società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del "decreto Bersani ")*, in www.giustamm.it
- M. Massera, *L'impresa pubblica locale in forma privata. Note minime in tema di azionariato degli enti locali*, in *Stato ed economia, Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Milano, 1984
- A. Massera, *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*, in www.astrid-online.it
- A. Massera, *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi Ottaviano*, cit., 551

- M. Mazza, *Federalismo, regionalismo e decentramento nella prospettiva della comparazione tra i sistemi di amministrazione (o governo) locale*, in *Ist. fed.*, 2012, 829
- M. Mazzamuto, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. UE*, 2001, 537
- M. Mazzamuto, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, in *Giur. It.*, 2013, 6, 1415
- M. Mazzarelli, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987
- A. Mazzoni, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, in
- G. Melis, *La lunga storia dei controlli: i conti separati dall'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, fasc. 2, 397
- S. Mento, *Società strumentali e concorrenza, (nota a Cons. Stato sez. V 10 settembre 2010, n. 6527)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, fasc. 4 pag. 412 – 417
- F. Merusi, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Amm.*, 1988, 135
- F. Merusi, voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1970, XVII, 215
- F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, 313
- F. Merusi, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004
- F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, I, 1993, 21
- F. Merusi, *Le esternalizzazioni: tendenze nel diritto amministrativo italiano*, in Mignone e Altri (a cura di), *Le esternalizzazioni*, Bologna, 2007
- C. Mezzanotte, *La municipalizzazione dei servizi pubblici*, Milano, 1902

- G. Miele, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1933, inserito successivamente in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987
- G. Miele, *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 147
- G. Minichiello, *Fondamenti teorici delle autonomie locali*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1981, fasc. 1, 16
- A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni amministrative di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, fasc. 4, 567
- G. Montedoro, *Servizi pubblici locali fra diritto interno e comunitario*, in *Giust. Amm.*, 5/2007, 1107
- G. Montemartini, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902
- D. Murgia, *Le società quotate nei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass. leg. dottr. giur.*, 2010, fasc. 2, 191
- S. Musolino, *L'art. 13 del decreto-Bersani: quale futuro per il modello della società mista?*, in *Urb. e App.*, 2007, 12, 1521
- A. Niutta – A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Dir. Comm. E dir. gen. Obbl.*, 1999, fasc.- 7-8. 477
- G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001
- G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003
- G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, fasc. 5-6, 2006, 999
- G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001
- M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966
- G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, 36
- V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959
- V. Ottaviano, voce *Ente pubblico*, *Enc. Dir.*, XI, 963
- V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1013
- G. Palliggiano, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Atti del Convegno – Vallo della Lucania*, 26.6.2009, 6

- G. Palligiano, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, atti del Convegno di Vallo della Lucania, 26 giugno 2009, in www.giustizia-amministrativa.it.
- R. Parente, 1999, *Modelli gestionali nelle imprese di servizi pubblici*, in *Azienda pubblica*, 12, 1999, 517
- V. Parisio, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003, 68
- G. Pastore, *Attività amministrativa e soggetti privati*, in *Giur. It.*, 2014, 7.
- L. Pegoraro, *Esiste un “diritto” a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull’(ab)uso della parola “diritto”)*, in *Istit. fed.*, 2010, fasc. 5/6, 543
- F. Pellizzer, *Le concessioni di opera pubblica, caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990
- L. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell’autonomia locale*, in *Urb. app.*, 2011, 906
- L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001
- L. Perfetti, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, 479
- L. Perfetti, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall’art. 35 della L.N. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. Amm.*, 2002, 4, 575
- G. Pericu, *La partecipazione degli enti locali alle società per la gestione dei servizi*, in *Le società miste per i servizi locali*, (Atti del Convegno di Messina, 22-23 novembre 1996), Milano, 1999
- D. Perotti, *La clausola sociale, strumento di salvaguardia dei lavoratori nel conferimento o nel trasferimento di attività a carattere economico-imprenditoriale da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *N. r. l. d. g.*, 2009, fasc. 1, 24
- S. Pignataro, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, Padova, 2004, 36
- A. Pioggia, *L’amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il “pubblico servizio” in Italia?*, in *Dir. amm.*, 2013, fasc. 3, 481

- G. Piperata, *La “manovra di agosto”. La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica (Commento a D.L. 13 agosto 2011, n. 138)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, fasc. 1, 23
- G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 268
- G. Piperata, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 498.
- G. Piperata, *Le società pubbliche al vaglio dell’adunanza plenaria*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2008, 11, 1119
- S. Piraino, *Gli accordi amministrativi*, in *Nuova Rassegna Leg. E Dott.*, 82, 2008, 1557
- G. Pischel, *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi e domani*, Roma, 1965
- P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007
- A. Police, *Sulla nozione di <<servizi pubblici locali>>*, in *Servizi pubblici locali*, S. Mangiameli (a cura di), Torino, 2008
- A. Police, *Sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, 469
- A. Police, *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *Dir. Amm.*, fasc.1, 2007, 79
- U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, 1964
- M. Proto, *Accordi tra pubbliche amministrazioni e disciplina sugli appalti (Nota a CGCE 13 gennaio 2005 (causa C-84/03))*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 7, 780
- G. Ragusa Maggiore, *La “privatizzazione” delle imprese e le resistenze anacronistiche del legislatore*, in *Dir. fall. e soc. comm.*, 1989, fasc. 1, 5
- L. Randelli – F. Mastragostino, *I comuni e le province*, Bologna, 1998
- G.U. Rescigno, *Reviviscenza di disposizioni giuridiche e referendum abrogativo*, in *Diritto pubblico*, Milano, n.3, 2011, 713-760
- G. Rizzo, *La concessione di servizi*, Torino, 2012

- A. Romano, *La concessione di un pubblico servizio*, in G. Pericu - A. Romano - V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995
- R. Rordorf, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, (Relazione per il Convegno su "La continuità aziendale tra disciplina del bilancio e diritto della crisi ", Roma, 4 aprile 2014), in *Le Società*, 2014, fasc. 8-9, 917
- P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, 2012
- G. Rossi, *Le basi giuridiche della municipalizzazione*, in *Impr Pubbl*, 1958, 112
- G. Rossi, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 2005
- G. Rossi, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 2005
- G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*. in www.giustammi.it, 2011, 6
- A. Rossi, *Questioni in tema di partecipazione dei comuni ad una società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1978, fasc. 2
- A. Rossi, *La partecipazione dei comuni a società commerciali e suoi limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, fasc. I, 27
- A. Rossi, *Società con partecipazione pubblica*, voce dell'*Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993
- S. Rostagno, *L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani: prime indicazioni della giurisprudenza e prime perplessità*, in *Giust. Amm.*, 2007, 1, 26
- F. Roversi Monaco, *Gli enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*. Milano, 1967
- F. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1968
- F. Roversi Monaco, *Società in house e gare*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 635
- F. Roversi Monaco, *L'attività economica pubblica*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977

- F. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1968
- F. Roversi Monaco, *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e servizi pubblici*, in *Studi Ottaviano*, Milano, 1993, Vol II
- V. Salafia, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Società*, 2001
- M.A. Sandulli, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *www.federalismi.it*, 3, 2012
- M.A. Sandulli, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 77
- M. A. Sandulli, *Il partenariato-pubblico privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2005, 167
- M. A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989
- M. A. Sandulli, *Contratti pubblici e (in)certezza del diritto fra ordinamento interno e novità comunitarie*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 77
- P.C. Santacroce, *Osservazioni sul "partenariato pubblico-pubblico", tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *GiustAmm.it*, 2014, fasc. 6
- G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nella società di capitali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, 151
- F. Santini, *Diritto ad una buona amministrazione: la prima applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (nota a Trib. I grado CE, 30 gennaio 2002, n. 54/99), in *Giur. it.*, 2002, 1792
- F. Satta, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, 1
- F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1967.
- R. Scarciglia, *L'autonomia normativa, organizzativa e amministrativa degli enti locali dopo la l. 3 agosto 1999 n. 265*, in *Ist. Fed.*, 2000, 303
- F. G. Scoca (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2011

- F. G. Scoca, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, F. Roversi Monaco (a cura di), Rimini, 1988, 25
- F. G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, (Relazione al Convegno "Le società pubbliche", Venezia 25 novembre 2004), in *Il diritto dell'economia*, 2005, 2, 239
- E. Scotti, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, 915
- E. Scotti, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003
- E. Simonetto, *Nazionalizzazione, privatizzazione e internalizzazione*, in *Riv. soc.*, 1974, fasc. 1-2, 317
- D. Sorace, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2012
- B. Spadoni, *Le prospettive istituzionali e gestionali dei servizi pubblici locali dopo l'abrogazione dell'articolo 4 del d.l. 138/2011*, in www.astrid-online.it.
- G. Spagnolli, *Municipalizzazione e progresso sociale*, in *Corr. amm.*, 1963, 433
- T. Tessaro, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.*, in *Comuni d'Italia*, 2004, fasc. 5, 20
- L. Tessaroli, *Nuove aperture negli appalti in house e nelle società miste*, in *Rass. Avv. St.*, 2008, 32
- A. Travi, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuove leggi civili*, 2003, 8
- G. Treves, *Azienda (dir. pubbl.)*, Enc. Dir., IV, 1959
- F. Trimarchi Banfi, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comm.*, 2002, 945
- F. Trimarchi Banfi, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967
- F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 2004, 661
- A. Troccoli, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1957, vol. X, 988
- A. Troccoli, *Le aziende municipalizzate*, Firenze, 1963, 11

- R. Torrigiani, *Le aziende autonome pubbliche*, Milano, 1971
- R. Ursi, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. App.*, 2006, 1417
- R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012
- S. Valaguzza, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, 395
- S. Valaguzza, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, R. Villata (a cura di), Torino, 2011
- L. Vandelli, *Ordinamento delle autonomie locali, commento alla Legge 8 giugno 1990, n.142*, Rimini, 1991
- L. Vandelli, *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, L. Vandelli (a cura di), Milano, 2009
- G. Vesperini, *Le regioni e gli enti locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. Cassese (a cura di), Milano, 2003
- A. Vigneri, *Servizi e interventi pubblici locali*, Rimini, 2004
- R. Villata, *I pubblici servizi*, Padova, 2003
- R. Villata, *Pubblici servizi*, Milano, 2006
- R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008
- P. Virga, *Diritto amministrativo*, Vol. I, 1999.
- P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano 1979
- C. Volpe, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale, Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. App.*, 2008, 1401
- C. Volpe, *L'affidamento "in house". Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, in www.giustamm.it, 2014, fasc. 7, 13
- C. Volpe, *L'affidamento in house di servizi pubblici e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in www.giustamm.it, 3/2014
- G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 261
- G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1924, 281
- G. Zanobini, *Le aziende municipalizzate*, Firenze, 1963, 11

F. Zirpoli, *Organizzare l'innovazione: strategie di esternalizzazione e processi di apprendimento in FIAT Auto*, Bologna, 2010