

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

Diritto dell'Economia e delle Relazioni Industriali  
Indirizzo: "Diritto ed Economia – Law and Economics"

Ciclo XXIV

**Settore Concorsuale di afferenza:** Area 12 – Scienze Giuridiche

**Settore Scientifico disciplinare:** Area 12 – Scienze Giuridiche

Le società pubbliche a partecipazione regionale e locale operanti nei settori dei servizi pubblici locali e dei servizi "strumentali" e quelle con scopo lucrativo: la recente evoluzione legislativa, gli ambiti di attività ed i relativi limiti, le prospettive future.

**Presentata da:** Dott. Enrico Trenti

**Coordinatore Dottorato**

**Relatore**

**Chiar.mo Prof. Riccardo Leoncini**

**Chiar.mo Prof. Franco Mastragostino**

**Esame finale anno 2012**

## **Sommario:**

### *1. Premessa*

#### **PARTE I: La recente evoluzione legislativa della disciplina dei servizi pubblici locali.**

*2. La previgente disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di cui all'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, con particolare riferimento alle società in house e miste.*

*2.1. Le principali criticità della disciplina introdotta dall'art. 23 bis, con particolare riferimento alle società in house e miste. Cenni di diritto comparato.*

*3. La previgente disciplina del periodo transitorio degli affidamenti, di cui all'art. 23 bis, comma 8, del d.l. n. 112/2008, e la certezza del diritto rispetto alle gestioni in corso: il caso delle società in house.*

*4. La sentenza n. 325/2010 della Corte Costituzionale.*

*5. Le principali innovazioni legislative introdotte dalla manovra finanziaria per il 2010 in materia di società a partecipazione pubblica.*

*6. L'abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 per effetto del referendum del 12 e 13 giugno 2011. Cenni in relazione al vuoto normativo creatosi e alla conseguente applicazione dei principi comunitari.*

*7. La "nuova" disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e le ultime modifiche apportate dalla relativa legge di conversione n. 148/2011, nonché dalla legge di stabilità n. 183/2011 e, da ultimo, dal cd. decreto liberalizzazioni (d.l. n. 1/2012).*

*7.1. Il vincolo derivante dall'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del d.l. n.*

112/2008.

7.2. *Il nuovo sistema degli affidamenti.*

7.2.1. *La liberalizzazione (commi 1-7).*

7.2.2. *L'affidamento a mezzo gara e quello a società miste (commi 8-11 e 12).*

7.2.3. *L'in house providing (commi 13-18).*

7.3. *Le incompatibilità (commi 19-27).*

7.4. *Le reti (commi 28-31). Cenni in relazione alla sentenza n. 320/2011 della Corte Costituzionale in materia di proprietà pubblica delle reti.*

7.5. *Il periodo transitorio (comma 32).*

7.6. *I limiti alla capacità di azione dei soggetti titolari di affidamenti diretti (comma 33).*

7.7. *Le società municipalizzate: l'incentivazione alla dismissione delle partecipazioni azionarie (art. 5 del d.l. n. 138/2011).*

7.8. *Il nuovo termine per la cessione delle partecipazioni detenute dai Comuni minori.*

**PARTE II: Gli ambiti di attività delle società a partecipazione pubblica regionale e locale e i relativi limiti.**

8. *Gli ambiti di attività delle società a partecipazione pubblica regionale e locale. La pronuncia della Corte Costituzionale n. 326/2008.*

9. *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società "strumentali" a partecipazione pubblica regionale e/o locale.*

10. *Brevi note a margine del procedimento di riordino delle società pubbliche previsto dalla l.f. 2008.*

11. *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto.*

12. *I limiti alla capacità di azione delle società multiutilities.*

*13. Le società pubbliche con scopo meramente lucrativo. La pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2011.*

*14. Le tipologie di società pubbliche a partecipazione regionale e locale nell'attuale assetto ordinamentale e le prospettive future. Conclusioni.*

*15. Bibliografia.*

\*\*\*\*\*

### ***1. Premessa***

Con la prima parte della presente trattazione, si intende fornire un quadro pressoché esaustivo delle principali disposizioni in materia di società a partecipazione pubblica regionale e locale operanti nel campo dei servizi pubblici locali e della loro interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, prendendo le mosse dall'ultimo intervento legislativo (di cui all'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009), avente carattere realmente innovativo rispetto alla previgente legislazione e del relativo regolamento di attuazione.

In tale contesto, verranno analizzati i passaggi salienti della sentenza n. 326 del 2010, con cui la Corte Costituzionale ha respinto la questione di legittimità costituzionale, sollevata da alcune Regioni, con riferimento al cit. art. 23 *bis*.

Inoltre, si esamineranno le principali innovazioni, introdotte dalla manovra finanziaria per il 2010, in materia di società a partecipazione pubblica.

Ancora, si evidenzieranno alcune sintetiche considerazioni in merito all'abrogazione del cit. art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, per effetto del *referendum* del 12 e 13 giugno 2011, con specifico riferimento al vuoto normativo creatosi *in subiecta materia* ed alla conseguente applicazione dei principi comunitari.

Al termine della prima parte della trattazione, verrà fornito un primo inquadramento delle disposizioni, introdotte dal legislatore con l'art. 4 del d.l. 13 agosto

2011, n. 138, al precipuo fine di adeguare la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica agli esiti del *referendum*, di cui sopra si è detto. Contestualmente, verranno analizzati i numerosi (ed incisivi) interventi correttivi e di perfezionamento della disciplina contenuta nel cit. art. 4, approvati dal legislatore nel periodo compreso tra agosto 2011 (momento in cui è stato introdotto il cit. art. 4) e fine gennaio 2012 (termine dell'elaborazione del presente contributo).

Tutta la prima parte della presente trattazione verte, quindi, sull'evoluzione della disciplina legislativa in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica nel corso degli ultimi tre anni (2008-2011). Come è noto, la materia in esame è stata caratterizzata, negli ultimi vent'anni, da un continuo susseguirsi di riforme e interventi legislativi, ed anche l'ultimo triennio non fa eccezione. Nell'affrontare le dinamiche evolutive, oltre a fornire un'analisi sommaria dei principale istituti normativi e dei relativi profili ermeneutico-applicativi, si è ritenuto di adottare una prospettiva diacronico-evolutiva, enfatizzando le ragioni e i collegamenti giuridici tra le disposizioni che si sono susseguite in *subiecta materia*, nell'intento di individuare i principali "filoni" che orientano l'evoluzione della legislativa nazionale.

Con il presente contributo, ci si propone, quindi, di tratteggiare un quadro dettagliato della normativa in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica – soffermandosi, in particolare, sulle disposizioni che incidono sulle modalità di costituzione, sui sistemi di affidamento e sulla capacità imprenditoriale delle società a partecipazione pubblica impegnate in detto settore, ed inoltre, su quelle che individuano i relativi tratti caratterizzanti distinguendo tra moduli societari *in house* e misti (conseguentemente delimitando i relativi ambiti di operatività) – che consenta, fra l'altro, al lettore di riconoscere le scelte legislative vincolate, in quanto discendenti dall'applicazione delle indicazioni fornite sul punto dalle Istituzioni comunitarie da

quelle che, rappresentando il frutto delle scelte meramente politiche del legislatore nazionale, devono ritenersi del tutto contingenti e, quindi, suscettibili di repentine riconsiderazioni.

E' chiaro che, rispetto al tema ricerca – il quale risulta ben più ampio, riguardando anche le società a partecipazione pubblica operanti in altri settori (servizi strumentali e attività commerciali) – la scelta di focalizzare l'intera prima parte della presente trattazione sulla disciplina dei (soli) servizi pubblici locali di rilevanza economica deriva semplicemente dalla constatazione che detto settore è l'unico ad essere regolato nel dettaglio dal legislatore.

Certamente, è vero che i servizi cd. strumentali e, in particolare, le relative modalità di affidamento, sono disciplinate dal Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. n. 163/2006; ma è altrettanto vero che tali ultime disposizioni riguardano specificamente e (quasi) esclusivamente l'ipotesi (che, infatti, costituisce la regola generale) relativa all'esternalizzazione (a mezzo gara) della loro gestione. D'altronde, prima dell'avvento dell'art. 13 del decreto "Bersani", la definizione di società strumentale (rispetto all'attività dell'ente pubblico che la partecipa) era completamente sconosciuta all'ordinamento nazionale e, nel contempo, mancava qualsivoglia regola "speciale" (ossia, derogatoria rispetto al paradigma generale delineato dal Codice dei contratti) dettata con specifico riguardo all'ipotesi, invero assai diffusa nella prassi, della loro gestione (diretta, tramite il modello organizzativo dell'*in house providing*) a mezzo di moduli societari all'uopo costituiti o partecipati dagli enti pubblici territoriali.

Per non dire, poi, delle società pubbliche con scopo meramente lucrativo, relativamente alle quali manca un paradigma organizzativo e di scopo, considerato che non è dato rinvenire alcuna disposizione legislativa che tenga in considerazione le

peculiarità derivanti dalla partecipazione pubblica e definisca le relazioni con gli enti soci. Invero, la (scarna) disciplina di riferimento è costituita, in parte, dalle regole di diritto comune previste dal codice civile e, del resto, dalle indicazioni estrapolabili dall'interpretazione giurisprudenziale di regole dettate con specifico riferimento ad altri settori di attività (*in primis*, proprio quello dei servizi pubblici locali).

Nella seconda parte del presente contributo, si affronta, invece, il tema dei limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica e dei connessi dubbi interpretativi, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali. In particolare, l'analisi riguarda l'art. 13 del decreto "Bersani" e il comma 9 dell'art. 23 *bis* (ora pedissequamente trasfuso nel comma 33 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011), ossia le principali disposizioni che definiscono, rispettivamente, la capacità di azione delle società (a partecipazione pubblica) strumentali e di quelle operanti nel campo dei servizi pubblici locali titolari di affidamenti diretti (assentiti con modalità diverse dall'evidenza pubblica). Inoltre, vengono forniti cenni di inquadramento in relazione al cd. procedimento di riordino delle partecipazioni societarie pubbliche previsto dalla legge finanziaria del 2008 (art. 3, commi 27 – 32). Dal combinato disposto delle suddette norme, così come interpretate dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, si ricavano, poi, utili indicazioni in ordine alla possibilità, per gli enti pubblici territoriali, di costituire società con scopo meramente lucrativo (ossia, soggetti societari privi del rapporto di strumentalità con gli enti costituenti o partecipanti, chiamati ad operare, in regime di concorrenza, in settori completamente liberalizzati) e società cd. *multiutilities* (aventi oggetto sociale complesso, la cui attività si estrinseca tanto nel campo dei servizi strumentali, quanto in quello dei servizi pubblici locali), nonché in relazione alla disciplina applicabile all'attività di detti soggetti societari.

Con la seconda parte, ci si propone, quindi, di classificare le società a partecipazione pubblica regionale e locale<sup>1</sup> in base ai relativi ambiti di operatività, individuando, in particolare, le regole applicabili a ciascuna tipologia societaria in funzione dell'oggetto sociale e, conseguentemente, dell'ambito di attività in cui queste sono chiamate ad operare<sup>2</sup>.

Invero, ci si propone di fornire il suddetto inquadramento dogmatico al precipuo fine di consentire l'individuazione delle principali linee guida, che hanno ispirato l'intensa (e, quanto mai, ondivaga) evoluzione legislativa e giurisprudenziale con particolare riguardo all'ultimo triennio (2008-2011), anche nell'ottica della definizione delle ulteriori prospettive di evoluzione di una materia, quella delle società pubbliche a partecipazione regionale e locale, che non pare essere ancora giunta al massimo grado di perfezionamento, considerate le vistose lacune normative e le numerose incertezze

---

<sup>1</sup> E cioè, a prescindere dalla misura della partecipazione pubblica al capitale sociale (totalitaria ovvero mista pubblico-privato).

<sup>2</sup> E' pertinente richiamare le considerazioni svolte da attenta dottrina, che, nel procedere ad una classificazione tipologica dei possibili modelli astratti di società mista, ha individuato (almeno) tre distinti modelli: *“in primo luogo, vi è il modello della società mista avente ad oggetto, quale effetto indiretto della sua costituzione, la realizzazione di opere o lavori o la fornitura di beni o servizi in favore o nell'interesse dei soci pubblici (o delle collettività dai medesimi rappresentate) a titolo oneroso (ossia, verso un corrispettivo costituito dal pagamento di un prezzo o dal diritto di gestire in via riservata l'opera o il servizio); dunque, attività configurabili, in senso sostanziale, come appalti o concessioni accordati dai soci pubblici alla società. ...Il secondo modello è quello, invece, della società mista avente ad oggetto lo svolgimento di normali attività d'impresa in posizione di parità con altri operatori ed in regime di concorrenza («nel» o «per» il mercato), alla quale anche i soci pubblici partecipano – in definitiva – secondo logiche da investitore privato, ossia per ragioni eminentemente finanziarie. ...Ad un terzo modello risponde, infine, la società mista avente ad oggetto lo svolgimento di compiti di interesse generale privi di reali prospettive di redditività (come, ad esempio, compiti di promozione, sviluppo e sostegno socio-economico di aree territoriali, di settori imprenditoriali, ecc.), la quale dipende, sostanzialmente, dagli apporti finanziari dei soci per il conseguimento dei propri scopi. Spesso, le società rispondenti a questo modello sono costituite e regolate per legge e rappresentano vere e proprie Amministrazioni ordinate in forma societaria. Tra le società aventi oggetti di quest'ultimo tipo sono nettamente prevalenti, come è ovvio, quelle a totale partecipazione pubblica”* (cfr. Aicardi N., *Le società miste*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 233).

interpretative che, a tutt'oggi, la caratterizzano. E ciò, anche alla luce del fatto che il legislatore nazionale e la giurisprudenza, dopo essersi focalizzati per anni sulla questione delle differenze ontologiche tra società *in house* e miste (e, di conseguenza, sulla diversa disciplina loro applicabile), anche sulla spinta dell'evoluzione del principio di derivazione comunitaria di tutela (*rectius*: promozione) della concorrenza, sembrano orientati verso l'individuazione di nuove categorie dogmatiche per classificare le società a partecipazione pubblica<sup>3</sup>.

\*\*\*\*\*

### **PARTE I: La recente evoluzione legislativa della disciplina dei servizi pubblici**

#### **locali.**

#### ***2. La previgente disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di cui all'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, con particolare riferimento alle società in house e miste.***

Senza approfondire il tema dei profondi mutamenti intervenuti nel corso degli anni novanta<sup>4</sup>, che hanno interessato gli assetti istituzionali, organizzativi e di mercato dei servizi pubblici locali<sup>5</sup>, sia sufficiente ricordare che, nell'impostazione tradizionale, il

<sup>3</sup> In tal senso, sia sufficiente richiamare le recenti disposizioni limitative della capacità di azione delle società operanti nel campo dei servizi strumentali (art. 13 del decreto "Bersani") e dei servizi pubblici locali (art. 23 bis, comma 9, del d.l. n. 112/2008; oggi: art. 4, comma 33, del d.l. n. 138/2011), che verranno analizzate nella seconda parte della presente trattazione.

<sup>4</sup> Infatti, vi è chi parla di materia "liquida", considerato che si annoverano oltre ventisei interventi legislativi in *subiecta materia* solo nel corso degli ultimi quindici anni.

<sup>5</sup> Al riguardo, si rinvia ai preziosi contributi offerti dalla dottrina. A titolo meramente esemplificativo, per un inquadramento dell'evoluzione della disciplina legislativa dei servizi pubblici locali con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica, si segnalano: Dello Sbarba F., *I servizi pubblici locali – Modelli di organizzazione e di gestione*, Giappichelli ed., Torino, 2009; Perfetti L.R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, CEDAM, Padova, 2001; Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè ed., Milano, 2005; Renna M., *Le società per azioni in mano pubblica – Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli ed., Torino, 1997; Torricelli S., *Il mercato dei servizi di pubblica utilità – Un'analisi a partire dal settore dei servizi 'a rete'*, Giuffrè ed., Milano, 2007; Villata R., *Pubblici servizi – Discussioni e problemi*, Giuffrè ed.,

sistema decisionale era incardinato sulla figura dell'ente locale che esercitava, allo stesso tempo, funzioni proprietarie, regolatorie e gestionali, in un rapporto di organicità tra la fase della definizione degli obiettivi e quella del conseguimento degli stessi. Il superamento di questo sistema e l'affermazione di assetti fondati sulla separazione di ruoli e responsabilità, come è noto, si è realizzato in fasi diverse: dapprima quella dell'autonomia organizzativa e gestionale dell'azienda, poi quella della cd. "privatizzazione formale" e, infine, quella, ancora assolutamente attuale, della progressiva apertura dei mercati alla concorrenza.

Relativamente alla previgente disciplina generale delle procedure di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (applicabile a tutti i servizi, eccetto quelli espressamente esclusi<sup>6</sup>), contenuta nei commi 2 e 3 dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008<sup>7</sup>, come modificati dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009<sup>8</sup>, occorre, innanzitutto, ricordare la innovativa previsione del superamento del principio – vigente, nel nostro

---

Milano, 2001.

<sup>6</sup> Nella sua prima formulazione, l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 prevedeva un'espressa esenzione esclusivamente per l'attività di distribuzione del gas. Successivamente, con l'approvazione dell'art. 15 del d.l. n. 135/2009, il Legislatore ampliava il novero dei servizi esclusi, includendovi anche il servizio di trasporto ferroviario regionale, quello di distribuzione dell'energia elettrica e quello delle farmacie comunali.

<sup>7</sup> Per un approfondimento, segnalano, in dottrina: De Nictolis R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 10, 1109; Dugato M., *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 12, 1189; Dugato M., *I servizi pubblici locali (art. 23 bis)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 12, 1219; Nicodemo G.F., *Società miste: il Giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urb. e app.*, 2010, 2, 156.

<sup>8</sup> Relativamente alle modifiche apportate da tale intervento correttivo, si segnalano i seguenti contributi: Alla L., *La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo le modifiche introdotte dall'art. 15 del d.l. 135/2009 convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it); De Vincenti C., *I servizi pubblici nel decreto-legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); Nicoletti G., *La riforma dei servizi pubblici locali; prime valutazioni sul decreto legge 25 settembre 2009 n. 135*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2009, 9; Vigneri A., *I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del d.l. n. 135/2009*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

ordinamento, da oltre un secolo<sup>9</sup> – della perfetta equivalenza tra esternalizzazione ed auto-produzione dei servizi pubblici.

Invero, rispetto a tale relazione<sup>10</sup> – ancora perfettamente in auge nell’ambito del diritto comunitario, che rimane assolutamente indifferente rispetto alla scelta dell’ente

---

<sup>9</sup> Relativamente alle forme di gestione dei servizi pubblici locali, infatti, fin dall’approvazione della legge n. 103/1903 (cd. legge “Giolitti”), nel nostro ordinamento era prevista la perfetta equivalenza dell’alternativa tra esternalizzazione, mediante concessione all’industria privata a seguito di trattativa privata, e autoproduzione, attraverso l’assunzione diretta del servizio da parte dell’ente locale ovvero tramite azienda municipalizzata, a seguito di apposita deliberazione da parte del Consiglio comunale. Chiaramente, nella prassi in auge all’inizio del secolo scorso, come peraltro accadeva in molti paesi europei, la municipalizzazione dei pubblici servizi locali costituiva la scelta preferibile, in quanto strettamente connessa alla teoria economica all’epoca maggiormente in auge, che tendeva a promuovere l’intervento dello Stato nell’economia, sul presupposto che detto intervento appariva necessario per permettere a tutta la collettività, con tariffe contenute, la fruizione di servizi essenziali e necessari allo sviluppo socio-economico del territorio. Interessante notare che, nel vigore di tale disciplina, la decisione della modalità gestionale era rimessa ad una valutazione discrezionale dell’ente locale, a cui si aggiungeva, però, la possibilità dell’indizione di un *referendum* popolare, ovviamente limitato alla collettività di riferimento, avente ad oggetto proprio la decisione sulla forma di gestione. In seguito, l’assetto delineato dalla legge Giolitti perdurava, senza modificazioni di rilievo, fino all’approvazione della legge n. 142 del 1990 (e, segnatamente, del relativo art. 22), che, superando definitivamente il modello gestionale dell’azienda municipalizzata, ha innovativamente attribuito agli enti locali la facoltà di costituire società per azioni a maggioranza pubblica (ovvero, dal 1996, anche privata) o aziende speciali dotate di personalità giuridica. Nella sostanza, però, nulla cambiava rispetto al passato, dal momento che l’autoproduzione, sebbene sotto forme diverse (società di capitali ovvero azienda speciale in luogo di azienda municipalizzata), era ancora considerata perfettamente alternativa rispetto all’esternalizzazione, da realizzarsi sempre mediante concessione ad operatori privati. Del resto, la scelta della modalità organizzativa veniva ancora una volta rimessa ad una valutazione (ampiamente) discrezionale da parte dell’ente locale, la quale però, a seguito dell’introduzione dell’obbligo (generale) di motivazione da parte dell’art. 3 della legge n. 241 del 1990, doveva trovare adeguata rappresentazione nel provvedimento di affidamento del servizio. Da ultimo, l’art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 (cd “T.U.E.L.”) confermava la perfetta equivalenza tra esternalizzazione (che, per effetto di una rimeditata concezione della promozione della concorrenza, doveva essere preceduta da una procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto la selezione del gestore) e autoproduzione.

<sup>10</sup> Per un’analisi ragionata dell’alternativa tra mercato ed auto-produzione, in un momento anteriore all’approvazione dell’art. 23 *bis*, si suggerisce la lettura di: Casalini D., *L’alternativa tra mercato e auto-*

locale di ricorrere ad una ovvero all'altra modalità di gestione<sup>11</sup> – il legislatore nazionale, con l'approvazione del cit. art. 23 *bis*, compieva una rilevante scelta di fondo<sup>12</sup>, indicando l'esternalizzazione a mezzo gara, quale modalità ordinaria di conferimento del servizio<sup>13</sup>, e l'auto-produzione, quale modalità derogatoria<sup>14</sup>.

In sede di approvazione del d.l. n. 135/2009, modificativo dell'art. 23 *bis*, il Legislatore stesso precisava, altresì, che la modalità derogatoria avrebbe potuto essere *produzioni di beni e servizi*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 4, 1158. Secondo l'Autore, la scelta tra la richiesta al mercato e l'autoproduzione della prestazione di beni e servizi pare potersi individuare come contenuto dell'autonomia ed, in particolare, del potere di auto-organizzazione riconosciuto dall'ordinamento giuridico, a livello costituzionale, per gli enti territoriali e, con legge, per ogni altra Pubblica Amministrazione autonoma.

<sup>11</sup> Relativamente al modello dell'*in house* nell'elaborazione della Corte di Giustizia, si suggerisce la lettura di Alberti C., *Le società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 23.

<sup>12</sup> E' interessante notare che, secondo attenta dottrina, "la questione investe il delicato profilo dei rapporti tra potestà organizzativa pubblica e mercato, focalizzandosi sull'interrogativo di fondo se e in quali limiti l'esigenza di liberalizzare o di consentire l'espansione del mercato possa come tale opporsi alla facoltà dell'Amministrazione di organizzare attraverso proprie società la provvista di beni e servizi rivolta a soddisfare le proprie esigenze o quelle dei cittadini". L'Autore prosegue, quindi, ricordando che, nell'impostazione tradizionale dell'ordinamento nazionale, "la decisione se organizzare il servizio all'interno dell'ente locale, attraverso società in house, società miste, ovvero avviare una procedura ad evidenza pubblica per la selezione di un privato cui affidare la gestione del servizio costituisce una scelta politica rilevante, ma incontra i soli limiti dei principi che regolano le scelte discrezionali di ogni Amministrazione Pubblica. In particolare efficienza, efficacia, economicità" (cfr. Mattalia M., *Società miste e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, 6, 721).

<sup>13</sup> E' interessante evidenziare che la disposizione, da un punto di vista lessicale, abbandona il tradizionale riferimento alla "concessione di pubblico servizio" per approdare alla nuova definizione di "conferimento della gestione del servizio". Invero, la circostanza non può ritenersi casuale, considerato l'acceso dibattito che, negli ultimi quindici anni circa, ha interessato la definizione di "concessione di servizio pubblico locale". Senza entrare nel merito della questione, sia sufficiente ricordare che tale questione interpretativa, pur affondando le proprie radici in un passato remoto, è ritornata al centro del dibattito dottrinale a seguito dell'introduzione, nell'ordinamento nazionale, delle definizioni di concessione ed appalto mutate dal diritto comunitario, le quali hanno finito col sovrapporsi alle corrispondenti definizioni proprie della teoria giuridica nazionale. Relativamente a tale specifica questione, sia consentito rinviare a: Trenti E., *Orientamenti in materia di qualificazione del servizio di pubblica illuminazione e sintetiche considerazioni in merito alla innovativa categoria giuridica dell'appalto di servizio pubblico locale*, in *www.lexitalia.it*, 2011, 11. Per un approfondimento della questione su un piano più generale, si suggerisce la lettura di:

utilizzata esclusivamente al ricorrere di situazioni “*eccezionali*”, con ciò rimarcando la residualità e marginalità dell’ipotesi dell’*in house providing*<sup>15</sup>. Peraltro, tale conclusione era già desumibile dalla lettera dei pareri dell’Autorità Garante per la concorrenza e per il mercato che, nella sua nuova veste di regolatore e, quindi, nell’ambito dell’attività consultiva ai sensi del comma 4 dell’art. 23 *bis*, non aveva quasi mai ritenuto sussistenti quelle “*peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*”, potenzialmente suscettibili di giustificare l’affidamento diretto a società *in house*. Del resto, dall’analisi di tali pareri emerge che il vaglio – invero, particolarmente rigoroso – dell’Autorità verteva sostanzialmente su tre aspetti: l’economicità, attraverso la comparazione dell’*in house providing* con le altre modalità di gestione; l’adeguatezza, mediante l’analisi del contesto territoriale di riferimento; e, infine, la compatibilità con la tutela della concorrenza, tramite la

---

Mastragostino F. (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, CEDAM, Padova, 1998; Corsi C., *Le concessioni di lavori e servizi*, in Chiti M.P. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni*, Ed. Scientifica, Napoli, 2009, 11; Giliberti B., Perfetti L.R., Rizzo I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. 135/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 3, 257; Police A., *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Dir.amm.*, 2007, 1, 79; Cavallo Perin R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, 1998, 2-3; Tessarolo C., *Appalti, concessioni di servizi e art. 23-bis*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2009, 1.

<sup>14</sup> In proposito, si consideri che “*l’art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000 (giudicato dalla Corte di Giustizia conforme al diritto europeo) annoverava tre modelli di conferimento della gestione dei servizi pubblici locali, tra loro perfettamente alternativi ed equivalenti. Invero, per quanto concerne i nuovi (futuri) conferimenti della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, l’art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 distingue tra modalità “ordinarie” e “in deroga”. Gli enti locali possono legittimamente ricorrere a quest’ultima solo se mettono in campo una specifica procedura aggravata, descritta dal comma 4*” (cfr. Colombari S., *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell’art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, in *Annali dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna, 2009, anno II, vol. 1 – n. 2, 95).

<sup>15</sup> Anche secondo la dottrina, “*le nuove norme confermano la propensione del Legislatore, già espressa in termini del tutto simili nella prima formulazione dell’art. 23 bis, a relegare il ricorso al modulo dell’*in house providing* a soluzione eccezionale*” (Giliberti B., Perfetti L.R. e Rizzo I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 3, 257).

valutazione della possibilità (quantomeno astratta<sup>16</sup>) di ricorrere al mercato per selezionare un operatore interessato a gestire il servizio oggetto di affidamento.

Ulteriori indicazioni in ordine alla praticabilità dell'*in providing* venivano, poi, fornite dal regolamento di attuazione del cit. art. 23 *bis*, approvato con d.P.R. n. 168/2010<sup>17</sup>. In particolare, l'art. 4 del cit. regolamento individuava la soglia di euro 200.000<sup>18</sup>, quale limite oltre il quale gli affidamenti avrebbero assunto rilevanza ai fini dell'espressione del parere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato<sup>19</sup>. Con il medesimo regolamento venivano, altresì, introdotte, con specifico riferimento al servizio idrico integrato, peculiari condizioni suscettibili di legittimare il ricorso all'*in house providing*. Invero, era previsto che l'ente affidante potesse rappresentare specifiche condizioni di efficienza suscettibili di rendere la gestione *in house* non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali, *“con particolare riferimento: a) alla chiusura dei bilanci in utile, escludendosi a tal fine qualsiasi trasferimento non riferito a spese per investimenti da parte dell'ente affidante o altro ente pubblico; b) al reinvestimento nel servizio almeno dell'80 per cento degli utili per l'intera durata*

<sup>16</sup> Questo, il vero e proprio sbarramento, innalzato dall'Autorità, rispetto alla possibilità, per gli enti locali, di ricorrere all'affidamento *in house*. Infatti, dal punto di vista dell'A.G.C.M., era facile ipotizzare che il conferimento della gestione della stragrande maggioranza dei servizi, per non dire della quasi totalità degli stessi, sia potenzialmente appetibile per gli operatori privati.

<sup>17</sup> Per un'analisi delle principali innovazioni introdotte dal d.P.R. n. 168/2010, si suggerisce la lettura di: Dello Sbarba F., *Il regolamento attuativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Urb. e app.*, 2011, 1, 22; Guzzo G., *Le nuove regole dei servizi pubblici locali alla luce della disciplina attuativa introdotta dal d.P.R. n. 168/2010*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2010, 10.

<sup>18</sup> Era previsto che il valore annuo del servizio venisse calcolato sommando tutte le entrate del gestore, tra le quali dovevano essere sicuramente incluse le tariffe riscosse, eventuali corrispettivi parziali del servizio e contributi ottenuti per realizzare gli investimenti.

<sup>19</sup> Secondo la dottrina, *“la ratio della norma sembra essere quella di voler sottrarre l'affidamento delle gestioni di minore importanza al vaglio dell'Authority”* (Guzzo G., *Le nuove regole dei servizi pubblici locali alla luce della disciplina attuativa introdotta dal d.P.R. n. 168/2010*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2010, 10).

dell'affidamento; c) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore; d) al raggiungimento di costi operativi medi annui con un'incidenza sulla tariffa che si mantenga al di sotto della media di settore<sup>20</sup>.

Ancora, il regolamento di attuazione, coerentemente con le indicazioni contenute nel comma 10 del più volte cit. art. 23 *bis*, disponeva l'assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità interno, contestualmente prevedendo il controllo degli enti locali sul rispetto dei vincoli derivanti dal patto di stabilità da parte delle società partecipate<sup>21</sup>.

Quanto al fenomeno del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato<sup>22</sup>, presente nel campo dei servizi pubblici locali fin dall'approvazione della legge n. 142/1990, è importante osservare che, nel testo originario dell'art. 23 *bis*, come introdotto dal d.l. n. 112/2008, mancava qualsivoglia riferimento alla possibilità di affidare la gestione dei servizi a società miste pubblico-privato. Invero, l'assenza di un'espressa previsione delle società miste aveva alimentato il dubbio (peraltro, fugato dalla prevalente dottrina<sup>23</sup> anche alla luce del richiamo al dato letterale dell'art. 113, comma 5,

---

<sup>20</sup> L'ente affidante risultava, quindi, vincolato alla predisposizione di una proposta, formulata sulla base di tali argomenti, al fine di ottenere una deroga (specifica, in quanto riferita al caso concreto) alla regola generale della gara pubblica anche nel settore dei servizi idrici.

<sup>21</sup> È interessante notare che, secondo attenta dottrina, "la norma in parola "depotenzia" il ruolo degli enti locali in materia di osservanza del patto di stabilità in quanto si limita a prevedere che questi ultimi vigilino soltanto, senza essere minimamente responsabili per il verificarsi di eventuali scoramenti" (cfr. Guzzo G., *id.*).

<sup>22</sup> Per un inquadramento del partenariato pubblico-privato, con particolare riferimento a quello istituzionalizzato, si segnalano: Marcolungo C., *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione*, in Chiti M.P. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni*, Ed. Scientifica, Napoli, 2009; Lolli A., *Le società miste*, in Mastragostino F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011. Relativamente alle società miste operanti nel campo dei servizi pubblici locali, si rinvia a Bonetti T., *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 37.

<sup>23</sup> Si richiamano le considerazioni svolte da Giliberti B., Perfetti L.R. e Rizzo I., *op. cit.*, 258.

del T.U.E.L., pur sempre vigente e suscettibile di coordinamento con l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008) di una rinunzia, da parte del Legislatore, di avvalersi di tale modalità di affidamento dei servizi pubblici locali.

Senonché, la manovra correttiva di cui all'art. 15 del d.l. n. 135/2009 (modificativo del cit. art. 23 *bis*) risolveva definitivamente quest'incertezza, reintroducendo espressamente la figura e dettandone una specifica regolamentazione. In particolare, la nuova formulazione dell'art. 23 *bis*, alla luce delle modifiche apportate dal cit. art. 15, stabiliva la possibilità, per gli enti locali, di affidare la gestione dei servizi a società miste, a condizione che al socio privato fosse attribuita una partecipazione societaria non inferiore al quaranta per cento, da disporre mediante selezione ad evidenza pubblica "a doppio oggetto", concernente, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione, in suo favore, specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

Invero, all'esito di un lungo dibattito relativo alle condizioni di ammissibilità dell'affidamento a società miste<sup>24</sup>, il paradigma di riferimento, recepito dal cit. art. 15 del

---

<sup>24</sup> Sul punto, la dottrina è copiosa. A titolo meramente esemplificativo, si segnalano: Acocella C. e Liguori F., *Questioni (vere e false) in tema di società miste ed in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 3; Albissini F.G., *Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 4, 394; Baldi M., *Principio generale della gara e scelta del socio privato*, in *Urb. e app.*, 2008, 9, 1132; Boschi M.E., *I confini dell'evidenza pubblica nelle procedure costitutive di società miste*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2007, 9; Caranta R., *Ancora in salita la strada per le società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, 1120; Ciasullo S., *L'affidamento diretto a società miste: condizioni di ammissibilità*, in *Giur. it.*, 2009, 12; Guzzo G., *Società miste: assemblea di Strasburgo e legislazione nazionale (quale diritto?)*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2007, 3; Guzzo G., *Società miste: nuovo start up del Consiglio di Stato e successiva evoluzione giurisprudenziale*, in *www.lexitalia.it*, 2007, 7-8; Guzzo G., *La nuova disciplina "dualistica" dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il nodo gordiano delle società miste alla luce della comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 16 ottobre 2008 e dell'articolo 2 della bozza dell'emanando regolamento di attuazione*, in *www.lexitalia.it*, 2009, 3; Guzzo G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè ed., Milano, 2009; Rotigliano R., *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione europea*, in *Urb. e app.*, 2008, 8, 1008.

d.l. n. 135/009, era stato offerto dalla giurisprudenza amministrativa<sup>25</sup>, secondo cui “*non è condivisibile la posizione estrema secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l’affidamento diretto*”. Tale ipotesi, infatti, “*suscita perplessità per il caso di società miste aperte, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società generalista, alla quale affidare direttamente l’erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività extra moenia, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico*”. Il ricorso alla figura della società mista si riteneva, invece, ammissibile “*nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un affidamento diretto, ma la modalità organizzativa con la quale l’amministrazione controlla l’affidamento disposto, con gara, al ‘socio operativo’ della società*”; “*il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano - oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 163/2006 - garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza*”. In ogni caso, “*laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie: 1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l’affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest’ultimo si configuri come un socio industriale od operativo, il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l’affidamento*”.

---

<sup>25</sup> Cons. Stato, sez. II, parere n. 456/2007.

*del servizio operativo; 2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento, evitando così che il socio divenga socio stabile della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario".*

Pochi mesi dopo l'introduzione della manovra correttiva, di cui al più volte cit. art. 15 del d.l. n. 135/2009, che aveva codificato le indicazioni fornite dalla giurisprudenza amministrativa in materia di ammissibilità del ricorso al modello della società mista, la cd. gara "a doppio oggetto" veniva positivamente valutata anche dalla Corte di giustizia CE, sul presupposto che gli articoli 43, 49 e 86 del Trattato CE "*non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto pubblico e privato, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che dette procedure di gara rispettino i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato Ce per le concessioni*"<sup>26</sup>.

Il regolamento di attuazione dell'art. 23 bis, approvato con il cit. d.P.R. n. 168/2010, forniva, poi, ulteriori precisazioni rispetto all'ipotesi di affidamento dei servizi

---

<sup>26</sup> C.G.E., 15 ottobre 2009, in C -196/08. Al riguardo, si veda il commento di: Nicodemo G.F., *Società miste: il Giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urb. e app.*, 2010, 2, 156. Relativamente al medesimo argomento, si segnala, altresì, Caranta R., *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, in *Giur. it.*, 2010, 5.

mediante gara “a doppio oggetto”<sup>27</sup>, disponendo che, in tal caso, ferme restando le condizioni già indicate per l’ipotesi di affidamento mediante gara (art. 3, commi 1, 2 e 3), il bando di gara o la lettera di invito assicurino che “*a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l’intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell’articolo 23-bis, comma 2; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione*”<sup>28</sup>. Ebbene, non vi è chi non veda come l’evoluzione normativa iniziata con l’introduzione dell’art. 23 *bis*, proseguita con la novella apportata dal decreto “Ronchi” (d.l. n. 135/2009) e culminata con l’approvazione del cit. regolamento di attuazione n. 168/2010 abbia determinato la progressiva “tipizzazione” del modello organizzativo della società mista operante nel campo dei servizi pubblici locali di rilevanza economica<sup>29</sup>, in tal modo discostandosi dal paradigma generale di riferimento che concepisce la società mista quale “mero” organo amministrativo di coordinamento per attività svolte in regime di partenariato pubblico-privato, senza peraltro predeterminarne gli elementi costitutivi.

La disciplina introdotta dal cit. regolamento di attuazione dell’art. 23 *bis* finiva, peraltro, con l’accostarsi a quella, ormai risalente ma mai abrogata<sup>30</sup>, contenuta nel d.P.R.

---

<sup>27</sup> In sostanza, “*la disciplina di dettaglio ha integralmente recepito i principi codificati dalla corposa elaborazione giurisprudenziale e solo accennati nella disciplina generale*” (cfr. Guzzo G., op. cit.).

<sup>28</sup> Cfr. art. 3, comma 4.

<sup>29</sup> Due, in particolare, gli elementi sostanziali che inducono a propendere per la tipizzazione di tale modello organizzativo. *In primis*, l’obbligo di affidare “specifici compiti operativi” al socio privato, alla stregua di un socio d’opera in una società di persone. In secondo luogo, la previsione di un termine finale relativamente alla permanenza del socio privato nella società mista (socio “*ad tempus*”).

<sup>30</sup> E’ opportuno precisare che il cit. d.P.R. n. 533/1996 risulta tuttora vigente, anche successivamente all’abrogazione referendaria dell’art. 23 *bis* e all’approvazione dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011, di cui si dirà nel prosieguo.

16 settembre 1996, n. 533 (avente ad oggetto “*Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali*”), emanato per dare attuazione all’art. 22 della legge n. 142/1990, nella parte in cui consentiva la costituzione di società miste per la gestione dei servizi pubblici locali. Senza entrare nel merito dei contenuti di tale regolamento, è opportuno evidenziare che i profili di maggiore interesse e perdurante attualità riguardano, segnatamente, la previsione dell’attribuzione di una quota di maggioranza, non inferiore al cinquantuno per cento, al socio privato<sup>31</sup> da selezionare mediante procedura concorsuale ristretta<sup>32</sup> previa pubblicazione di un bando avente contenuti predeterminati<sup>33</sup>, della riserva

<sup>31</sup> Detta qualità può essere assunta “*da imprenditori individuali o da società, singolarmente o raggruppati per lo scopo*”.

<sup>32</sup> L’art. 1, comma 4, del cit. d.P.R. n. 533/1996, prevede, infatti, che il socio privato di maggioranza venga “*scelto dall’ente o dagli enti promotori mediante una procedura concorsuale ristretta, assimilata all’appalto concorso di cui al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, con le specificazioni ed integrazioni disposte dagli articoli seguenti*”. Al di là del richiamo alle regole “speciali” dettate dal medesimo regolamento, è chiaro che il riferimento alla procedura concorsuale ristretta deve ritenersi superato in quanto non più conforme alla vigente disciplina in materia di procedure di affidamento. Invero, qualora l’oggetto dell’affidamento della gestione del servizio pubblico locale sia suscettibile di integrare un “appalto di servizi”, seconda la definizione fornita dal Codice dei contratti, l’ente promotore risulterà vincolato ad applicare le regole previste dal Codice medesimo. Diversamente, qualora l’oggetto dell’affidamento sia riconducibile alla nozione comunitaria di “concessione di servizi”, l’ente affidante avrà facoltà di indire una procedura più snella ed elastica, eventualmente anche sulla falsariga di quanto previsto dalla disposizione in parola, fermo restando l’obbligo di rispettare i principi di derivazione comunitaria indicati dall’art. 30 del Codice dei contratti pubblici.

<sup>33</sup> E’ importante sottolineare che le condizioni del bando individuate direttamente dall’art. 2 del cit. d.P.R. n. 533/1996 non sembrano contrastare con quanto previsto dal più recente (anche se ormai abrogato) d.P.R. n. 168/2010 relativamente alla gara a doppio oggetto. Di talché, pare che le due discipline possano coesistere: in particolare, mentre quella più risalente (d.P.R. n. 533/1996) individua i requisiti minimi che debbono essere rispettati dagli enti locali in sede di redazione del bando per selezione del socio privato, quella più recente (d.P.R. n. 168/2010) indica le condizioni necessarie affinché la gara possa avere ad oggetto, nel contempo, anche l’affidamento del servizio pubblico. Relativamente ai primi, la disposizione di cui all’art. 2, comma 2, del più volte cit. regolamento del 1996 prevede che “*il bando indica: a) i contenuti essenziali dello statuto della costituenda società, con particolare riferimento alle clausole che attribuiscono speciali diritti e facoltà agli enti pubblici partecipanti, e del contratto di società, precisandosi in ogni caso l’importo del capitale sociale e la quota di esso riservata agli enti pubblici, con*

all'azionariato diffuso di una quota determinata del capitale sociale<sup>34</sup>, nonché della regolazione pattizia dei rapporti fra l'ente e la società in senso funzionalmente orientato ad assicurare il corretto svolgimento del servizio<sup>35</sup>. Del resto, si segnalano alcune “*norme particolari*”, di cui all'art. 4 del medesimo regolamento, relative al rapporto tra soci pubblici e soci privati. In particolare, è previsto che l'eventuale ingresso di altri enti locali nella società già costituita avvenga necessariamente mediante un corrispondente aumento del capitale sociale e che l'atto costitutivo riservi agli enti promotori, a garanzia delle loro prerogative, la nomina di almeno un componente del consiglio di amministrazione, dell'eventuale comitato esecutivo e del collegio dei revisori. Ma la disposizione più

---

*l'indicazione dei beni eventualmente conferiti a questo titolo; b) i contenuti essenziali dell'eventuale disciplina integrativa concernente i rapporti tra l'ente promotore e il socio privato di maggioranza; c) la natura del servizio o dei servizi pubblici e delle opere eventualmente necessarie allo svolgimento del servizio oggetto della costituenda società; le modalità di effettuazione degli stessi anche con riferimento agli ambiti territoriali interessati; la durata della società, non inferiore a dieci anni; d) i modi e i termini per la presentazione delle richieste di invito, nonché la documentazione e le informazioni da allegare ai fini della scelta dei concorrenti da invitare...; e) i criteri che saranno seguiti in sede di valutazione e comparazione delle offerte...”.*

<sup>34</sup> Secondo la *littera legis*, infatti, “*i soci pubblici e il socio privato di maggioranza definiscono di comune accordo, dopo la costituzione della società, la misura della predetta quota e le modalità del suo collocamento. Si applicano le norme del codice civile e delle leggi speciali vigenti in materia*”. In proposito, è interessante evidenziare la (condivisibile) opinione della dottrina, secondo cui, anche in difetto di un'espressa previsione legislativa, “*non si può condividere la tesi secondo cui in caso di vendita di una quota di minoranza di una società pubblica, non vi è scelta del socio soggetta a procedura ad evidenza pubblica...; infatti, la procedura di evidenza pubblica va rispettata non solo in caso di scelta del socio in sede di costituzione della società e di affidamento della missione, ma ogni qualvolta venga scelto un partner privato in una società a partecipazione pubblica a cui vengano affidati lavori, servizi, forniture*” (cfr. Cameriero L. e De Nictolis R., *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè ed., Milano, 2008, pag. 171).

<sup>35</sup> Ai sensi dell'art. 5 del regolamento, infatti, “*i rapporti tra l'ente o gli enti pubblici e i soci privati sono regolati, all'atto della costituzione della società o con apposite convenzioni, in modo da assicurare il corretto svolgimento del servizio e la permanente verifica della conformità dell'assetto societario all'interesse pubblico alla gestione del servizio, prevedendo anche cause di risoluzione o scioglimento del vincolo sociale. La convenzione attribuisce all'ente concedente gli opportuni strumenti per la verifica della economicità della gestione e della qualità dei servizi, anche in relazione alle esigenze dell'utenza*”.

significativa, anche in relazione agli effetti che potrebbero conseguire alla sua ipotetica applicazione<sup>36</sup> in sede di predisposizione del bando finalizzato alla costituzione di società mista tramite gara a doppio oggetto, riguarda la possibilità di vietare, mediante apposita previsione nell'atto costitutivo della costituenda società, gli atti di cessione di azioni e di costituzione di diritti reali sulle stesse ed ogni altro atto idoneo a determinare la perdita della posizione di maggioranza del socio privato per cinque anni dalla data di costituzione della società<sup>37</sup>. La *ratio* di tale disposizione è chiara: evitare mutamenti della compagine sociale nei primi anni di vita della società, che possano compromettere l'assetto delineatosi a seguito della gara per la selezione del *partner* privato, al precipuo fine di agevolare la fase di *start up* dell'attività di gestione del servizio. Del resto, è previsto che l'atto costitutivo della società mista, decorso il termine quinquennale di cui si è detto, consenta al socio privato di effettuare atti di cessione delle azioni e di costituzione di diritti reali sulle stesse e ogni altro atto idoneo a determinare la perdita della sua posizione di maggioranza, a condizione che l'ente o gli enti pubblici partecipanti abbiano espresso il loro preventivo motivato gradimento<sup>38</sup>. E' chiaro che, alla

---

<sup>36</sup> Vista la stratificazione normativa in *subiecta materia* e rilevato che l'applicazione del cit. d.P.R. n. 533 del 1996 riguarda plausibilmente la sola ipotesi di costituzione di società mista con socio privato di maggioranza (invero, non imposta da alcuna norma vigente, bensì esclusivamente consentita) e non anche la costituzione di società mista con socio privato "operativo" di minoranza, non è affatto detto che il più volte cit. regolamento venga effettivamente applicato dagli enti locali in sede di predisposizione del bando per la costituzione di società mista per la gestione di servizi pubblici locali, considerato peraltro che la nuova disciplina, attualmente contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 di cui si dirà *infra*, non sembra richiedere alcuna integrazione ai fini della relativa applicazione.

<sup>37</sup> Art. 4, commi 3 e 4, del più volte cit. d.P.R. n. 533 del 1996.

<sup>38</sup> E ciò, con la precisazione che "*nel caso di pluralità degli enti, è sufficiente il gradimento di quelli che detengono la maggioranza del capitale pubblico. Sulla richiesta di gradimento, presentata dall'azionista privato per il tramite degli amministratori della società, ciascun ente si pronuncia motivatamente entro sessanta giorni dalla ricezione. Decorso sessanta giorni, in mancanza di deliberazione contraria o di giustificata richiesta di informazioni aggiuntive, si intende dato l'assenso*" (cfr. art. 4, comma 4, del cit. d.P.R. n. 533/1996).

luce dell'evoluzione dell'ordinamento comunitario e nazionale e, segnatamente, delle più recenti indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia europea in materia di tutela della concorrenza nell'ambito del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato<sup>39</sup>, l'eventuale cessione, anche parziale, della partecipazione del socio privato (selezionato con gara) non potrà che avvenire mediante procedura ad evidenza pubblica.

Sotto altro profilo, occorre evidenziare alcune disposizioni, applicabili tanto alle società *in house*, quanto alle società miste, innovativamente introdotte sempre dal cit. regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis*. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 6, relativo all'acquisto di beni e servizi, il quale prevedeva l'obbligo, per le società *in house* e miste affidatarie di servizi pubblici locali, di applicare il Codice dei contratti<sup>40</sup>.

Nella stessa logica di generale attrazione dei soggetti a partecipazione pubblica, operanti nel campo dei servizi pubblici locali, nell'orbita del diritto pubblico, il

---

<sup>39</sup> Ci si riferisce ancora una volta a C.G.E., 15 ottobre 2009, in C -196/08 cit.

<sup>40</sup> Chiaramente, *“la norma doveva essere applicata tenendo conto di quanto stabilito dall'art. 32, comma 1, lett. c), del d.lgs. 163/2006, che prevede che le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno a oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati a essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, siano sottoposte alla disciplina del Codice per gli appalti di lavori, servizi e forniture da esse affidati. Alla regola generale segue, al comma 3, una deroga a favore delle società miste limitatamente alla realizzazione delle opere o del servizio per i quali le stesse sono state appositamente costituite a condizione che: 1) il socio sia stato scelto in gara; 2) il socio abbia i requisiti di qualificazione previsti dal codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provveda in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio in misura superiore al 70% del relativo importo. Il problema del coordinamento era stato in parte risolto dall'art. 6 del regolamento. La norma ribadiva la regola generale contenuta nel comma 10, lett. a), prevedendo contestualmente un'eccezione a favore delle società a capitale pubblico anche maggioritario individuate dall'art. 32, comma 1, lett. c) del d.lgs. 163/2006, ove, accanto alle condizioni di cui ai nn. 1) e 2), ricorresse anche una terza condizione, ovvero che il socio privato fosse stato scelto, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, con gara ad oggetto unico ai sensi dell'art. 23 bis, comma 2, lett. b)”* (cfr. De Michele A., *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 69).

successivo art. 7 introduceva l'obbligo, per le società *in house* e miste titolari della gestione di servizi pubblici locali, con la sola esclusione delle società quotate, di adottare “*con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*”<sup>41</sup>. Invero, la disposizione in parola rappresentava il completamento di quanto già innovativamente<sup>42</sup> previsto, con specifico

---

<sup>41</sup> A ben vedere, i criteri richiamati sono: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle Amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'Amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali. In senso critico, si segnala la considerazione, secondo cui “*l'art. 7 del regolamento di attuazione demanda all'ente pubblico il compito di vigilare sulla corretta individuazione dei criteri e delle modalità di reclutamento del personale senza, tuttavia, essere responsabili in caso di non adeguata vigilanza. In questo senso, la norma rischia una sostanziale disapplicazione appena temperata dall'obbligo per le partecipate di osservare i parametri fissati dal patto di stabilità*” (cfr. Guzzo G., op. cit.).

<sup>42</sup> E' importante sottolineare che, “*in passato, si riteneva pacifico che la selezione del personale da parte delle società a partecipazione pubblica fosse attività di organizzazione di stampo privatistico, essendo preordinata alla provvista delle risorse umane attraverso cui queste esercitano la loro attività d'impresa. Non di meno, la Corte costituzionale ha ritenuto legittime quelle norme regionali che hanno introdotto in capo alle società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizi pubblici, l'obbligo di rispettare le procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente. Nella sentenza 1° febbraio 2006, n. 29 questa ha precisato che tali norme non sono volte a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a fare applicazione del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost. rispetto a società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente private, possono essere assimilate, in relazione al regime giuridico, a enti pubblici. Soltanto di recente il legislatore statale ha imposto anche alle società pubbliche di esperire procedure concorsuali o para-concorsuali per l'assunzione di personale. Le ragioni che stanno alla base della svolta legislativa sono efficacemente illustrate nel parere del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, del 24 maggio 2010, n. 2415, sullo schema di d.P.R. recante regolamento di attuazione dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 13310. In quella sede, è stato osservato*

riferimento alle società *in house* operanti nel campo dei servizi pubblici locali, dall'art. 18, comma 1, del d.l. n. 112/2008, ed estendeva detta regola anche alle società miste (infatti, il secondo comma del medesimo art. 18 già prevedeva, in termini generali, l'obbligo per “*le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo*” di adottare, “*con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità*”, senza, tuttavia, assoggettare le società miste alle stringenti regole previste per le *in house provider*). E' importante evidenziare che

---

*che, nella logica dell'amministrazione “di risultato”, che non distingue più tra erogazioni di atti e di servizi, in quanto agisce sempre e comunque al servizio del cittadino e, con accenti tipici della società moderna, per la soddisfazione dell'utente, le società controllate dall'ente pubblico che erogano servizi pubblici devono impiegare selezioni imparziali, trasparenti, pubbliche, ancorate a sistemi oggettivi e predeterminati, a garanzia non solo di chi vi partecipa, ma anche dei terzi, destinatari dell'attività societaria. In sostanza anche per le società a partecipazione pubblica che erogano servizi d'interesse generale si pone l'esigenza di adottare procedure di assunzione idonee a selezionare secondo criteri di merito e di trasparenza i soggetti chiamati allo svolgimento dei compiti loro affidati” (cfr. De Michele A., op. ult. cit.).*

l'art. 18 del d.l. n. 112/2008 risulta tutt'ora vigente<sup>43</sup>, sebbene modificato dal d.l. n. 78/2010 (di cui si dirà nel prosieguo).

\*\*\*\*\*

### ***2.1. Le principali criticità della disciplina introdotta dall'art. 23 bis, con particolare riferimento alle società in house e miste. Cenni di diritto comparato.***

Invero, la scelta di fondo, operata dal Legislatore con la riforma introdotta dal cit. art. 23 bis, di privilegiare il ricorso al mercato a discapito dell'auto-produzione, seppur formalmente improntata al perseguimento di condivisibili esigenze di promozione della concorrenza, aveva suscitato più critiche che complimenti.

Infatti, da più parti veniva osservato, in senso critico, come la manovra di cui al cit. d.l. n. 112/2008 e succ. mod., peraltro in linea con la precedente evoluzione legislativa in argomento, risultasse preordinata a creare le condizioni per avere concorrenza per il mercato (si parla, infatti, esclusivamente di gare per l'affidamento della gestione del servizio in regime di "esclusiva"), mentre, di converso, trascurasse completamente il fondamentale obiettivo dell'innalzamento della qualità dei servizi

---

<sup>43</sup> Invero, osserva la dottrina che "resta ancora da definire il ruolo e la disciplina dei lavoratori impiegati nel comparto per i quali la regolamentazione resta quella prevista dall'art. 18 del decreto legge n. 112/2008 (convertito nella legge 133/2008)...Il tutto con evidenti e palesi contraddizioni perché si impone il predetto obbligo di applicare le regole della Pubblica Amministrazione anche alle società pubbliche. A titolo di esempio basti pensare che i dipendenti delle società in house non possono essere qualificati come soggetti appartenenti ad una Pubblica Amministrazione (anche se il capitale della società di appartenenza è interamente pubblico) dal momento che detti organismi di gestione non rientrano nella classificazione formale di ente pubblico contenuta nell'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, con l'evidente conseguenza che l'esperienza qui maturata non è equiparabile a quella tipica riconosciuta da un ente pubblico ai fini della partecipazione ad un pubblico concorso. Lo sopra evidenziata discrasia, poi, sembra essere messa ulteriormente in rilievo in applicazione della legislazione di derivazione comunitaria secondo la quale deve essere rinviata all'ISTAT l'elencazione degli enti pubblici che concorrono a formare il consolidato nazionale e, tra questi, non vi è dubbio che debbano essere incluse le aziende pubbliche e/o partecipate locali e, dunque, in particolare, le società in house" (cfr. Pani M., *I servizi pubblici locali a rilevanza economica: luci e ombre dopo il decreto legge 138/2011 e la legge di stabilità*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 12).

erogati in uno con il contenimento dei prezzi praticati all'utenza, che, invece, dovrebbe essere perseguito attraverso la creazione delle condizioni per avere concorrenza nel mercato. Invero, rispetto, ad esempio, alla proposta di disegno di legge di riforma elaborata dall'ANCI all'inizio del 2008, nell'art. 23 *bis* mancava qualsiasi riferimento alla necessità di privilegiare la regolazione concorrenziale della libera iniziativa economica privata e, solo nel caso della relativa insufficienza, ovvero per determinate tipologie di servizi, di ricorrere al conferimento della gestione del servizio in regime di esclusiva. Tali osservazioni critiche venivano, tuttavia, arginate in sede di approvazione del regolamento di attuazione, il quale sopperiva (parzialmente) alle riscontrate lacune del cit. art. 23 *bis* e succ. mod., prevedendo, all'art. 1, che *“gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio”*.

Ulteriori critiche, avanzate soprattutto da parte degli enti locali, colpivano, invece, l'opzione del Legislatore di relegare l'*in house providing* ad un ruolo del tutto marginale. Il Legislatore, con una scelta di “rottura” rispetto al passato non del tutto giustificata dalle pur condivisibili esigenze di promozione della concorrenza<sup>44</sup>, pretesamente intendeva,

<sup>44</sup> Al riguardo, è interessante notare che, secondo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *“l'in house rappresenta il tentativo di conciliare il principio di auto-organizzazione amministrativa (che trova corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale), con i principi di tutela della concorrenza e del mercato. L'Amministrazione si rivolge per reperire una determinata prestazione ad un soggetto che, pur essendo formalmente dotato di personalità giuridica diversa dall'Amministrazione stessa, è sottoposto tuttavia ad un controllo gerarchico da parte dell'ente, che può essere assimilato al controllo che l'Amministrazione esercita sulle proprie strutture interne. In virtù di tali elementi l'ente in*

infatti, subordinare la facoltà di autoprodurre (degli enti locali titolari dei servizi) alla previa verifica della sussistenza di condizioni oggettive (le peculiari caratteristiche enunciate dal cit. comma 3), ulteriori rispetto a quelle soggettive (capitale interamente pubblico, controllo analogo e attività prevalente) che, secondo consolidata giurisprudenza comunitaria, se possedute dalla società a cui si vorrebbe affidare *in house*, sarebbero suscettibili, di per sé sole, di legittimare la scelta dell'ente locale di non ricorrere al mercato concorrenziale<sup>45</sup>.

Del resto, dalla comparazione con la disciplina prevista dagli ordinamenti degli altri Stati membri emerge un'evidente distonia con il sistema italiano<sup>46</sup>.

A titolo esemplificativo, sia, infatti, sufficiente evidenziare che l'ordinamento *house non va considerato «terzo» rispetto all'Amministrazione procedente, ma piuttosto come uno dei servizi propri dell'Amministrazione stessa. In presenza di tali condizioni, quindi, non c'è neppure un contratto, perché esso implica l'esistenza di almeno due soggetti che siano sostanzialmente distinti e tra i quali vi sia una relazione intersoggettiva. C'è, al contrario, un rapporto organico o di delegazione interorganica; la delega interorganica e il conseguente rapporto di strumentalità dell'ente affidatario rispetto all'Amministrazione aggiudicatrice rendono lo svolgimento della prestazione una vicenda tutta interna alla Pubblica Amministrazione*" (cfr. deliberaz.13 gennaio 2010, n. 2).

<sup>45</sup> La giurisprudenza amministrativa precedente all'entrata in vigore del cit. art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 riteneva, infatti, "compatibile con l'ordinamento comunitario l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale a rilevanza economica ad una società con capitale interamente pubblico. Non è, infatti, vietato all'Amministrazione sottrarre al mercato attività in relazione alle quali la medesima ritenga di dover provvedere direttamente con la propria organizzazione. La disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni presuppone un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'Amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'Amministrazione Pubblica voglia, invece, ricorrere all'autoproduzione. Deve, quindi, ritenersi che la scelta di optare tra *outsourcing* e *in house providing* non sia sindacabile alla stregua del diritto comunitario" (cfr. T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407).

<sup>46</sup> E' interessante notare, su un piano generale, che "l'ordinamento italiano ha ...invertito la prospettiva rispetto all'assetto comunitario. Per quest'ultimo, i servizi pubblici locali, in ragione della loro particolare sensibilità e della contiguità alla decisione politica, costituiscono un ambito in cui è legittimo il sacrificio della concorrenza ed è ordinariamente percorribile l'organizzazione *in house*, mentre nella disciplina nazionale proprio quello dei servizi pubblici locali rappresenta il luogo di più difficile ricorso alla delegazione interorganica" (cfr. Dugato M., *Introduzione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 5).

francese, storicamente paradigma di riferimento europeo rispetto alla disciplina dei servizi pubblici, non prende posizione in ordine alla scelta, riservata alla competenza degli enti locali titolari dei servizi, in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali. Invero, la legislazione francese che, come quella italiana, attraverso un processo di “*fuga dalla municipalizzazione*”<sup>47</sup>, ha progressivamente dismesso il modello di gestione in economia e quello per il tramite di azienda speciale, allo stato attuale non contempla alcuna limitazione rispetto alla possibilità, per gli enti locali, di ricorrere al modello organizzativo dell’*in house providing*, il quale ultimo risulta, quindi, sempre praticabile, qualora l’ente locale decida discrezionalmente di optarvi.

A far tempo dall’inizio degli anni ottanta, l’ordinamento francese si è segnalato per la presenza della società mista, quale forma di gestione dei servizi maggiormente diffusa (*sociétés d’économie mixte locales*). Senonché, la pronuncia *Stadt Halle*<sup>48</sup> della Corte di Giustizia europea ha determinato una irreversibile battuta di arresto nel proliferare delle società miste. In tale occasione, infatti, il Giudice comunitario, investito di una questione pregiudiziale sull’affidamento diretto del servizio di gestione dei rifiuti ad una società mista con partecipazione maggioritaria detenuta dall’Amministrazione aggiudicatrice, ha affermato l’incompatibilità di una partecipazione azionaria privata con l’*in house*, poiché “*qualunque investimento privato in un’impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente*” rispetto a quelli pubblici e perché altrimenti si consentirebbe all’azionista di minoranza “*un vantaggio*” rispetto alle altre imprese, con conseguente violazione delle norme in materia di tutela della concorrenza. In tutta risposta, il legislatore francese ha innovativamente<sup>49</sup> introdotto, a titolo sperimentale per cinque anni a decorrere dal 2006, le “*sociétés publiques locales d’aménagement*” (S.P.L.A.), prevedendo la possibilità per

---

<sup>47</sup> La celebre espressione è stata coniata da Merusi F.

<sup>48</sup> C.G.E., sent. 11 gennaio 2005, in C-26/03.

gli enti territoriali di costituire dette società, nel quadro delle competenze loro attribuite dalla legge, a condizione che essi ne detengano la totalità del capitale e che un solo ente sia titolare della maggioranza dei diritti di voto. Un'ulteriore evoluzione si è registrata, da ultimo, nel 2010, quando il legislatore francese ha coniato il modello delle *sociétés publiques locales* (l'attuale modello *in house*, alternativo e perfettamente equivalente alle altre forme di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, a cui si faceva riferimento poc'anzi), evidentemente ispirandosi, per certi versi, ad una lettura estremamente prudente della giurisprudenza comunitaria, considerato che ha imposto agli enti locali una serie di vincoli che talora eccedono quanto risultante dalla nozione comunitaria di *in house providing*. Invero, la destinazione prevalente dell'attività nei confronti dell'Amministrazione controllante è salvaguardata dalla previsione secondo cui la società può operare esclusivamente a profitto dei soci e nei limiti del loro territorio<sup>50</sup>. La scelta è di estrema prudenza, dal momento che la giurisprudenza comunitaria non esclude l'esercizio di attività accessorie anche a favore di soggetti privati, purché avente carattere marginale e non in contrasto con gli obiettivi sociali. Per altro verso, è stato rilevato come la disciplina francese manchi del tutto di indicazioni in ordine al controllo analogo, limitandosi a rinviare agli statuti la definizione degli elementi idonei a caratterizzare detto requisito soggettivo, sicché pare che la riforma del 2010 non abbia creato degli operatori *in house* in qualsiasi circostanza, ma degli operatori suscettibili, previa adozione di talune precauzioni, di rientrare nella categoria degli operatori *in house*.

Da quanto appena esposto, si desume chiaramente che la disciplina francese – pur presentando alcuni profili di analogia con quella introdotta, in ambito nazionale, dall'art.

---

<sup>49</sup> Invero, sino ad allora la costituzione di società totalmente pubbliche era preclusa agli enti territoriali, a differenza di quanto era, invece, previsto per lo Stato.

<sup>50</sup> A ben vedere, il criterio geografico, pur non essenziale al fine di assicurare che l'attività prevalente della società sia resa in favore dei soci, può essere assunto come indice dell'assenza di una vocazione commerciale della società.

23 *bis*, ad esempio per quanto concerne la progressiva esasperazione del concetto di attività prevalente, sostanzialmente tramutato in un obbligo di attività esclusiva – è profondamente diversa da quella nazionale nell'impostazione di fondo e nella considerazione dell'*in house providing*. Invero, tale modello organizzativo non viene affatto avversato ma, anzi, allo stato attuale, è al centro di una fase di sperimentazione che, presumibilmente, porterà ad una maggiore implementazione e diffusione del modello stesso<sup>51</sup>.

Ancor più significativa risulta, poi, l'analisi dell'evoluzione dell'ordinamento anglosassone. Invero, verso la fine degli anni ottanta, sull'onda della tendenza compulsiva alla concorrenza che caratterizzava la legislazione inglese di quel periodo, venivano disposte stringenti limitazioni rispetto al ricorso all'autoproduzione dei servizi<sup>52</sup>, consistenti, in particolare, nell'introduzione obbligo, per gli enti che intendevano ricorrere a detta modalità organizzativa, di predisporre un piano tecnico/finanziario di massima che dimostrasse la convenienza della scelta di autoprodotto rispetto a quella, alternativa, di esternalizzare<sup>53</sup>. Non sorprende che la descritta politica legislativa abbia suscitato forti critiche, fondate sulla duplice considerazione secondo cui essa, in primo luogo, avrebbe compresso eccessivamente l'autonomia degli enti titolari dei servizi e, in secondo luogo, avrebbe determinato la sola applicazione del principio di economicità, relegando gli principi ad un ruolo del tutto marginale. Conseguentemente, nel 1999, il legislatore britannico abbandonava detto sistema sostituendolo con uno più complesso ed evoluto, caratterizzato da una previa

<sup>51</sup> Per un approfondimento della disciplina francese in materia di società *in house* e miste, si suggerisce la lettura di Gagliardi B., *Le sociétés publiques locales e l'in house providing alla francese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 6, 691.

<sup>52</sup> Invero, facendo riferimento alla fine degli anni ottanta, non si può parlare di *in house providing* in senso proprio, dal momento che tale modello organizzativo ha trovato una compiuta definizione solo in tempi relativamente recenti (dal 2005 in poi), grazie all'evoluzione della giurisprudenza comunitaria.

<sup>53</sup> L'analogia con il sistema delineato dai commi 3 e 4 dell'art. 23 *bis* è evidente.

valutazione complessiva delle diverse forme di gestione, fondata su una pluralità di criteri tra i quali anche (ma non solo) la promozione della concorrenza, e dal riconoscimento, agli enti locali titolari dei servizi, di una maggiore autonomia nella determinazione della modalità organizzativa di gestione dei servizi medesimi, sebbene temperata dall'attribuzione al Governo di un potere di ingerenza sulle scelte degli enti locali<sup>54</sup>.

Proseguendo nell'analisi delle principali criticità emerse in seguito alla riforma dei servizi pubblici di rilevanza economica, di cui all'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, non si può sottacere l'*iter* previsto dal comma 4 per la praticabilità dell'*in house providing*. Ad un primo esame, il procedimento preordinato all'acquisizione del parere obbligatorio, non vincolante, dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, delineato dalla disposizione in parola, sembrava rispondere ad una *ratio* analoga a quella fondante la tradizionale interpretazione giurisprudenziale dell'obbligo di motivazione gravante sull'ente, che abbia optato per l'affidamento del servizio ad un modulo societario *in house*.

Invero, in proposito, il Giudice Amministrativo aveva già avuto modo di affermare che l'ente locale, per erogare un pubblico servizio in forma societaria, deve partire da una relazione con cui confrontare i risultati economici di un ipotetico piano-programma pluriennale relativo, da un lato, ad un'azienda pubblica locale che svolga il servizio sostanzialmente *in house* e, dall'altro, ad un'eventuale concessionaria in regime di esternalizzazione. Sempre secondo detto orientamento, l'ente locale, mediante un'accurata analisi costi-benefici, sarebbe tenuto a considerare le differenze di qualità e di efficienza del servizio (del tutto trascurate dalla valutazione indicata dal cit. comma 4), nonché l'opportunità dell'ingresso di un privato nella società, nel momento in cui, in ipotesi, diventasse necessario l'apporto di determinate capacità tecnico-organizzative,

---

<sup>54</sup> Intervento diretto del Ministro competente.

nonché di risorse finanziarie<sup>55</sup>. Con la conseguente necessità, rilevata anche da autorevole dottrina<sup>56</sup>, di motivare adeguatamente, nella deliberazione di avvio della procedura costitutiva o di partecipazione alla società, l'opportunità della scelta, avendo particolare riguardo ad un confronto comparativo con gli altri possibili modi di gestione dei servizi pubblici, nonché individuando le esigenze di pubblico interesse ad essa sottese e la relativa convenienza economica<sup>57</sup>.

Senonché, diversamente dal risalente orientamento sopra esposto, che si poneva in una condizione di neutralità rispetto alle scelte dell'ente locale, purché queste fossero sufficientemente motivate, il comma 4 cit., in stretta aderenza con il disfavore nei confronti *dell'in house providing* a cui si ispirava tutta la disciplina di riforma contenuta nel cit. art. 23 *bis*, rappresentava più che altro una sorta di deterrente rispetto all'intenzione dell'ente di affidare *in house*. Al riguardo, la dottrina sottolineava che, per ricorrere al modello *in house*, l'ente locale avrebbe dovuto superare quella che poteva definirsi una "*probatio diabolica*"<sup>58</sup>, precipuamente considerando che l'atto deliberativo dell'ente locale avrebbe dovuto fondarsi sulla comprovata sussistenza di circostanze eccezionali suscettibili di compromettere il ricorso al mercato – prova particolarmente

<sup>55</sup> Cons. Stato, n. 130/1985.

<sup>56</sup> Invero, "*al momento di scegliere la forma di gestione di un servizio pubblico, previa valutazione comparativa tra quelle previste dalla legge, l'ente locale deve sempre motivare le scelte che concretamente effettua. In caso di affidamento in house è sempre necessaria la motivazione della scelta amministrativa: e infatti, se è vero che può pure rivelarsi non necessaria un'apposita e approfondita motivazione della scelta finale in questo senso eseguita, è altrettanto vero che, nella fase precedente alla manifestazione della propria scelta finale, la P.A. deve dimostrare non solo la sussistenza dei presupposti richiesti per l'autoproduzione, ma anche la convenienza rispetto all'affidamento della gestione del servizio a soggetti terzi, perché, in difetto, la scelta sarebbe del tutto immotivata e contraria al principio di buona amministrazione cui deve conformarsi l'operato della P.A.*" (cfr. Romano A., voce *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Digesto disc. pubb.*, II ed., UTET, Torino, 1987, 31).

<sup>57</sup> Cons. Stato, n. 374/1990.

<sup>58</sup> Cfr. Giliberti B., Perfetti L.R. e Rizzo I., op. cit., 262; secondo gli Autori, "*sarebbe stato, forse, più coerente per il Legislatore eliminare completamente tale modulo organizzativo, invece di offrire alle Amministrazioni locali la possibilità di adoperarlo...a condizioni impossibili*".

ardua se si tiene in considerazione la natura economica e, quindi, potenzialmente reddituale dei servizi disciplinati dal cit. art. 23 *bis* – e che lo stesso atto risultava, altresì, subordinato al previo parere favorevole dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato (notoriamente poco incline a tollerare detta tipologia di affidamento). Su un piano di opportunità, si evidenziava come sarebbe stato forse più coerente, per il Legislatore nazionale, eliminare il modulo organizzativo dell’*in house providing* dalle forme di gestioni “generaliste”, prevedendolo esclusivamente per determinate tipologie di servizi, invece di subordinare il ricorso all’istituto a condizioni praticamente impossibili (la cui riscontrata carenza pareva, peraltro, suscettibile di determinare la responsabilità amministrativa degli Amministratori pubblici, che avessero optato per l’affidamento *in house*, in assenza dei relativi presupposti).

Sia consentito, altresì, osservare, in senso critico, che il legislatore, anziché subordinare la possibilità del ricorso all’*in house providing* alla “mera” sussistenza delle condizioni oggettive indicate dal comma 3, avrebbe potuto configurare l’attività consultiva dell’Autorità come una valutazione di più ampio respiro, ad esempio, demandando all’A.G.C.M. il compito di verificare se ciascuna ipotesi di affidamento *in house* prospettata dagli enti locali fosse effettivamente suscettibile di soddisfare gli specifici bisogni della comunità amministrata, eventualmente garantendo risultati qualitativamente superiori, per fruibilità ed efficienza dei servizi, rispetto all’opposta ipotesi di esternalizzazione. Ci si chiede, quindi, se non fosse più opportuno prevedere una pluralità di parametri valutativi aventi ad oggetto anche profili diversi da quello strettamente concorrenziale, eventualmente prevedendo anche forme di monitoraggio sulle gestioni *in house* in corso, in modo tale da valutare il relativo impatto sulla gestione dei servizi sia *ex ante* che *ex post*.

Relativamente, invece, alle società miste, le principali annotazioni dei commentatori si appuntavano, in particolare, sulla volubilità del legislatore che, in meno di dieci anni, era passato dal configurarle come forme di gestione diretta dei servizi da parte dell'ente locale<sup>59</sup> a forme di gestione indiretta<sup>60</sup>, in tutto e per tutto equiparate all'esternalizzazione a mezzo gara<sup>61</sup>. Non par dubbio che, nell'operare detta "trasformazione identitaria" delle società miste, il legislatore abbia inteso conseguire l'effetto primario di inserire il socio privato nella gestione del servizio<sup>62</sup>, plausibilmente ritenendo più opportuno fare ricorso al *know how* e alle dotazioni organiche e strumentali dei soggetti privati, anziché attingere da quello pubblico, come invece era previsto all'indomani dell'introduzione della società per azioni tra i modelli di gestione dei servizi pubblici locali<sup>63</sup>. Senonché, a seguito di tale radicale mutamento di prospettiva, è emersa

<sup>59</sup> Il riferimento è, evidentemente, alla disciplina del previgente art. 113 T.U.E.L. che consentiva l'affidamento diretto dei servizi alle società miste a condizione che il socio privato fosse stato selezionato con procedura ad evidenza pubblica.

<sup>60</sup> A seguito delle modifiche apportate all'art. 23 *bis* dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009, volte a ricondurre la società mista nell'ambito della forma "ordinaria" di gestione attraverso la loro piena equiparazione all'esternalizzazione a mezzo gara.

<sup>61</sup> Attenta dottrina ha efficacemente rilevato, in proposito, che "*il modello societario, da sistema di partenariato pubblico-privato è divenuto sistema di esternalizzazione dell'attività pubblica. Confinare le società in house entro limiti assai più ristretti di quelli del recente passato, la partecipazione del privato nelle società miste non rappresenta più l'affiancamento di risorse professionali e finanziarie esterne a quelle pubbliche, ma il titolo giuridico di immissione del privato nella gestione di servizi ed attività*" (cfr. Dugato M., op. ult. cit., 10).

<sup>62</sup> A ciò si correla evidentemente la prevista attribuzione di compiti operativi al socio privato.

<sup>63</sup> Ci si riferisce alla disciplina a suo tempo introdotta dall'art. 22 della legge n. 142 del 1990, che, per la prima volta, annoverava le società per azioni tra le forme di gestione dei servizi pubblici locali. Invero, in base a tale disposizione, era previsto che la partecipazione pubblica nelle società miste costituite per la gestione dei servizi pubblici locali dovesse essere prevalente (ossia, maggioritaria). Del resto, l'intervento legislativo del 1990 si inseriva in un contesto di progressiva privatizzazione (prima formale e, poi, solo con l'avvento delle società miste, sostanziale) delle forme di gestione, in cui il modello di gestione più diffuso era certamente l'azienda municipalizzata. Da qui, l'esigenza di valorizzare il *know how* e le dotazioni pubbliche attraverso l'ingresso di capitali privati. Senonché, il contesto è radicalmente mutato in meno di dieci anni, e il legislatore, con la riforma del 2008, ha completamente cambiato prospettiva, sostanzialmente invertendo i ruoli tra pubblico e privato.

una preoccupante distonia – invero, non risolta nemmeno successivamente all’approvazione dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011, di cui si dirà nel prosieguo – che viene in rilievo ove si consideri che, da una parte, il socio privato è chiamato a gestire il servizio direttamente (socio privato “operativo”) e, conseguentemente, a sostenere le responsabilità derivanti da tale gestione, mentre, dall’altra parte, il socio pubblico mantiene un ruolo privilegiato all’interno della società mista, considerato che continua ad esercitare un’influenza dominante sulla società stessa, configurandosi come socio e, al tempo stesso, regolatore esterno<sup>64</sup>. L’asimmetria di ruoli e la disparità di trattamento sono evidenti. Tuttavia, mentre ciò era giustificato, nel vigore della precedente disciplina, dalla circostanza che il socio pubblico era anche impegnato direttamente nella gestione, attualmente non lo è più, considerato che i compiti operativi connessi alla gestione del servizio sono di competenza del socio privato, come da espressa previsione legislativa, ed anzi, rischia di trasformarsi in un deterrente per gli operatori privati potenzialmente qualificati a concorrere alle gare per la costituzione dei moduli societari a partecipazione mista.

Per altro verso, ulteriori perplessità si appuntavano sulla circostanza che l’ordinamento nazionale<sup>65</sup> disciplina le società miste come organismi “dedicati”, che

---

<sup>64</sup> Ci si riferisce, ovviamente, al ruolo di regolatore esterno svolto dall’ente locale titolare del servizio. Ossia, del soggetto pubblico che, dopo aver stipulato il contratto di servizio con la società mista costituita per la gestione del servizio, svolge compiti di vigilanza e controllo rispetto al corretto svolgimento del servizio medesimo. Del resto, lo stesso ente locale, in qualità di socio pubblico della società mista, esercita, altresì, un controllo interno alla società. Considerato che la gestione operativa del servizio è sostanzialmente affidata al socio privato, il socio pubblico, anziché rivestire il ruolo di amministratore, potrebbe, ad esempio, ritenere preferibile avocarsi la nomina del consiglio di sorveglianza.

<sup>65</sup> Il riferimento è, ovviamente, all’art. 23 *bis* e al relativo regolamento di attuazione, ma le considerazioni espresse possono essere estese, per analogia, anche alla “nuova” disciplina introdotta dall’art. 4 del d.l. n. 138/2011 (di cui si dirà nel prosieguo), considerato che tale ultimo intervento legislativo ha riproposto le medesime regole già previste dalla precedente normativa con riferimento al fenomeno delle società miste costituite per la gestione di servizi pubblici locali.

perseguono un obiettivo predefinito e sostanzialmente immutabile nel corso della loro vita, e, nel contempo, dispone l'attribuzione al socio privato degli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, configurandolo, in tal modo, quale gestore "materiale" del servizio. Conseguentemente, ci si chiedeva quale fossero le ragioni di opportunità che avrebbero potuto indurre gli enti locali ad optare per l'affidamento a società mista, considerata la sostanziale analogia con l'esternalizzazione a mezzo gara e posto che i costi necessari per la costituzione della società mista risultano decisamente più elevati di quelli occorrenti per il mero affidamento a terzi della gestione<sup>66</sup>. Invero, prima di rispondere a tale quesito occorre, altresì, considerare che, al momento in cui venivano sollevati detti dubbi, era ancora controversa l'applicabilità, alle società miste costituite tramite gara a doppio oggetto, dei limiti legislativi alla capacità di azione degli affidatari diretti imposti dal comma 9 del cit. art. 23 *bis*<sup>67</sup>. Chiarita definitivamente l'inapplicabilità di detti limiti legislativi alle società miste costituite ai sensi della nuova disciplina e accertata, quindi, la loro piena capacità imprenditoriale anche rispetto allo svolgimento di attività al di fuori del territorio degli enti locali soci, si è formato il convincimento che la società mista, oltre all'affidamento già conseguito in sede di costituzione (tramite gara a doppio oggetto) della società stessa, ha facoltà di mettere a frutto l'esperienza derivante dalla sinergia pubblico-privato, potendo muoversi nel mercato per acquisire nuovi affidamenti in altri ambiti territoriali attraverso la

---

<sup>66</sup> In tale prospettiva, viene in rilievo (in senso ostativo rispetto all'affidamento a società mista) quanto evidenziato dall'Adunanza Plenaria con la nota pronuncia n. 1 del 2008, relativamente alla sussistenza dell'obbligo, in capo all'ente locale affidante, di dare dimostrazione (mediante analisi finanziarie comparate) della convenienza dell'ipotizzata costituzione di una società mista rispetto alle altre alternative possibili (*in house providing* e esternalizzazione a mezzo gara).

<sup>67</sup> L'argomento verrà approfonditamente esaminato nel prosieguo. Relativamente alla presente questione, sia sufficiente ricordare che il cit. comma 9 impone sostanzialmente agli affidatari diretti l'obbligo di attività esclusiva, con espresso divieto di svolgere qualsivoglia attività ulteriore, sia nei confronti di soggetti pubblici, che privati.

partecipazione alle gare. Di talché, il modello organizzativo della società mista costituita mediante gara a doppio oggetto – introdotto dall’art. 23 *bis* e dal relativo regolamento di attuazione e, poi, confermato dalla nuova disciplina (art. 4 del d.l. n. 138/2011), di cui si dirà nel prosieguo – risulta caratterizzato da un *quid pluris* rispetto all’esternalizzazione a mezzo gara, che si sostanzia proprio nella possibilità, per l’entità a capitale misto, di espandere la propria attività al di fuori dei confini territoriali degli enti locali soci.

Su un piano di legittimità, la manovra di riforma introdotta dal più volte cit. art. 23 *bis* veniva accolta dalle Regioni e dagli enti locali come una “indebita invasione di campo” del Legislatore statale nell’esercizio della potestà degli enti territoriali di organizzarsi autonomamente, al fine di esercitare al meglio i relativi compiti e funzioni istituzionali, assumendosi tale potestà quale prerogativa – sia sul piano costituzionale del riparto delle competenze, che su quello dei principi comunitari – inviolabile ed intangibile.

Rilevanti dubbi di legittimità costituzionale riguardavano, segnatamente, il comma 3 dell’art. 23 *bis* nella parte in cui introduceva un modello alternativo, obbligatorio, di gestione per i servizi pubblici che risultavano, in concreto, caratterizzati da elementi suscettibili di escludere un mercato di riferimento. In particolare, (una delle) tesi che sosteneva(no) l’incostituzionalità della disposizione *de qua* prendeva le mosse dalla considerazione in base alla quale le condizioni a cui risultava subordinata la percorribilità dell’affidamento *in house*, e cioè l’assenza di un mercato di riferimento e la perdita, in concreto, della rilevanza economica del servizio, sembravano negare lo stesso titolo di competenza legislativa evocato dal Legislatore statale, dal momento che la “*tutela della concorrenza*” si giustifica solo in presenza di attività che hanno un mercato di riferimento. Conseguentemente, considerato che il Legislatore statale può legiferare fino a quando il servizio pubblico locale presenti in astratto e in concreto una rilevanza

economica, i fautori della tesi in parola sostenevano che solo il Legislatore regionale avrebbe potuto intervenire per dettare la disciplina dei servizi pubblici locali privi di rilievo economico *ab origine* ovvero privi, per situazioni di fatto contingenti e concrete, di un mercato di riferimento.

\*\*\*\*\*

***3. La previgente disciplina del periodo transitorio degli affidamenti, di cui all'art. 23 bis, comma 8, del d.l. n. 112/2008, e la certezza del diritto rispetto alle gestioni in corso: il caso delle società in house.***

La disposizione di cui al comma 8 dell'art. 23 *bis*, come sostituita dall'art. 15, comma 1, lett. d), del d.l. n. 135/2009, recante disciplina del periodo transitorio degli affidamenti non conformi<sup>68</sup>, non pareva del tutto conforme al principio di certezza del diritto alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia CE, secondo cui tale principio “*non soltanto consente, ma anzi esige che la risoluzione di un rapporto preesistente all'entrata in vigore di una nuova normativa sia corredata da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, che dal punto di vista economico*”<sup>69</sup>. Del resto, dall'esame della pronuncia della Corte, si desume chiaramente che le misure finalizzate a promuovere e tutelare la concorrenza non devono necessariamente interessare i rapporti in corso. Inoltre, qualora il Legislatore intenda intervenire sui rapporti di durata, è, comunque, tenuto ad rispettare il principio di ragionevolezza.

---

<sup>68</sup> In proposito, si segnalano: Giliberti B., *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, in *Urb. e app.*, 2009, 2, 146; e Tassarolo C., *Il regime transitorio nel nuovo sistema dei servizi pubblici locali*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 1.

<sup>69</sup> C.G.E., Sez. II, 17 luglio 2008 in C-347/06.

A seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 135/2008, il periodo transitorio disciplinato dal cit. comma 8 dell'art. 23 *bis* risultava calibrato sulla base di *“una direttrice di riforma incentrata, per un verso, sull’individuazione di nuovi termini di durata dello stesso e, per altro, sulla introduzione di un meccanismo premiale (che consente il mantenimento dell’affidamento fino al termine di naturale scadenza) in caso di dismissione di parte della partecipazione pubblica secondo regole di mercato”*<sup>70</sup>. In particolare, era previsto che *“le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 (ossia, alla data di entrata in vigore della legge n. 133 del 2008 di conversione del d.l. n. 112/2008; n.d.r.) affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta “in house” cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell’ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le Amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2”*. Nessuna deroga era, invece, prevista per le società miste costituite senza previo espletamento della gara *“a doppio oggetto”*; la lett. b) del medesimo comma 8 disponeva, infatti, che *“le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011”*. Ancora, il medesimo comma 8 (lett. d)), prevedeva un meccanismo premiale con riferimento agli affidamenti diretti disposti a favore di società quotate quotate, a mente del quale *“gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1°*

---

<sup>70</sup> Giliberti B., Perfetti L.R. e Rizzo I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. n. 135/2009* cit., 264.

*ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015".* A chiusura del sistema, la lett. e) del più volte cit. comma 8 chiariva che *"le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante"*.

Invero, la disposizione *de quo*, che pure si inseriva nella stratificazione delle discipline transitorie che succedutesi negli ultimi anni, pareva mortificare oltremodo le legittime aspettative di natura economica della società che gestiscono i servizi, prevedendo arbitrariamente la scadenza a data fissa degli affidamenti, senza tenere minimamente in considerazione la necessaria esigenza di prevedere termini differenziati, suscettibili di consentire, in concreto, l'ammortamento degli investimenti realizzati dai gestori.

Sotto altro profilo, la disposizione di cui al cit. comma 8 pareva contrastare con gli stessi indirizzi comunitari in materia di tutela della concorrenza. I sostenitori dell'illegittimità costituzionale della disposizione *de qua* si chiedevano, infatti, perché alcune gestioni, che la disposizione medesima definiva *"affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta in house"*, dovessero necessariamente

cessare entro il 31 dicembre 2011, a meno che non si trasformassero in affidamenti a società miste con partecipazione privata non inferiore al 40% del capitale sociale.

La profonda contraddizione della disposizione in parola si coglieva proprio avendo riguardo alla circostanza che il Legislatore, “*in applicazione della disciplina comunitaria*” e al fine di favorire il mercato concorrenziale, sacrificava una formula organizzativa (*l’in house providing*) coniata in ambito comunitario secondo modelli ritenuti compatibili proprio con tale esigenza. D’altronde, come è noto, secondo l’insegnamento della Corte di Giustizia CE, il fenomeno dell’autoproduzione è estraneo alla materia della concorrenza ed alternativo rispetto all’esternalizzazione, con l’effetto che solo in questo secondo caso è necessario rispettare le regole poste a tutela della concorrenza. Di talché, la scelta organizzativa tra le due opzioni dovrebbe essere demandata in via esclusiva all’ente locale titolare delle funzioni, senza alcuna ingerenza, da parte del legislatore, finalizzata a determinare l’apertura a capitali privati, attraverso la cessione di quote societarie, peraltro in misura predeterminata, e la conseguente trasformazione delle società *in house* in società miste<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> In proposito, si segnala un recente ed interessante arresto della Suprema Corte (Cass. civ., 2 agosto 2011, n. 16856), avente ad oggetto una questione relativa alla scelta del socio post-affidamento e conseguente individuazione del Giudice munito di giurisdizione. In tale circostanza, la Corte nomofilattica ha preso in esame la società mista, quale figura fondamentale del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, precisando che l’individuazione del socio va svolta con gara quale che sia il momento in cui ciò avviene in rapporto alla costituzione della società stessa. In particolare, qualora detto socio non sia un mero finanziatore e presenti le caratteristiche di un socio “operativo” o “industriale”, è indubbio che, attraverso la sua partecipazione al capitale sociale, si realizzi anche un parallelo fenomeno di circolazione dell’affidamento. Ricorre, pertanto, in tale ipotesi, l’esigenza di osservare i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza immanenti in ogni vicenda in cui si abbia l’attribuzione, all’esterno del circuito pubblicistico, di un’utilità economicamente valutabile, con conseguente attribuzione della cognizione delle eventuali controversie al Giudice Amministrativo. Ciò nondimeno, la Corte, in piena adesione all’interpretazione suggerita dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, ritiene estranee alla giurisdizione del G.A. le ipotesi non configurabili rigorosamente come PPPI, quindi ogni altra vicenda in cui una società affidataria di un servizio riceva apporti al proprio capitale da parte di soggetti privati che siano meri finanziatori, ossia non aventi le caratteristiche di soci industriali, i

Sia, altresì, consentito rilevare che il cit. comma 8 suscitava ulteriori dubbi di legittimità costituzionale, in quanto i relativi contenuti parevano esorbitare dalla materia trasversale della tutela della concorrenza, finendo, quindi, con l'invadere la competenza legislativa regionale, nonché l'autonomia amministrativa riservata agli enti locali. Infatti, se è vero che spetta allo Stato la disciplina di determinati aspetti dei servizi pubblici locali di rilievo economico in virtù del titolo di competenza "tutela della concorrenza", è altrettanto vero che, secondo la giurisprudenza costituzionale (in particolare, sentenza n. 272/2004), tale disciplina deve rispettare i criteri di proporzionalità ed adeguatezza delle misure introdotte rispetto ai fini (pro-concorrenziali) perseguiti e, comunque, non può mai essere così dettagliata da risultare auto-applicativa, escludendo qualsiasi successivo intervento regionale e locale.

\*\*\*\*\*

#### **4. La sentenza n. 325/2010 della Corte Costituzionale.**

Come si è poc'anzi anticipato, la manovra di riforma introdotta dal più volte cit. art. 23 *bis* veniva accolta dalle Regioni come una "indebita invasione di campo", con la conseguenza che alcune di esse (in particolare, Puglia, Emilia Romagna, Piemonte, Liguria, Marche e Umbria), in sede di impugnazione diretta *ex art. 127 Cost.*, sollevavano numerose censure di legittimità costituzionale avverso il già cit. art. 23 *bis* del d.l. n.

---

quali comunque non partecipino direttamente alla gestione o allo svolgimento del servizio affidato, rientrandosi, in tali casi, nella cognizione del Giudice Ordinario. Di talché, è possibile notare che le eventuali controversie aventi ad oggetto la cessione delle partecipazioni nelle società *in house* sarebbero (è bene evidenziare che il comma 8 dell'art. 23 *bis* è rimasto quasi completamente inattuato, a seguito dell'abrogazione dell'intera disposizione per effetto del *referendum* del 12-13 giugno 2011, di cui si dirà nel prosieguo) state devolute alla cognizione del Giudice Amministrativo, dal momento che scopo ultimo della cessione era proprio quello di determinare l'ingresso in società di un socio privato "operativo" (da cui, il riferimento alle modalità indicate dal comma 2, lett. b), del medesimo art. 23 *bis*). Per un utile approfondimento delle questioni di giurisdizione relative alle controversie in materia di cessione di partecipazione societarie pubbliche a soggetti privati, si segnala la lettura di Ponte D., *Scelta del socio post-affidamento e giurisdizione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2011, 11, 1299.

112/2008, nonché avverso il successivo art. 15 del d.l. n. 135/2009 (modificativo del primo), per presunta violazione degli artt. 114, 117 e 118 Cost.

Con la sentenza n. 325/2010, la Corte Costituzionale, investita della questione di costituzionalità delle sopra cit. norme, accertava la legittimità costituzionale e la compatibilità con l'ordinamento comunitario della riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, introdotta con il più volte cit. art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 (e succ. mod.).

La Corte sottolineava, in primo luogo, come la disposizione in parola (art. 23 *bis*), pur prevedendo condizioni ulteriori e più restrittive per l'affidamento di detti servizi rispetto a quelle individuate dall'ordinamento comunitario<sup>72</sup>, non si ponesse in contrasto

---

<sup>72</sup> Secondo attenta dottrina, “*i principali profili di diversità della disciplina “interna” rispetto a quella comunitaria attengono principalmente a tre profili. a) La prima differenza attiene alla ammissibilità della gestione diretta del SPL da parte dell'autorità pubblica: la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via eccezionale e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale; lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei SPL ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto. La seconda differenza riguarda l'affidamento della gestione del servizio alle società miste, con capitale pubblico-privato (cosiddetto PPP, partenariato pubblico e privato). La normativa comunitaria consente l'affidamento diretto del servizio (cioè una gara ad evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario) alle società miste nella quali si sia svolta una gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato e richiede sostanzialmente che tale socio sia un socio “industriale” e non meramente “finanziario” (in tal senso, in particolare, il Libro verde della Commissione del 30 aprile 2004), ma non richiede espressamente alcun limite, minimo o massimo, riguardo la partecipazione del socio privato. ... La terza differenza concerne le ipotesi di affidamento diretto del servizio (la gestione cd. in house), che l'ordinamento comunitario consente, in via di eccezione, nella sussistenza delle condizioni (capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante all'affidatario di “contenuto analogo” a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante) che consentono di configurare, nella sostanza, l'affidatario quale longa manus dell'ente affidante. Per la nuova disciplina “interna”, l'affidamento in house costituisce una “deroga” alle ipotesi di affidamento in via ordinaria che richiede, oltre alla sussistenza delle condizioni poste dal diritto comunitario, le ulteriori condizioni individuate dai commi 3, 4 e 4 bis dell'art. 23 bis” (cfr. Musolino S., *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urb. e app.*, 2011, 1, 48).*

con questo, integrando *“una delle diverse discipline possibili della materia che il Legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare”* la normativa comunitaria e il primo comma dell’art. 117 Cost. In particolare, secondo la Corte, dovevano ritenersi compatibili le limitazioni introdotte dal comma 3 dell’art. 23 *bis*, in quanto la restrizione delle ipotesi in cui si consentiva il ricorso alla gestione *in house* dei servizi risultava funzionale a ridurre le possibilità di *“derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell’affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica”*. Parimenti, veniva ritenuta pienamente compatibile con l’ordinamento comunitario la disciplina dettata dal comma 2 del medesimo art. 23 *bis*, nella parte in cui consentiva l’affidamento diretto della gestione del servizio, *“in via ordinaria”*, ad una società mista, al ricorrere delle seguenti tre condizioni: a) la scelta del socio privato doveva avvenire *“mediante procedure competitive ad evidenza pubblica”*; b) a tale socio dovevano essere affidati *“specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio”*; c) al socio privato doveva essere attribuita *“una partecipazione non inferiore al quaranta per cento”*. Infatti, secondo la Consulta, tale disposizione, pur discostandosi dal diritto comunitario nel prevedere una misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, ma nemmeno vietata) si risolveva in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento diretto del servizio e, quindi, perveniva al risultato di far espandere i casi di applicazione della regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica.

Sotto altro profilo, la Corte – prendendo le mosse dal presupposto che la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica rientra nella materia *“tutela della concorrenza”*, attribuita dall’art. 117, comma 2, lett. e), Cost. alla competenza legislativa esclusiva del legislatore statale – affermava la prevalenza della competenza legislativa dello Stato in detta materia sulle

competenze legislative e regolamentari delle Regioni e degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l'oggetto e gli scopi che caratterizzano la disciplina degli affidamenti *“attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza”*. La Consulta respingeva, quindi, le censure di irragionevolezza rivolte alla nuova disciplina dell'affidamento dei servizi, sul presupposto che questa non impediva del tutto all'ente pubblico la gestione di un servizio pubblico locale, negandogli ogni possibilità di svolgere la sua *“speciale missione pubblica”*, ma trovava, tra i molti possibili, un punto di equilibrio rispetto ai diversi interessi operanti nella materia in esame. Inoltre, secondo la Corte, doveva ritenersi ragionevole e, quindi, legittima la previsione del regime transitorio introdotto dal comma 8 del cit. art. 23 bis, in quanto *“il margine temporale concesso dalla normativa statale per la cessazione degli affidamenti diretti esistenti è congruo e proporzionato all'entità e agli effetti delle modifiche normative introdotte”*. Pertanto, *“va esclusa la possibilità di invocare quell'incolpevole affidamento del gestore nella durata del contratto di servizio che, solo, potrebbe determinare una possibile irragionevolezza della norma”*.

Per altro verso, con la cit. pronuncia n. 325/2010, la Corte precisava cosa debba intendersi per *“rilevanza economica”* dei servizi. In particolare, la Consulta rigettava la censura con la quale le Regioni ricorrenti avevano contestato la competenza statale nel determinare a priori la rilevanza economica di un servizio, rivendicando la competenza propria e degli enti locali in ordine a siffatta valutazione, da esercitare caso per caso, secondo le esigenze concrete. Secondo la Corte, la valutazione in parola non spetta né allo Stato, né tantomeno agli enti infrastatali, trattandosi di competenza esclusiva dell'ordinamento comunitario. Conseguentemente, occorre fare riferimento alla nozione comunitaria di *“interesse economico generale”* elaborata dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea, secondo cui con tale espressione *“si intende*

*un interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato», anche potenziale (sentenza Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, par. 2.3, punto 44) e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi. Si tratta dunque di una nozione oggettiva di interesse economico, riferita alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente, reale o potenziale”.* Invero, in base a tali indicazioni, che inducevano peraltro la Corte a ricondurre il servizio idrico integrato nel novero dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (indipendentemente dalla modalità gestoria prescelta), il Giudice delle leggi accoglieva una nozione di rilevanza economica talmente ampia da risultare tendenzialmente onnicomprensiva, dal momento che praticamente tutti i servizi remunerati direttamente dall'utenza possono, in ipotesi, essere collocati su un mercato potenziale.

Inoltre, la Corte accertava la legittimità della previsione di cui al comma 4 *bis* dell'art. 23 *bis*, introdotto dall'art. 15, comma 1, del d.l. n. 135/2009, che rimetteva alla sede regolamentare la definizione delle soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere dell'A.G.C.M. previsto dal comma 4, negando che esse possano essere determinate in sede regionale. Osservava la Corte come le soglie in questione attengano alle modalità di affidamento de servizi pubblici locali, afferendo pertanto alla materia della “tutela della concorrenza”, con conseguente inapplicabilità del divieto posto dall'art. 117, sesto comma, Cost.

L'unica censura regionale accolta riguardava la previsione dell'assoggettamento

dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, la cui attuazione il comma 10, lett. a), aveva delegato al regolamento governativo. Osservava, in proposito, la Corte che l'ambito di applicazione del patto di stabilità attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (sentenze n. 284 e n. 237 del 2009; n. 267 del 2006), di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale. Non era, pertanto, consentito al Legislatore statale rimettere la disciplina ad una fonte regolamentare, ostando la disposizione di cui all'art. 117, comma 6, Cost., che limita la potestà regolamentare dello Stato alle sole materie di competenza esclusiva.

\*\*\*\*\*

***5. Le principali innovazioni legislative introdotte dalla manovra finanziaria per il 2010 in materia di società a partecipazione pubblica.***

Un cenno a parte merita l'impatto della manovra finanziaria, di cui al d.l. 31 maggio 2010, n.78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, sulle partecipazioni societarie detenute dalle Pubbliche Amministrazioni.

Rileva, in primo luogo, la disposizione contenuta nell'art. 6, comma 6, del cit. d.l. n. 78/2010, che prevede la riduzione, nella misura del 10%, dei compensi dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società inserite nel conto economico della Pubblica Amministrazione (come individuate dall'ISTAT ai sensi dell'art.1, comma 3, della legge n.196/2009), nonché delle società a partecipazione pubblica, anche indiretta (alla luce delle modifiche introdotte in sede di maxi-emendamento), totalitaria, ad eccezione delle società quotate in mercati regolamentati. La disposizione in parola si applica, quindi, a tutte le società *in house*, nonché alle altre società interamente pubbliche (anche a prescindere dalla sussistenza dei requisiti previsti per l'*in house providing*), che siano partecipate direttamente o indirettamente da soggetti pubblici.

Il comma 19 del cit. art.6 impone, poi, a tutti i soggetti pubblici individuati nell'elenco ISTAT delle Pubbliche Amministrazioni (fra i quali, Regioni, Province, Comuni, Comunità montane e Unioni di Comuni) il divieto di effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, nonché di rilasciare garanzie a favore delle società partecipate (a prescindere dalla misura della partecipazione), non quotate, *“che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali”* (cfr. art.6 cit., comma 19). A prescindere dalla circostanza che il titolo di competenza legislativa esercitato, nel caso di specie, dal legislatore statale non pare correttamente individuato dal generico riferimento ai *“principi nazionali e comunitari in termini di economicità e di concorrenza”*, che suggerirebbero il perseguimento di una *“maggiore efficienza delle società pubbliche”* (considerato peraltro che la disposizione non si preoccupa di delimitare il relativo ambito di applicazione, facendo riferimento alla natura e al campo di azione delle società a partecipazione pubblica, come, invece, sarebbe stato opportuno fare in considerazione degli insegnamenti della Corte Costituzionale, con ciò finendo probabilmente per disciplinare anche ambiti di attività riservati alla competenza del legislatore regionale), occorre evidenziare che la disposizione in parola ammette due deroghe. La prima, maggiormente rilevante, riguarda le società costituite o partecipate al fine di svolgere servizi di pubblico interesse ovvero di realizzare investimenti, rispetto alle quali sono ancora consentiti i trasferimenti sopra descritti. A ben vedere, la deroga è estremamente ampia, in quanto la nozione di *“servizi di pubblico interesse”* (anche alla luce delle definizioni fornite dal diritto comunitario), vale certamente a ricomprendere al proprio interno tutto il novero dei servizi pubblici locali (con e senza rilevanza economica), nonché gli ulteriori servizi finalizzati a soddisfare esigenze di interesse generale. La seconda, a carattere particolare, riguarda, invece, la possibilità di

autorizzare, a fronte di imprescindibili esigenze tassativamente enunciate, trasferimenti di denaro che altrimenti sarebbero vietati.

Per quanto riguarda le misure finalizzate alla riduzione delle spese di personale, viene, in primo luogo, in rilievo la disposizione di cui all'art.14, comma 7, del d.l.n.78/2009 (che sostituisce l'art.1, comma 557, della legge n.296/2006), che colpisce le società *in house* affidatarie dirette di servizi pubblici locali, in quanto assoggettate al patto di stabilità interno (in un primo momento, per effetto di quanto disposto dall'art.5 del regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* del d.l.n.112/2008, ed attualmente, ai sensi di quanto previsto dall'art. 4, comma 14, del d.l. n. 138/2011). In secondo luogo, i limiti in materia di assunzione di personale dettati dal comma 9 del cit. art.14 (che sostituisce il comma 7 dell'art.76 del d.l. n. 112/2008, relativo alle *“spese di personale per gli enti locali”*) parrebbero doversi applicare *“anche alla società a partecipazione pubblica locale o totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT ai sensi del comma 5 dell'art.1 della legge 30 dicembre 2004, n.311”*, in virtù di quanto disposto dall'art.18, comma 2 *bis*, del d.l. n. 112/2008.

Da ultimo, occorre esaminare la disposizione<sup>73</sup> contenuta nell'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010 (come, da ultimo, modificata dall'art. 16, comma 13, del d.l. n.

---

<sup>73</sup> Al riguardo, si veda: Archimi L. e Sileoni S., *Le partecipazioni dei Comuni nelle società che gestiscono i servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'art. 14, c. 32, del d.l. 78/2010 ed il principio di specialità dell'art. 23 bis, c. 2, lett. b), e c. 3 del d.l. 112/2008 in subiecta materia*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 11.

138/2011, ai sensi della quale, “fermo quanto previsto dall’art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2012 i Comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite: a) abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell’obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2011 i predetti Comuni mettono in liquidazione le società già costituite”. A seguito delle modifiche apportate dall’art. 20, comma 13, del d.l. n. 98/2011, con cui il Legislatore ha disposto l’abrogazione dell’ultimo periodo del cit. art. 14, comma 32, del d.l. n.78/2010 (a sua volta, introdotto dal relativo maxi emendamento), il quale prevedeva che “con decreto del Ministro per i rapporti con le Regioni, di concerto con i Ministri dell’economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono determinate le modalità attuative del presente comma, nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione”, pare doversi ritenere che la disposizione in esame sia automaticamente applicativa, ossia che risulti, senz’altro,

suscettibile di vincolare gli enti locali in ordine alla cessione delle relative partecipazioni “vietate”.

Dalla collocazione sistematica della disposizione è possibile evincere che la stessa si pone in relazione con la previsione dell’obbligo di esercizio associato delle funzioni fondamentali nei confronti dei Comuni più piccoli e risulta finalizzata a contenere il numero di società partecipate dagli enti locali minori.

Le conseguenze discendenti dalla disposizione in esame sono particolarmente significative sia sotto il profilo quantitativo (rispetto, all’elevato numero di partecipazioni “vietate”, che i Comuni dovranno dismettere), che sotto il profilo qualitativo (in particolare, dell’influenza dei Comuni sulle grandi società che operano nel campo dei servizi pubblici locali). In relazione a quest’ultimo aspetto, si evidenzia, infatti, che la disposizione non esclude dal relativo campo di applicazione le partecipazioni dei Comuni in società quotate, con la conseguenza che il procedimento di dismissione parrebbe dover riguardare anche le partecipazioni nelle *multiutilities*.

La prima considerazione critica che è opportuno svolgere relativamente alla disposizione in parola è che essa segue un gruppo di norme (commi da 26 a 31 dell’art. 14 cit.) “*dirette ad assicurare il coordinamento della finanza pubblica e il contenimento delle spese per l’esercizio delle funzioni fondamentali dei Comuni*” (cfr. art. 14 cit., comma 25), pur non essendovi ricompresa, con la conseguenza che manca l’espressa individuazione del titolo di competenza che il legislatore statale avrebbe inteso esercitare nel formulare la disposizione medesima.

In secondo luogo, occorre interpretare il rapporto intercorrente tra la disposizione *de quo* e i commi 27, 28 e 29 dell’art. 3 della L.F. 2008, concernenti il cd. procedimento di riordino delle società pubbliche.

Stante il richiamo al comma 27 dell'art. 3 della legge n. 244/2007, si potrebbe ritenere che il divieto di cui al comma 3 del cit. art. 14 non riguardi le “*società che producono servizi di interesse generale*”, in quanto espressamente escluse dal procedimento di riordino di cui al cit. comma 27. Il che varrebbe a ridurre drasticamente l'impatto del suddetto divieto. Inoltre, le medesime considerazioni potrebbero riguardare le partecipazioni detenute dai Comuni strettamente necessarie per il perseguimento delle relative finalità istituzionali, le quali, debitamente autorizzate ai sensi dell'art. 3, comma 28, della L.F. 2008, potrebbero essere mantenute. Ciò nondimeno, la suesposta interpretazione, orientata a salvaguardare le partecipazioni azionarie dei Comuni nei settore “strategici” (servizi di interesse generale e partecipazioni strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente), potrebbe essere criticata sul presupposto che svuoterebbe di significato il divieto di cui al comma 32 cit., facendolo sostanzialmente coincidere con il procedimento di dismissione delle partecipazioni societarie previsto, a suo tempo, dalla cit. L.F. 2008.

Ulteriori rilevanti dubbi interpretativi discendono dalla circostanza che il legislatore statale, nel formulare la disposizione in commento, ha utilizzato (probabilmente impropriamente) il termine “*constituire*”. Se è vero, come è vero, che nell'interpretazione la legge non si può attribuire ad essa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, allora, a voler essere rigorosi, si dovrebbe ritenere che la disposizione *de quo* si applichi esclusivamente alle società costituite dai Comuni e non anche alle società già costituite (da altri soggetti) e meramente partecipate. Ancora una volta, però, pare che l'interpretazione riferita, sebbene inequivocabilmente supportata da argomenti di ordine testuale, tradisca la *ratio* di fondo della norma, dal momento che finirebbe col consentire un'agevole elusione del divieto dalla medesima introdotto.

La disposizione, poi, non chiarisce se essa si applichi a tutte le partecipazioni detenute dai Comuni con popolazione complessiva compresa tra i 30.000 e i 50.000 abitanti, ovvero esclusivamente a quelle dirette. Se si considera la tendenza, manifestata dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, a valorizzare il dato letterale (*ubi lex voluit, dixit*) a discapito di interpretazioni latamente estensive, suscettibili di compromettere ingiustificatamente la libertà organizzativa e quella di iniziativa economica degli enti locali (si vedano, a titolo esemplificativo, le argomentazioni a fondamento dell'interpretazione "restrittiva" del divieto introdotto dall'art.13 del d.l. "Bersani"<sup>74</sup>), non si deve escludere a priori la possibilità per tali Comuni di mantenere le partecipazioni attualmente detenute attraverso il tramite di una *holding* (che concretizzerebbe l'unica partecipazione consentita, ai sensi del comma 32 cit.).

Da ultimo, si evidenzia che il problema dell'individuazione del corretto ambito applicativo dell'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, è stato affrontato anche dalla Corte dei conti<sup>75</sup>. Sebbene il parere del Giudice contabile abbia preceduto di alcuni giorni l'approvazione della legge di conversione (n. 122/2010) e, pertanto, non risulti aggiornato alle più recenti modifiche legislative, è comunque interessante analizzare i relativi contenuti, considerato peraltro che, rispetto a tale disposizione, non si rinvencono altre pronunce della stessa autorevolezza. Ebbene, in tale occasione, la Sezione di controllo per la Regione Puglia, coerentemente con il proprio tradizionale orientamento<sup>76</sup>, si è espressa nel senso di ritenere che la disposizione in parola "*pone un espresso divieto di costituzione di società partecipate, senza distinguere in alcun modo in relazione al settore di attività in cui operano*"<sup>77</sup> ovvero alla circostanza che esse abbiano proceduto

---

<sup>74</sup> Ci si riferisce segnatamente a: TAR Liguria n.39/2009 e TAR Lazio, n.36/2010.

<sup>75</sup> Corte conti, Sez. reg. di controllo per la Regione Puglia, deliberaz. 22 luglio 2010, n. 76.

<sup>76</sup> Si veda, in particolare, la precedente deliberaz. n. 103 del 2009.

<sup>77</sup> Il riferimento deve ritenersi, dunque, inteso a ricomprendere tutti i principali settori di attività delle società a partecipazione pubblica comunale, ossia: servizi pubblici locali, servizi strumentali e attività

*all'emissione di strumenti finanziari quotati su mercati regolamentati. Tuttavia, il citato comma 32 fa specificamente salvo l'art. 3, commi 27, 28 e 29 della legge n. 244 del 2007 (L.F. 2008) che, pertanto, rimane in vigore per espresso dettato normativo. Ne consegue che, non ostando l'art. 14, comma 32 cit., alla costituzione di società che integrino i presupposti di cui all'art. 3, comma 27 e ss. della legge finanziaria del 2008, la Sezione non può che confermare il contenuto del precedente parere espresso con propria deliberazione n. 103/2009, con i limiti e le considerazioni ivi indicati”, vale a dire che “la partecipazione societaria potrà comunque essere acquisita anche nel caso di attività non strettamente necessarie al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente qualora si tratti di servizi di interesse generale, che presentino un favorevole impatto sulla comunità locale”<sup>78</sup>. Per altro verso, occorre ricordare che la stessa Sezione regionale di controllo per la Regione Puglia, con la cit. deliberaz. n. 103 del 2009, aveva chiarito, con specifico riferimento al procedimento di riordino delle società pubbliche imposto dalla legge n. 244/2007, che “l'inquadramento di una eventuale nuova partecipazione societaria, da parte degli enti locali, in una delle tipologie su riportate spetta esclusivamente alle valutazioni discrezionali dell'ente. L'organo Consiliare dovrà, quindi, adeguatamente motivare l'acquisizione di una nuova partecipazione societaria evidenziandone i costi ed i benefici in termini di efficienza, efficacia ed economicità di gestione in un'ottica di lungo periodo, specificandone i vantaggi per la collettività”.*

\*\*\*\*\*

---

d'impresa in regime di concorrenza.

<sup>78</sup> Da quanto esposto sembra emergere, almeno ad avviso di chi scrive, la consapevolezza che le società a partecipazione pubblica operanti nel campo dei servizi pubblici locali hanno quale fine principale proprio il soddisfacimento dell'interesse generale, con conseguente inoperatività dei limiti dettati dalla disposizione in esame a tali soggetti societari.

***6. L'abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 per effetto del referendum del 12 e 13 giugno 2011. Cenni in relazione al vuoto normativo creatosi e alla conseguente applicazione dei principi comunitari.***

Come è noto, l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, recante la disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ed il relativo regolamento di attuazione, di cui al d.P.R. n. 168/2010, sono stati, da ultimo, abrogati all'esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011. In proposito, sia sufficiente ricordare che il referendum abrogativo – presentato come vertente esclusivamente sul tema dell'affidamento del servizio idrico integrato, nonostante, in realtà, riguardasse l'intera disciplina dei servizi pubblici locali<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> A onor del vero, occorre, infatti, considerare che “*in effetti la natura stessa dello strumento del referendum, la formulazione dei quesiti e le modalità di svolgimento della campagna referendaria hanno drasticamente semplificato i problemi oggetto della consultazione riducendoli di fatto alla drastica alternativa tra pubblico e privato. Inoltre una diffusa critica ha sottolineato che gran parte dei cittadini era scarsamente consapevole dei reali contenuti dei quesiti: pochi sapevano che si votava per l'abrogazione di norme non limitate ai soli servizi idrici ma estese ad altri settori (in particolare rifiuti e trasporti pubblici locali); molti ritenevano che l'oggetto fosse la privatizzazione della risorsa acqua e non la gestione del servizio; la grande maggioranza era convinta di votare a favore o contro il riconoscimento nella tariffa del servizio idrico integrato di un profitto pari al 7%*” (cfr. Spadoni B., *La regolazione dei servizi pubblici locali alla luce dei risultati del referendum*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 6).

– ha fornito delle indicazioni inequivocabili<sup>80</sup>: 55% di votanti, 95% di voti favorevoli all’abrogazione della cit. disposizione.

Invero, l’abrogazione del cit. art. 23 *bis* ha determinato un vuoto normativo rispetto alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, a cui il Legislatore nazionale ha prontamente posto rimedio mediante l’approvazione del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (di cui ci si occuperà nel prosieguo), introducendo una nuova disciplina organica di tali servizi.

Ciò nondimeno, è interessante fornire alcune sintetiche considerazioni in relazione agli effetti derivanti dall’abrogazione dell’intero art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 e del relativo regolamento di attuazione (d.P.R. n. 168/2010) e, segnatamente, rispetto alla disciplina *medio tempore* applicabile<sup>81</sup> (nel periodo compreso tra l’approvazione del d.P.R. 18 luglio 2011 n. 113, che ha determinato l’effetto abrogativo del cit. art. 23 *bis* a far tempo dal 21 luglio 2011, e l’introduzione della nuova disciplina, di cui al cit. d.l. n. 138/2011), dal momento che, in tale contesto, sono emersi i principi (di derivazione

---

<sup>80</sup> Anche se “*coloro che intendono depotenziare il risultato del referendum...sostengono che i suoi risultati sono per molti versi frutto di un’informazione scorretta ed ideologizzata*” (cfr. *id.*). In proposito, è interessante evidenziare che, dai risultati di un’indagine di mercato sul rapporto tra servizi pubblici locali e cittadini, svolta da Confservizi e A.S.S.I.R.M. (Associazione degli istituti di ricerca di mercato sociale e di opinione) subito prima del *referendum* del 12-13 giugno 2011, sono emerse alcune importanti indicazioni. Relativamente ai processi di liberalizzazione, i cittadini si sono espressi nel senso di ritenere non ancora completate le procedure di aperture dei mercati e di considerare necessaria la loro piena attuazione. Quanto, invece, all’esternalizzazione, l’opinione nettamente più diffusa è che in tutti i settori analizzati sia di gran lunga preferibile una gestione completamente pubblica o, tutt’al più, mista. Non par dubbio, quindi, che l’indicazione sia quella di completare e consolidare la liberalizzazione dei servizi in una prospettiva, tuttavia, di possibile mantenimento della gestione pubblica. Di talché, non si può negare un “*fortissimo favor degli italiani per il mantenimento in man pubblica dei servizi degli enti locali da collocare, tuttavia, in un contesto di apertura dei mercati; attenzione principale ai risultati qualitativi dei servizi erogati a fronte di un miglioramento dei quali si è disposti anche ad accettare tariffe più elevate*” (cfr. *id.*).

<sup>81</sup> Al riguardo, si segnala, in dottrina: Guzzo G., *L’assetto della disciplina SPL di rilevanza economica all’indomani del risultato del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011: riflessioni minime*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 7.

comunitaria) che, al di là delle numerose riforme legislative che si sono succedute negli anni in *subiecta materia*, costituiscono, allo stato attuale, l'intelaiatura fondamentale della materia dei servizi pubblici locali. E ciò, anche alla luce delle precise indicazioni fornite, in sede di scrutinio di ammissibilità del quesito referendario, dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 24/2011, a mente delle quali “*nel caso in esame, all’abrogazione dell’art. 23 bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze n. 31 del 2000 e 40 del 1997–, sia da quella della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato); dall’altro, conseguirebbe l’applicazione immediata nell’ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto del referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica*”.

Ebbene, a fronte dell’avvenuta abrogazione dell’art. 23 bis – che rappresentava solo “*una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare*” le regole comunitarie (cfr. Corte Cost. n. 325/2010) – e del conseguente vuoto legislativo creatosi in *subiecta materia* (considerato che si deve escludere la reviviscenza della precedente disciplina contenuta nell’art. 113 T.U.E.L., *medio tempore* abrogata proprio dal cit. art. 23 bis), sono tornate ad essere applicabili le disposizioni settoriali in materia di affidamento dei servizi, che erano state “superate” (*rectius*: disapplicate, ma non abrogate) in virtù della clausola di “prevalenza” contenuta nel comma 1 del cit. art. 23 bis (“*Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle discipline di settore con esse incompatibili*”), ferma restando, peraltro, la pacifica applicabilità delle discipline settoriali inerenti la distribuzione del gas, la distribuzione dell’energia elettrica,

il trasporto ferroviario regionale e la gestione delle farmacie comunali, già escluse dall'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 23 bis.

Prima di entrare nel merito dell'analisi dei sistemi di affidamento già contemplati dall'art. 23 bis, merita un cenno l'ipotesi della gestione in economia dei servizi, intesa come gestione diretta da parte dell'ente locale. Ebbene, nonostante detta modalità organizzativa fosse (da ritenersi) vietata, in quanto non espressamente contemplata, nella vigenza dell'art. 23 bis, pare non sussistano ragioni, anche alla luce di un autorevole precedente giurisprudenziale che ha sollevato la questione nonostante il cit. art. 23 bis fosse ancora perfettamente in vigore<sup>82</sup>, per negare detta possibilità agli enti locali, considerato peraltro che, come avviene anche nel caso dell'*in house providing*, si estranei

---

<sup>82</sup> Invero, è opinione diffusa e pressoché unanimemente accettata che la forma di gestione in economia sia esclusa per i servizi aventi rilevanza economica, stante la "tipizzazione" delle forme stesse di gestione, così come indicate dall'art. 23 bis, prima della sua abrogazione. Senonché, prima del *referendum*, un arresto del Consiglio di Stato (Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552) ha sconfessato detto convincimento, affermando testualmente che "*appartiene, in realtà, alla dimensione dell'inverosimile immaginare che un Comune di non eccessiva grandezza non possa gestire direttamente un servizio come quello dell'illuminazione votiva cimiteriale, esigente solo l'impegno periodico di una persona e la spesa annua di qualche migliaio di euro, laddove l'esborso sarebbe notoriamente ben maggiore solo per potersi procedere a tutte le formalità necessarie per l'indizione di una gara pubblica*". Nel caso in esame, il Consiglio di Stato ha, altresì, colto l'occasione per ricordare la distinzione fra "*gestione diretta, sempre praticabile dall'ente locale, soprattutto quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario, come nella specie: poche migliaia di euro all'anno ed affidamento diretto, postulante la scelta di attribuire la gestione di un servizio all'esterno del Comune interessato, il che non può accadere se non mediante gara ad evidenza pubblica. Infatti, nessuna norma obbliga i Comuni ad affidare all'esterno determinati servizi (illuminazione pubblica, centri assistenziali, case di accoglienza, case di riposo, case famiglia, assistenza domiciliare per anziani ed handicappati, asili nido, mense scolastiche, scuola-bus, biblioteche, impianti sportivi: tutti servizi che, notoriamente, gran parte dei Comuni italiani gestiscono direttamente, senza appaltarli a privati), ove preferiscano amministrarli in via diretta ed in economia, mentre, nel caso di una differente scelta, il discusso conferimento a terzi deve avvenire tramite gara rispettosa del regime comunitario di libera concorrenza. Né si vede per quali motivi un ente locale debba rintracciare un'esplicita norma positiva per poter fornire direttamente ai propri privati cittadini un servizio tipicamente appartenente al novero di quelli per cui esso viene istituito*" (cfr. *ivi*). In proposito, si segnala il commento di Nicoletti G., "*Inverosimile*" l'obbligo di esternalizzare i servizi pubblici locali (a rilevanza economica), in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 3.

alla materia della tutela della concorrenza, versandosi nell'opposta ipotesi dell'autoproduzione dei servizi.

Relativamente all'*in house providing*, sono venuti meno i requisiti "oggettivi" previsti dall'art. 23 bis (ossia, le "situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche non permettono un efficace e utile ricorso al mercato", indicate dal comma 3 della disposizione in parola) e, di conseguenza, la fase consultiva obbligatoria innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (prevista dal comma 4 della medesima disposizione), in quanto preordinata proprio alla verifica della sussistenza dei predetti requisiti "oggettivi". Sono, invece, ancora richiesti i requisiti "soggettivi" (controllo analogo, attività prevalente, partecipazione pubblica totalitaria) individuati dalla giurisprudenza comunitaria. In assenza di una specifica disciplina legislativa, l'*in house providing* si configura, quindi, come una forma alternativa di conferimento della gestione dei servizi, dal momento che, per ricorrervi, l'ente locale è tenuto a verificare previamente la sussistenza dei predetti requisiti soggettivi in capo alla società *in house* destinataria dell'affidamento, ma non si configura più quale modalità "derogatoria", bensì "ordinaria", di affidamento, considerato che essa, in base ai principi comunitari, rappresenta un'alternativa equivalente alle altre modalità. In ogni caso, continua a sussistere l'obbligo, per l'ente che faccia ricorso a tale forma di affidamento, di motivare espressamente la propria scelta, indicando con precisione le ragioni che rendono preferibile detta soluzione rispetto alle altre percorribili.

Da quanto esposto con riferimento all'*in house providing*, si desume chiaramente che, anche in assenza di precise indicazioni legislative al riguardo, l'esternalizzazione a mezzo gara rimane, comunque, la modalità preferibile (ma non ordinaria) di affidamento dei servizi; e ciò, in base alla diretta applicazione dell'art. 86, par. 2, del T.C.E. (art. 106

T.F.U.E.). Venute meno le specifiche regole previste dal comma 2, lett. a), dell'art. 23 *bis* e dall'art. 3 del d.P.R. n. 168/2010, al fine di individuare la disciplina applicabile alle procedure competitive nelle more dell'intervento del Legislatore, occorre verificare, alla luce delle caratteristiche presentate in concreto dal servizio oggetto di affidamento, se la fattispecie risulti riconducibile alla concessione ovvero all'appalto; e ciò, facendo riferimento alle indicazioni contenute nell'art. 3, commi 10 e 12, del Codice dei contratti pubblici e a quelle fornite, a più riprese, dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui *“un appalto pubblico di servizi ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'Amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in particolare, sent. 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 39). Si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in particolare, sentenze 13 novembre 2008, causa C-437/07, Commissione/Italia, punti 29 e 31, nonché WAZV Gotha, punti 59 e 68”* (cfr. C.G.E., Sez. III, 15 ottobre 2009 n. 196, avente ad oggetto una controversia proprio in materia di affidamento di un servizio pubblico locale). Nel caso in cui l'affidamento presenti (in concreto) le caratteristiche dell'appalto, occorre applicare le regole previste dal Codice dei contratti. Diversamente, si applica la disciplina, decisamente meno rigorosa, contenuta nell'art. 30 del Codice (*“concessione di servizi”*), fermo restando che le procedure devono, in ogni caso, rispettare *“i principi di libertà di stabilimento, di reciprocità, di libera concorrenza, di parità di trattamento e di divieto di discriminazione”*. Del resto, anche in difetto di un'espressa previsione legislativa in tal senso, pare che gli enti locali affidanti non possano trascurare l'importanza degli elementi *“costitutivi”* del bando di gara già indicati dall'abrogato art. 3 del cit. d.P.R. n. 168/2010,

con la conseguenza che gli enti stessi saranno tenuti a operare, caso per caso, una valutazione in ordine alla necessità dell'inserimento dei medesimi nel bando di gara.

Per quanto riguarda il delicato tema dell'affidamento a società mista, valgano le seguenti considerazioni. Invero, posto che l'ordinamento comunitario consente, ed anzi, favorisce, la gestione dei servizi attraverso forme di partenariato "istituzionalizzato", anche in assenza di una disposizione legislativa che espressamente lo consenta, pare, comunque, percorribile l'ipotesi dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica mediante costituzione di una società a partecipazione mista pubblica e privata. Considerato che sono venute meno le regole, invero assai rigorose (in particolare, per quanto riguarda la misura della partecipazione privata alla società), precedentemente contenute nell'ormai abrogato comma 2, lett. b), dell'art. 23 *bis*, occorre individuare un modello di gara, preordinata alla costituzione della società mista, suscettibile di garantire il rispetto delle regole comunitarie in materia di tutela della concorrenza. In tal senso, tornano in auge le indicazioni fornite dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato, in sede consultiva, con il noto parere 18 aprile 2007, n. 456, dal momento che, come si è precedentemente anticipato, queste hanno trovato pieno riconoscimento presso le Istituzioni comunitarie e la Corte di Giustizia (si vedano, in particolare, la *"Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico privati istituzionalizzati (2008/C-91/02)"* del 12 aprile 2008 e la cit. pronuncia della C.G.E., Sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196). In estrema sintesi, sia sufficiente ricordare che, con il cit. parere n. 456/2007, il Consiglio di Stato ha "coniato" il modello della gara "a doppio oggetto": ossia, una procedura ad evidenza pubblica, avente ad oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione di compiti operativi legati alla gestione del servizio e la qualità di socio.

Abrogato il *"regime transitorio"* generale degli affidamenti previsto dal comma 8

dell'art. 23 *bis*, sono divenuti nuovamente applicabili i periodi transitori eventualmente previsti dalle discipline di settore (disapplicati, ma non abrogati, dal più volte cit. art. 23 *bis*). In disparte ogni considerazione circa le possibili reazioni che le Istituzioni comunitarie avrebbero potuto adottare se il Legislatore non fosse intervenuto tempestivamente, sopperendo al vuoto normativo che si è venuto a creare a seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23 *bis*, rileva, in particolare, la circostanza che, in difetto di un'espressa previsione legislativa, risulta impossibile ricavare, in via interpretativa, un termine anticipato di scadenza degli affidamenti non più conformi alla disciplina comunitaria in materia di tutela della concorrenza e, pertanto, pare doversi ritenere che questi proseguano fino alla loro scadenza naturale.

\*\*\*\*\*

***7. La “nuova” disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e le ultime modifiche apportate dalla relativa legge di conversione n. 148/2011, nonché dalla legge di stabilità n. 183/2011 e, da ultimo, dal cd. decreto liberalizzazioni (d.l. n. 1/2012).***

A distanza di pochi mesi dall'abrogazione dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, realizzatasi con decorrenza dal 21 luglio 2011 (a seguito della pubblicazione in G.U. del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113), l'art. 4 del d.l. n. 138/2011<sup>83</sup>, recante “*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa*

<sup>83</sup> Nello specifico, l'intervento del legislatore è stato inserito nella manovra finanziaria aggiuntiva a quella prevista dal d.l. 30 giugno 2011, n. 98, convertito dalla legge 16 luglio 2011, n. 111, che conteneva la previsione dell'obiettivo della parità di bilancio da raggiungersi entro il 2014. Il precipitare degli eventi finanziari dettato dall'innalzamento dello *spread* tra i titoli di Stato italiani e quelli tedeschi e il *downgrade* del debito degli U.S.A., hanno indotto le Autorità italiane, su indicazione di quelle europee, ad aggiustare il tiro della manovra ed anticipare l'obiettivo della parità di bilancio al 2013. In questo contesto particolarmente complesso, caratterizzato dall'esigenza un po' diffusa di tutti gli Stati di ridurre la spesa pubblica e, contemporaneamente, elaborare delle politiche di sviluppo al fine di scongiurare lo spettro incombente della recessione – ha visto la luce la “nuova” disciplina dei servizi pubblici locali secondo i *desiderata* espressi dalla consultazione elettorale del 12 e 13 giugno 2011.

dell'Unione europea" ha colmato il vuoto normativa ripristinando, in tal modo, nel nostro ordinamento nazionale una disciplina organica in *subiecta materia*. Di seguito, si intende, quindi, fornire un approfondito inquadramento<sup>84</sup> della nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, recentemente introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011, come modificata dalla legge di conversione n. 148/2011, nonché dalla legge di stabilità n. 183/2011 e, da ultimo, dal d.l. n. 1/2012 (cd. decreto liberalizzazioni), focalizzandosi, in particolare, sull'analisi delle regole applicabili alle società a partecipazione pubblica, *in house* e miste.

### ***7.1. Il vincolo derivante dall'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del d.l. n.112/2008.***

Preliminarmente all'esame dei contenuti della nuova normativa, occorre ricordare che l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, recante la disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ed il relativo regolamento di attuazione, di cui al d.P.R. n. 168/2010, sono stati, da ultimo, abrogati all'esito del referendum del 12 e 13 giugno u.s. Invero, l'abrogazione del cit. art. 23 *bis* ha determinato un vuoto normativo rispetto alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che il Legislatore nazionale – non senza disattendere le aspettative di chi sperava in un parziale cambiamento di rotta dopo i risultati del *referendum*<sup>85</sup> – ha ritenuto di colmare attraverso l'approvazione

---

<sup>84</sup> Al riguardo, si vedano anche: Guzzo G., *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n. 138/2011: "nuove" regole e vecchie questioni*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 7-8; e Rompicavoli C., *L'affidamento dei servizi pubblici locali. La manovra estiva – decreto legge 13 agosto 2011 n. 138*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 7-8.

<sup>85</sup> A valle dell'esito referendario, non era, infatti, peregrino sostenere che “*il problema...è di dare veste istituzionale e regolatoria coerente e organica alla volontà dei cittadini. Si tratta, in sostanza, di riscrivere le norme abrogate definendo un quadro legislativo in cui la valorizzazione del ruolo pubblico non sia in contrasto con l'esercizio dell'autonomia imprenditoriale volta al conseguimento di efficienza e allo sviluppo di investimenti prevalentemente orientati all'innalzamento degli standard qualitativi e di prestazione. Ciò non può e non deve implicare le forzature privatizzatorie presenti nell'abrogato articolo 23 bis ma non deve neanche segnare l'interruzione del processo di innovazione organizzativa e gestionale*

dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, recante “*adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell’Unione Europea*”<sup>86</sup>.

Senza entrare nel merito del complesso dibattito sul vincolo giuridico che l’abrogazione per via referendaria determina nei confronti del Legislatore, in particolare in relazione al divieto di ripristino della disciplina abrogata tramite *referendum*, sia sufficiente ricordare che, da una parte, vi è chi individua un effetto giuridico vincolante discendente dall’indirizzo espresso dal corpo elettorale<sup>87</sup>; mentre, dall’altra, vi è chi nega che si possa configurare alcun divieto di ripristino, che “*non trova fondamento né nel modello di democrazia rappresentativo-partecipativa, né nell’intenzione dei costituenti, né nel testo della Costituzione, né nella logica del sistema delle fonti*”<sup>88</sup>. In una posizione mediana si è collocata, negli anni, la Corte Costituzionale, che ha, in ogni caso, individuato la sussistenza di un qualche vincolo di natura giuridica sull’attività legislativa del Parlamento, discendente dall’abrogazione referendaria. In particolare, nella sent. n. 468/1990, richiamando la “*peculiare natura del referendum, quale atto-fonte dell’ordinamento*”, ha osservato che “*a differenza del Legislatore che può correggere o addirittura disvolere quanto ha in precedenza statuito, il referendum manifesta una volontà definitiva e irripetibile*”. Tale principio è stato sviluppato nella sent. n. 32/1993, ove la Corte circoscrive la possibilità per il Legislatore di “*correggere, modificare o integrare la disciplina residua*” entro i “*limiti del divieto di formale o sostanziale*

---

*in corso da decenni nei servizi pubblici locali che ha consentito il conseguimento di risultati notevoli sui terreni non solo economico-finanziari ma anche della qualità e dell’efficacia a favore dei cittadini e degli utenti*” (cfr. Spadoni B., *La regolazione dei servizi pubblici locali alla luce dei risultati del referendum*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 6).

<sup>86</sup> Per un primo inquadramento della disposizione, si suggerisce la lettura di: Rompicavoli C., *L’affidamento dei servizi pubblici locali. La manovra estiva – decreto legge 13 agosto 2011 n. 138*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 7-8.

<sup>87</sup> In dottrina, sostengono tale interpretazione: I. Nicotra, A. Baldassarre, P. Carnevale.

<sup>88</sup> Cfr. M. Luciani, *Sub art. 75*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 680.

*ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare*”, nonché nella sent. n. 33/1993 e, soprattutto, nell’ord. n. 9/1997, che sancisce la “*possibilità di un controllo di questa Corte in ordine all’osservanza, da parte del Legislatore, di tali limiti*”. Di talché, pare corretto ritenere che “*la limitazione alla potestà legislativa delle Camere possa circoscriversi al divieto di approvazione di una nuova legge che reintroduca i principi ispiratori della disciplina abrogata ed i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, in analogia con quanto indicato nella sent. n. 68/1978*”<sup>89</sup>.

In ogni caso, da una prima lettura delle disposizioni introdotte dal cit. d.l. n. 138/2011, si desume chiaramente che il Legislatore ha inteso “aggirare” il problema relativo alla verifica della compatibilità della nuova disciplina con il principio referendario, adottando una serie di cautele.

Ci si riferisce, in particolare, alla (innovativa) introduzione di una soglia (massima) di valore (900.000 euro) per l’affidamento *in house*, in luogo di quanto previsto dal comma 3 dell’abrogato art. 23 *bis*, che subordinava il ricorso a tale formula organizzativa alla previa verifica della sussistenza delle peculiari condizioni “oggettive” indicate nella disposizione medesima. Al di là dei dubbi sollevati dalla dottrina, secondo cui “*la diversa disciplina sarebbe di incerto fondamento, ove, compiuta un’adeguata istruttoria, per settori, sulle dimensioni economiche dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, dovesse risultare che l’indicazione di una soglia di valore troppo bassa renderebbe del tutto marginale il ricorso al modello dell’in house providing*”, con la conseguenza che “*la previsione dell’art. 4, d.l. n. 138 2011 potrebbe apparire un modo per eludere la volontà referendaria, quale obiettivamente “incorporata nel quesito”, la quale non sembra consentire un trattamento in malam partem, quanto*

---

<sup>89</sup> Cfr. S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, 2008, p. 687.

*all'autonomia di scelta del modello di gestione*<sup>90</sup>; pare, più correttamente, doversi ritenere che, pur a fronte dell'esito del *referendum*, il Legislatore conservi intatta la propria facoltà di introdurre misure limitative rispetto alla scelta di auto-produrre degli enti locali, sebbene di natura diversa rispetto a quelle precedentemente previste dall'abrogato art. 23 *bis*, nell'intento di fornire nuovo impulso concorrenziale al mercato dei servizi pubblici locali (e ciò, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella nota sent. n. 325/2010).

In secondo luogo, rileva la (parziale) esclusione del servizio idrico integrato (a cui, comunque, unico tra i servizi esclusi, si applicano i commi relativi alle nomine ed alle incompatibilità) dall'ambito di applicazione del cit. art. 4, al pari di quanto previsto – anche nel vigore della precedente disciplina – con riferimento alla distribuzione di gas naturale, all'energia elettrica, al trasporto ferroviario regionale e al servizio farmaceutico (servizi esclusi), disposta dal Legislatore *“per tenere conto dell'esito del referendum”*<sup>91</sup>. In proposito, sia sufficiente evidenziare che *“l'obiettivo del nuovo intervento legislativo dovrebbe essere quello di limitare i danni circoscrivendo gli effetti abrogativi del referendum alla materia su cui i cittadini si sono effettivamente espressi, cioè la modalità di affidamento della gestione dei servizi idrici. Questo è stato l'oggetto esclusivo della campagna referendaria (che sui reali effetti dell'abrogazione dell'articolo 23 bis del Decreto Fitto-Ronchi aveva anzi fatto un'opera di sistematica e colpevole disinformazione); ma questo era anche il titolo del referendum (“sulla privatizzazione dell'acqua”) che la Corte di Cassazione (incredibilmente) aveva ammesso, dimenticando di obiettare ai promotori che non di privatizzazione si trattava bensì di liberalizzazione e*

---

<sup>90</sup> Cfr. S.Staiano, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8/2011.

<sup>91</sup> Cfr. segnalazione dell'A.G.C.M. del 26 agosto 2011, recante osservazioni al disegno di legge n. 2887 AS di conversione del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138.

*che oltre all'acqua erano coinvolti tutti gli altri servizi locali*<sup>92</sup>.

Nello stesso senso, rileva, da ultimo, la mancata riproposizione, da parte del Legislatore, dell'obbligo di cessione delle partecipazioni azionarie nelle società *in house* e miste titolari di affidamenti diretti, precedentemente previsto dal comma 8 (periodo transitorio) dell'abrogato art. 23 *bis*. Invero, nella nuova disciplina introdotta dal d.l. n. 138/2011, detto obbligo è stato sostituito dalle misure di incentivazione, di cui all'art. 5 del medesimo decreto, finalizzate a favorire, nella stessa logica di progressiva privatizzazione del settore, la “*dismissione di partecipazioni azionarie in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico*” (cfr. art. 5 cit.).

## **7.2. Il nuovo sistema degli affidamenti.**

Procedendo all'analisi delle modalità di affidamento previste dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011, risulta, innanzitutto, opportuno osservare che la nuova disciplina rappresenta, in sostanza, la *summa* delle disposizioni previgenti (art. 23 *bis* e relativo regolamento di attuazione, approvato con d.P.R. n. 168/2010), organicamente strutturata<sup>93</sup>. Invero, in dottrina, vi è chi ha commentato l'intervento *de quo* affermando che questo sembra “*inteso ad introdurre stabilmente nel sistema elementi di razionalizzazione funzionale destinati a riordinare un settore economicamente rilevante, ponendo fine a costose inefficienze*”<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Cfr. Lanzillotta L., *Lanzillotta: per liberalizzare le local utilities cambiare strada e agire su vincoli e sanzioni*, in [www.firstonline.info](http://www.firstonline.info), 17/8/2011.

<sup>93</sup> In realtà, “*la novella...non presenta aspetti significativi di novità rispetto al precedente quadro normativo, limitandosi a ricomporre in un'unica disposizione normativa la disciplina di cui all'art. 23 bis l. n. 133/2008 e del successivo d.P.R. n. 168/2010 di attuazione. Sia consentito, allora, evidenziare come sarebbe stato forse più opportuno per il legislatore indugiare ancora, più che riproporre frettolosamente una norma che in buona sostanza replica, quasi, in toto le abrogate disposizioni, salvo che per alcune sporadiche previsioni che innovano il contesto precedente*” (cfr. Rizzo I., *I servizi pubblici locali dopo il d.l. 138/2011*, in *Urb. e app.*, 2011, 12, 1398).

<sup>94</sup> Cfr. S. Staiano, *op. cit.*; tuttavia, ad avviso dell'autore, detto proposito ben difficilmente si realizzerà.

Senonché, la paventata aspettativa di stabilità nella regolazione è stata quasi immediatamente disattesa, dal momento che alcune importanti modifiche sono state introdotte, in prima battuta, dalla legge di conversione n. 148/2011, in seconda, dalla legge di stabilità n. 183/2011 e, da ultimo, dal d.l. “liberalizzazioni” n. 1/2012. Ancora una volta, quindi, è stata messa in disparte l’esigenza, avvertita da più parti<sup>95</sup>, di arrestare l’incalzante dinamismo normativo che si è accumulato negli ultimi anni<sup>96</sup>, “*in quanto il problema più minaccioso sui conti delle imprese locali è rappresentato dal continuo andirivieni normativo sulle regole per le liberalizzazioni e privatizzazioni, nonostante esista una normativa europea che punta tutto sulle liberalizzazioni e concorrenzialità, ma è neutra dal punto di vista degli assetti proprietari*”<sup>97</sup>. Sicché, nonostante i recenti interventi legislativi che si accinge ad analizzare e commentare, non pare essersi ancora delineato uno stabile quadro normativo di regolazione<sup>98</sup>, ed anzi, è probabile, anche alla

---

<sup>95</sup> In proposito, si richiamano le considerazioni espresse da Pani M., *I servizi pubblici locali a rilevanza economica: luci e ombre dopo il decreto legge 138/2011 e la legge di stabilità*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 12. Ad avviso dell’Autore, infatti, nonostante la molteplicità di innesti normativi susseguitesesi negli ultimi anni, non si è riuscito a risolvere definitivamente le complesse problematiche che, da sempre, caratterizzano i servizi pubblici locali. Del resto, l’esigenza di adottare soluzioni concrete che valgano a superare detta *impasse* assume significativa rilevanza, ove si consideri che i servizi pubblici locali di rilevanza economica rappresentano una fondamentale realtà del panorama italiano non solo per le evidenti implicazioni in termini di occupazione, fatturato e imprenditorialità, ma soprattutto perché detta realtà costituisce uno strumento essenziale finalizzato ad assicurare al cittadino servizi di primaria rilevanza costituzionale.

<sup>96</sup> Senza pretese di esaustività, sia sufficiente richiamare i principali interventi, di cui si è peraltro già detto in precedenza, che hanno caratterizzato l’ultimo quinquennio di iperproduzione normativa: a) d.l. n. 223/2006 convertito in legge n. 248/2006; b) d.l. n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008; c) d.P.R. n. 168/2010; d) *referendum* abrogativo del 12-13 giugno 2011; e) d.l. n. 138/2011 convertito in legge n. 148/2011; f) legge n. 183/2011.

<sup>97</sup> Cfr. Pani M., op. ult. cit.

<sup>98</sup> Emblematica, in tal senso, l’espressione utilizzata da Guzzo G., *Brevi riflessioni su i nova dei spl dopo la legge di stabilità n. 183/2011*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 12, che parla di “*maledizione che, da sempre, accompagna ogni tentativo di compiuta definizione legislativa della materia dei SPL di rilevanza economica*”.

luce della nota difficoltà finanziaria italiana ed europea degli ultimi mesi, che vengano apportati ulteriori correttivi finalizzati a contenere le risorse (pubbliche) impiegate in questo settore strategico per l'economia nazionale.

### **7.2.1. La liberalizzazione (commi 1-7).**

I commi 1-7 del cit. art. 4 risultano finalizzati all'apertura di nuovi mercati concorrenziali nel settore dei servizi pubblici locali, attraverso la completa liberalizzazione (concorrenza nel mercato) di *“tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva (concorrenza per il mercato; n.d.r.) alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della collettività”* (ivi, comma 1), e costituiscono la mera trasposizione legislativa di quanto già previsto, a livello regolamentare, dall'ormai abrogato art. 2 (commi 1-7) del d.P.R. n. 168/2011, il quale, a sua volta, trae ispirazione dalle proposte contenute nel d.d.l. n. 772 del 2006 (presentato dall'allora Ministro per gli affari regionali, L. Lanzillotta) e nel d.d.l. elaborato, ad inizio 2008, dall'A.N.C.I. (entrambi recanti progetti di riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica).

Sia sufficiente ricordare che gli enti locali, in ossequio ai *“principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi”* e, comunque, *“dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale”*<sup>99</sup>, sono tenuti ad attivare un procedimento avente ad oggetto la verifica della *“realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici di rilevanza*

---

<sup>99</sup> L'inciso è stato, da ultimo, introdotto dall'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (cd. decreto liberalizzazioni). La *ratio* di tale previsione si rinviene nella circostanza secondo cui l'affidamento in regime di esclusiva di un determinato servizio potrebbe, in ipotesi, essere giustificato proprio dall'esigenza di garantire il soddisfacimento degli obblighi di servizio pubblico correlati alla gestione del servizio stesso.

*economica*” (cfr. *ivi*, comma 1), che dovrà concludersi – entro un anno dall’entrata in vigore del d.l. n. 138/2011<sup>100</sup> e, poi, periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali, con la precisazione, introdotta dal d.l. n. 1/2012, che “*la delibera quadro di cui al comma 2 è comunque adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi*” (cfr. comma 4) – con l’adozione di una delibera quadro, “*che illustra l’istruttoria compiuta ed evidenzia, per il settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l’equità all’interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio*” (cfr. *ivi*, comma 2). Al precipuo fine di garantire il rispetto della disciplina in esame, con il decreto liberalizzazioni (d.l. n. 1/2012) è stata recentemente introdotta la previsione secondo cui “*in assenza della delibera, l’ente locale non può procedere all’attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo*”. Stante la formulazione letterale della disposizione in esame, in via di prima approssimazione, pare doversi propendere per l’illegittimità degli eventuali affidamenti disposti dagli enti locali senza prima aver proceduto all’adozione della suddetta delibera quadro<sup>101</sup>.

Nella sua prima formulazione, il comma 3 del cit. art. 4, prevedeva che la delibera quadro fosse trasmessa all’A.G.C.M. ai fini della relazione al Parlamento, e dovesse, inoltre, essere data “*adeguata pubblicità*” alla stessa. Senonché, a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 1/2012, forse anche in considerazione della scarsa incisività della precedente disposizione, è stato introdotto l’obbligo, per gli enti territoriali con popolazione superiore a diecimila abitanti, di ottenere il parere

---

<sup>100</sup> Ossia, entro il 14 agosto 2012.

<sup>101</sup> Se tale interpretazione dovesse rivelarsi corretta, allora la legittimazione a contestare gli eventuali affidamenti disposti in assenza della previa adozione della delibera quadro dovrebbe essere riconosciuta a tutti gli operatori economici potenzialmente interessati alla gestione dei servizi.

dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>102</sup>, “*che si pronuncia entro sessanta giorni, sulla base dell’istruttoria svolta dall’ente di governo locale dell’ambito o del bacino o in sua assenza dall’ente locale, in merito all’esistenza di ragioni idonee e sufficienti all’attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all’affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali*”. Oltre a rafforzare il carattere cogente delle disposizioni (commi 1-7 in esame) che introducono il cd. procedimento di verifica della realizzabilità della gestione concorrenziale dei servizi, non par dubbio che l’introduzione (*rectius*: la re-introduzione, seppur ad altri fini rispetto a quelli contemplati dal previgente art. 23 *bis*, comma 4<sup>103</sup>) del

---

<sup>102</sup> In proposito, meritano di essere evidenziate le osservazioni dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato al d.d.l. AS3110 di conversione in legge del cit. d.l. n. 1/2012, secondo cui “*le disposizioni di cui all’art. 25 del decreto, in questo senso, appaiono idonee a rafforzare la liberalizzazione nel settore e la conformità alle regole nazionali e comunitarie in materia di procedure selettive ad evidenza pubblica. Particolare attenzione merita la norma secondo la quale è attribuita all’Autorità una nuova competenza in materia: l’emissione di un parere obbligatorio sulla verifica effettuata dagli enti locali in merito alle modalità di gestione dei servizi pubblici (comma 2). Sul punto, deve tuttavia rilevarsi che l’espressione da parte dell’Autorità di un mero parere preventivo, obbligatorio e non vincolante, rischia di costituire una misura di scarsa efficacia e di problematica attuazione, in quanto l’Autorità sarebbe chiamata ad esprimere il parere preventivo su tutti gli schemi di delibera quadro, spesso in assenza di idonei elementi istruttori, dovendo in tal caso scegliere se esprimersi negativamente o disporre una istruttoria; in entrambi i casi, il procedimento di affidamento della gestione dei servizi pubblici sarebbe bloccato. Parrebbe dunque preferibile prevedere un parere di natura vincolante sulla delibera quadro adottata dagli enti locali che superano la soglia di popolazione già indicata nel decreto e in caso di valore annuo pari o superiore a 200.000 euro; in questo modo, l’intervento dell’Autorità potrebbe concentrarsi sui casi più rilevanti e sulle illegittimità restrittive della concorrenza e violative del principio di liberalizzazione. Il carattere vincolante del parere garantirebbe l’effettivo rispetto dei criteri indicati dall’Autorità, che potrebbe comunque impugnare i provvedimenti degli enti locali, che non si conformano al parere, come previsto dal nuovo art. 21 *bis* della legge n. 287/1990, introdotto dall’art. 35 del d.l. n. 201/2011. La previsione della necessaria adozione e trasmissione della delibera quadro novanta giorni prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi garantirebbe che la fase del parere dell’Autorità e dell’eventuale successiva necessità di adeguamento da parte degli enti locali si esaurisca entro tale termine, senza alcun rallentamento dell’azione amministrativa o stasi nella gestione dei servizi pubblici*”.

<sup>103</sup> Infatti, nel vigore della precedente disciplina, di cui al più volte cit. art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, il parere dell’Autorità aveva ad oggetto esclusivamente la verifica della sussistenza dei requisiti di carattere

parere obbligatorio dell'A.G.C.M. risulti strettamente correlata alla ri-definizione degli “*ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*” operata dall’art. 3 bis del d.l. n. 138/2011 (innovativamente aggiunto dall’art. 25 del d.l. n. 1/2012). Senza entrare nel merito dei contenuti di tale ultima disposizione, sia sufficiente evidenziare che la stessa, al precipuo fine di promuovere la concorrenza e di realizzare economie di scala, ha imposto alle Regioni e alle Province Autonome di Trento e Bolzano di organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali “*in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei individuati in riferimento a dimensioni comunque non inferiori alla dimensione del territorio provinciale e tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l’efficienza del servizio, entro il termine del 30 giugno 2012*” (cfr. art. 3 bis cit., comma 1), prevedendo, altresì, un complesso sistema di incentivi e sanzioni a garanzia dell’effettivo rispetto della imposta rimodulazione degli ambiti di organizzazione dei servizi e del loro affidamento attraverso procedure concorrenziali<sup>104</sup>.

---

“oggettivo” richiesti per procedere all’affidamento *in house* dei servizi; mentre, allo stato attuale, riguarda, invece, la verifica delle condizioni suscettibili, in base alla nuova normativa, di legittimare la previsione di diritti di esclusiva .

<sup>104</sup> In primo luogo, il medesimo comma 1 prosegue affermando che “*decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela dell’unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all’art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, in riferimento a dimensioni comunque non inferiori alla dimensione del territorio provinciale e tali da consentire economie di scala e differenziazione idonee a massimizzare l’efficienza del servizio*”. Il successivo comma 2 dispone, invece, che “*a decorrere dal 2013, l’applicazione di procedure di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di Regioni, Province e Comuni o degli enti di governo locali dell’ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell’art. 20, comma 3, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. A tal fine, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell’ambito dei compiti di tutela e promozione della concorrenza nelle Regioni e negli enti locali comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell’economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto all’applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità*”. Da ultimo, interviene il comma 3 a sancire che “*fatti salvi i finanziamenti ai progetti relativi ai servizi pubblici*

Ritornando all'analisi del procedimento imposto dai commi 1-7 del cit. art. 4, è importante osservare che, in sostanza, non è previsto alcun automatismo che imponga la liberalizzazione dei servizi pubblici locali, ma gli enti che intenderanno conservare un regime di esclusiva dovranno adeguatamente motivare in proposito.

Inoltre, i commi 6 e 7 chiariscono, rispettivamente, che l'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali non comporta per i terzi il divieto di produzione dei servizi medesimi per uso proprio e che i soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono tenuti ad operare per il tramite di società separate, ed inoltre, hanno l'obbligo di rendere accessibili i beni o i servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti.

In proposito, è possibile osservare che il termine di dodici mesi è forse eccessivamente lungo e minaccia di ritardare i benefici, per l'economia del Paese, che discenderebbero da una più celere apertura alla concorrenza di nuovi mercati. Inoltre, rispetto all'opportunità, per ogni Amministrazione locale, di indicare quali servizi possono essere rimessi al mercato e alla libera iniziativa privata e quali invece sono da mantenere in regime di privativa pubblica, è stato osservato che *“c'è da scommettere che questa occasione di ripensamento complessivo del ruolo dell'ente locale e del rapporto pubblico/privato in ciascun territorio porterà a far prevalere lo spirito irrazionalmente antimercato che ha caratterizzato la campagna referendario. Questo processo, piuttosto*

---

*locali di rilevanza economica cofinanziati con fondi europei, i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'art. 119, quinto comma, della Costituzione sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa”.*

*che a una restrizione dell'ambito dell'esclusiva pubblica, porterà presumibilmente ad un suo allargamento*"<sup>105</sup>.

Del resto, le recenti innovazioni legislative, apportate dalla legge di stabilità per il 2012 (approvata con legge n. 183/2011), hanno significativamente inciso sul predetto procedimento di progressiva liberalizzazione del mercato dei servizi pubblici locali. Ci si riferisce, in particolare, all'introduzione del nuovo comma 33 *ter* del cit. art. 4, con il quale il legislatore, presumibilmente per contrastare la ben nota preferenza degli enti locali per lo strumento dell'*in house providing*, nonché al fine di assicurare un'applicazione uniforme del suddetto procedimento di liberalizzazione, ha previsto che la deliberazione quadro (che gli enti locali dovranno assumere) sarà soggetta alle regole espressamente previste in un apposito regolamento ministeriale da emanarsi entro il 31 gennaio 2012 (termine successivamente prorogato al 31 marzo 2012, secondo quanto previsto dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012)<sup>106</sup>. In base a tale disposizione, quindi, il Ministro per gli affari regionali, di concerto con i Ministri dell'economia e dell'interno, dovrà definire il *format* di schema tipo della deliberazione-quadro che gli enti locali dovranno adottare per la definizione dei diritti di esclusiva<sup>107</sup>. Ancor più rilevante risulta, poi,

<sup>105</sup> Cfr. L. Lanzillotta, op. cit.

<sup>106</sup> Infatti, in base alla disposizione in parola, "con decreto del Ministro per i rapporti con le Regioni e per la coesione territoriale, adottato, entro il 31 gennaio 2012, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e dell'interno, sentita la Conferenza Unificata, sono definiti: a) i criteri per la verifica di cui al comma 1 e l'adozione della delibera quadro di cui al comma 2; b) le modalità attuative del comma 33 bis, anche tenendo conto delle diverse condizioni di erogazione in termini di aree, popolazioni e caratteristiche del territorio servito; c) le ulteriori misure necessarie ad assicurare la piena attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo". A seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 1/2012, è cambiata anche la competenza in ordine all'adozione del suddetto regolamento ministeriale che, in base alle nuove regole, spetta al Ministro per gli affari regionali, il turismo e lo sport.

<sup>107</sup> D'altronde, se la decisione in ordine alle modalità di gestione e all'individuazione del gestore del servizio pubblico locale è rimessa ad una semplice deliberazione dell'ente locale stesso, è evidente che occorrerà una speciale cautela nel definire i presupposti di fondo della stessa che, comunque, dovranno sempre essere accompagnati da una profusa e dettagliata motivazione, anche alla luce delle considerazioni esposte *sub* 2.1. della presente trattazione.

l'attribuzione al Governo del compito di individuare, sempre attraverso il predetto decreto ministeriale, le eventuali ulteriori misure necessarie per assicurare la piena attuazione della disciplina contenuta nel cit. art. 4 del d.l. n. 138/2011<sup>108</sup>, che sembra porre il Governo nel ruolo di *“arbitro dell'intricata materia dei servizi pubblici locali”*<sup>109</sup>.

Ulteriormente, si segnala l'introduzione del comma 33 *bis* che – presumibilmente in considerazione delle osservazioni critiche, rivolte all'impostazione complessiva dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 (in un primo momento) e dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 (successivamente), secondo cui la riforma dei servizi pubblici locali nel privilegiare, all'insegna della tutela della concorrenza, la regolazione degli aspetti concorrenziali ed economici della gestione dei servizi, finiva col trascurare colpevolmente il vero e proprio nodo gordiano della materia, consistente nella necessaria determinazione e tutela dei livelli essenziali della prestazioni e nella auspicabile tendenza a perseguire il loro innalzamento qualitativo, anche in termini di migliore fruibilità dal punto di vista dei cittadini/utenti – prevede proprio che *“al fine di assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi pubblici locali e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni, gli enti affidatari sono tenuti a rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati, nonché ogni ulteriore informazione necessaria alle predette finalità”*. La scelta è apprezzabile, in quanto individua parametri ulteriori, rispetto al mero rispetto dei vincoli finanziari e di bilancio, ai fini del controllo dell'efficienza e dell'efficacia delle gestioni, e risulta, altresì, funzionale a consentire, nel medio periodo, la comparazione dei risultati raggiunti dalle diverse forme di gestione<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Ai sensi dell'art. 4, comma 33 *ter*, lett. c).

<sup>109</sup> In questi termini, cfr. Pani M., op. cit.

<sup>110</sup> Infatti, se è vero, come è vero, che, anche a prescindere da un'espressa previsione normativa in tal senso, l'ente locale, prima di affidare la gestione di un servizio pubblico locale, è sempre tenuto a svolgere un'analisi comparativa tra le diverse modalità di affidamento percorribili, evidenziandone partitamente pro

Ancora, si registra con favore l'introduzione dell'obbligo, per gli enti locali, di individuare espressamente i servizi considerati "pubblici locali", dal momento che, attraverso tale adempimento, verrà finalmente attuata la (generica) definizione contenuta nell'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000. Inoltre, occorre considerare che le preoccupazioni relative al potenziale allargamento del novero dei servizi erogati in regime di privativa, di cui sopra si è detto, risulta temperata dalla circostanza che le cd. delibere quadro adottate dagli enti locali saranno soggette ad un controllo "diffuso", considerato che pare doversi ritenere sussistente la legittimazione ad impugnare in capo a quegli operatori privati, presenti nel settore dei servizi pubblici locali, le cui legittime aspettative, in ordine all'apertura di nuovi mercati concorrenziali, dovessero, eventualmente, essere pregiudicate dal contenuto dei cit. provvedimenti.

### ***7.2.2. L'affidamento a mezzo gara e quello a società miste (commi 8-11 e 12).***

Relativamente alle ipotesi di affidamento a mezzo gara (alle quali possono partecipare anche le società a capitale interamente pubblico, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge) e di gestione a mezzo di società miste, costituite con gara "a doppio oggetto", il Legislatore si è limitato a confermare il sistema previgente, introdotto dall'art. 23 *bis* e, successivamente, precisato (specialmente per quanto riguarda i contenuti dei bandi) dal relativo regolamento di attuazione.

Pertanto, nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica finalizzata alla progressiva liberalizzazione dei mercati imposta dai commi 1-7 del cit. art. 4, intenda procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione avviene in

---

e contro, al fine di individuare la forma preferibile (con la conseguenza che, di detto procedimento, deve essere data adeguata pubblicità nella parte motivazionale del provvedimento con cui si dispone l'affidamento), è altrettanto vero che ulteriori rilevanti indicazioni, forse ancora più significative di quelle emergenti *ex ante*, potrebbero provenire da una comparazione *ex post* dei risultati raggiunti dalle diverse forme di gestione, anche e soprattutto qualora fosse creata una sorta di banca dati comune a tutti gli enti locali titolari dei servizi.

favore di imprenditori o di società, in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, con contenuti del bando di gara predeterminati<sup>111</sup>, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli *standard* qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge e, ove esistente, dalla competente Autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

---

<sup>111</sup> Infatti, ai sensi del comma 11 del più volte cit. art. 4, il bando di gara o la lettera d'invito devono: a) escludere che la disponibilità, a qualunque titolo, delle reti degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti; b) assicurare che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma; c) indicare, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti dai capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso, la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti; d) prevedere l'eventuale esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento; e) prevedere che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante composta da soggetti esperti nella specifica materia; f) indicare i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni strumentali, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione per l'ammortamento; g) prevedere l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio. A seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 1/2012, è stata aggiunta l'indicazione secondo cui il bando o la lettera di invito devono prevedere *“l'impegno del soggetto gestore a conseguire economie di gestione con riferimento all'intera durata programmata dell'affidamento, e...altresì, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, la misura delle anzidette economie e la loro destinazione alla riduzione delle tariffe da praticarsi agli utenti ed al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale”*.

In applicazione del principio di reciprocità e mutuo riconoscimento, è previsto che le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali, a condizione che documentino la possibilità, per le imprese italiane, di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di servizi omologhi.

E', altresì, previsto che le società a capitale interamente pubblico possano partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge<sup>112</sup>.

Invero, secondo parte della dottrina<sup>113</sup>, sarebbe stato auspicabile l'inserimento dei moduli societari misti nell'elenco contenuto nel comma 8 del più volte cit. art. 4, dal momento che ciò avrebbe definitivamente sgombrato il campo da qualsivoglia incertezza in ordine alla piena equiparazione della modalità organizzativa dell'esternalizzazione a mezzo gara con quella della costituzione di società mista<sup>114</sup>. Senonché, il legislatore, in

---

<sup>112</sup> E' evidente che la disposizione in esame rinvia, tra le altre, al comma 33 del medesimo art. 4, laddove detta ultima norma vieta la partecipazione alle gare alle società pubbliche *in house* già titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali.

<sup>113</sup> In particolare, sono di tale avviso: Guzzo G., *Brevi riflessioni su i nova dei spl dopo la legge di stabilità n. 183/2011*, in *www.lexitalia.it*, 2011, 12 e Rizzo I., *I servizi pubblici locali dopo il d.l. 138/2011*, in *Urb. e app.*, 2011, 12, 1398.

<sup>114</sup> Infatti, "non è stato chiarito se le società miste costituiscano delle ipotesi residuali di affidamento ordinario (con gara) ovvero costituiscano una sorta di *tertium genus* rispetto alla società in qualunque forma costituite previste dall'immutato comma 8 dell'art. 4. La questione non è di mero inquadramento sistemico quanto piuttosto di configurazione delle società miste come una sorta di *orpello* attraverso il quale dare compiuta attuazione al principio di liberalizzazione delle attività economiche pur nel rispetto della universalità ed accessibilità del servizio richiesti dal comma 1 dell'articolo 4. Sul piano strettamente operativo, viene da chiedersi se gli enti locali, nell'adottare la delibera cui fa riferimento il comma 2 dell'articolo 4, siano chiamati a verificare o meno la possibilità di affidare la gestione di un servizio pubblico di rilevanza economica anche a delle società miste, in quanto rientranti tra le società in qualunque forma costituite" (cfr. Guzzo G., op. ult. cit.). Relativamente al medesimo tema, si segnala anche il contributo di Avino A., *Quale destino per le società miste alla luce dell'art. 4 del d.l. 138/2011?*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2011, 9.

sede di approvazione della novella di cui alla legge di stabilità per il 2012, ha lasciato inalterata la struttura della norma in parola<sup>115</sup>, continuando ad alimentare il dubbio (relativo alla perfetta equiparazione, o meno, tra l'affidamento a mezzo gara e la costituzione di società mista) in ragione del fatto che il comma 12, con l'inciso "*fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11*", sembra voler disancorare il modulo organizzativo della società mista (appositamente costituita per la gestione dello specifico servizio pubblico locale oggetto di affidamento) dai meccanismi ordinari di affidamento della gestione (esternalizzazione a mezzo gara). Tuttavia, ad avviso di chi scrive (e non solo<sup>116</sup>), anche in assenza di un'espressa precisazione, da parte del legislatore nazionale, in ordine alla riconducibilità del affidamento a società mista appositamente costituita mediante gara a doppio oggetto nell'ambito dell'ipotesi ordinaria di conferimento della gestione del servizio, e comunque in difetto di una diversa indicazione che non pare

---

<sup>115</sup> Così, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al quaranta per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito, oltre a quanto previsti in termini generali dal comma 11 del medesimo art. 4, devono assicurare che: a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano, di norma, su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) che il socio privato svolta gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata dell'affidamento e che, ove ciò non si verifichi, si proceda ad un nuovo affidamento; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

<sup>116</sup> Infatti, "*va osservato come...sia scomparso nella nuova disciplina ogni riferimento alla possibilità di costituire la società mista quale modalità ordinaria di gestione del servizio come, invece, era nel previgente art. 23 bis. Nulla viene espressamente previsto in merito all'affidamento alle società miste. Pertanto, sarebbe per taluno lecito porsi il quesito se sia ancora ammissibile un affidamento diretto nei loro confronti, ovviamente col rispetto delle condizioni dettate dalla normativa comunitaria (id est, previa gara a doppio oggetto) ovvero sia necessaria la doppia gara. Ebbene, si ritiene, che sia pur in assenza di un'esplícita asserzione da parte del legislatore circa l'ordinaria modalità di affidamento, l'affidamento a società mista, previa selezione pubblica del partner privato, sia stata pacificamente presupposta e, comunque recepita, così come disciplinata dalla normativa. Peraltro non potrebbe dubitarsi seriamente del mantenimento di tale modulo organizzativo quale modalità di affidamento ordinario e cioè non eccezionale, in quanto espressamente previsto e facultato dall'ordinamento comunitario nonché, nel nostro ordinamento, da pacifica giurisprudenza*" (cfr. Rizzo I., op. ult. cit.).

potersi rinvenire nell'*incipit* del comma 12, pare corretto, anche alla luce della rubrica del cit. art. 4 che richiama l'esigenza di adeguamento alla normativa comunitaria, fare riferimento alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, la quale, come è noto, propende per la perfetta assimilazione delle due modalità di affidamento in parola.

### **7.2.3. L'*in house providing* (commi 13-18).**

Come si è poc'anzi anticipato, il Legislatore, pur continuando a nutrire manifestamente "*una fiera avversione*"<sup>117</sup> nei confronti delle società *in house*, si è adeguato all'esito del *referendum*, mutando le condizioni di ammissibilità di tale modello organizzativo.

Ferme restando le condizioni soggettive enucleate dalla giurisprudenza comunitaria per l'*in house providing*, le peculiari condizioni "oggettive", che caratterizzavano la riforma operata con il più volte cit. art. 23 *bis*, hanno ceduto il passo ad una soglia di valore degli affidamenti (900.000 euro annui), arbitrariamente fissata dal Legislatore statale, al di sotto della quale gli enti locali sono sempre legittimati (naturalmente, all'esito della verifica prevista dai commi 1-7, di cui sopra si è detto) ad optare (discrezionalmente) per l'auto-produzione dei servizi.

In sostanza, il legislatore della manovra finanziaria aggiuntiva ha stabilito, in deroga all'affidamento con gara, che "*se il valore economico dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta «in house»*". A ben vedere, anche nel vigore della precedente disciplina, di cui al più volte cit. art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 e al relativo regolamento di attuazione, era già prevista una soglia di valore

---

<sup>117</sup> Cfr. Pozzoli S., *Una copia della riforma 2008 che è a rischio bocciatura*, in *Il Sole 24 ore*, 29/8/2011.

(200.000 euro), che segnava lo spartiacque tra gli affidamenti di importo superiore aventi rilevanza per il mercato, rispetto ai quali era sempre richiesta l'espressione del parere (che, nella maggior parte dei casi, risultava, peraltro, essere sfavorevole) dell'Autorità avente ad oggetto la verifica delle peculiari condizioni oggettive suscettibili di impedire o rendere inefficace l'eventuale ricorso al mercato, e quelli di importo pari od inferiore, per l'affidamento dei quali non era richiesta la previa attività consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e che, conseguentemente, erano sottoposti alla sola valutazione soggettiva dell'ente locale. Ebbene, è di tutta evidenza che, innalzando la soglia fino al valore di 900.000 euro, il legislatore ha dilatato la possibilità, per gli enti locali, di gestire i servizi pubblici locali in regime di autoproduzione<sup>118</sup>.

Senonché, con il d.l. n. 1/2012 (cd. decreto liberalizzazioni), il Governo tecnico guidato dal Prof. Mario Monti ha nuovamente modificato la disciplina dell'*in house*, segnatamente re-introducendo la soglia di valore di 200.000 euro in luogo di quella di 900.000 euro che, come si è detto, era stata individuata dal precedente Governo. Non par dubbio che, ancora una volta, ci si trovi di fronte ad un'iniziativa volta a relegare il fenomeno organizzativo dell'*in house providing* ad un ruolo del tutto marginale, specialmente ove si consideri che il già cit. d.l. n. 1/2012, al precipuo fine di consentire economie di scala, ha contestualmente provveduto a ridefinire la disciplina di organizzazione dei servizi, imponendo la loro riorganizzazione sulla base di ambiti territoriali ottimali di dimensione almeno pari al territorio provinciale. Ne consegue, ovviamente, un consistente aumento degli importi medi del valore degli affidamenti e, di converso, un (ulteriore) significativo restringimento delle ipotesi in cui deve ritenersi ancora consentito l'affidamento diretto a società *in house*.

---

<sup>118</sup> Senza, tuttavia, modificare l'impianto complessiva della riforma, che continua a relegare l'*in house providing* ad un ruolo marginale, a vantaggio dell'esternalizzazione che permane la modalità ordinaria di conferimento della gestione dei servizi.

Rispetto alla previsione in esame, si segnalano, per altro verso, le preoccupazioni dell’A.G.C.M, secondo cui *“in assenza di precise indicazioni sui criteri di scelta adottati per la definizione della soglia, l’Autorità osserva che questa appare oggettivamente elevata, tale da poter determinare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato. In ogni caso, il sistema di esenzioni dall’obbligo di gara così configurato si presta facilmente a comportamenti elusivi da parte delle Amministrazioni che non intendono procedere agli affidamenti tramite gara dei servizi pubblici locali: sarebbe sufficiente frazionare gli affidamenti in tante “tranche”, ciascuna di valore inferiore a 900.000 euro annui, per poterle poi attribuire tutte direttamente a controllate in house. Il sistema ora introdotto appare dunque meno efficace di quello in vigore in precedenza, né sembra possa essere migliorato con modifiche al ribasso della soglia, data l’arbitrarietà con cui qualsiasi valore verrebbe eventualmente determinato. L’Autorità ritiene, a tale proposito, opportuna la regola della gara obbligatoria salvo particolari situazioni locali di cui dimostrare l’esistenza da parte dell’ente affidante”*<sup>119</sup>.

Mossa da analoghe preoccupazioni, parte della dottrina<sup>120</sup> ha rilevato come l’impianto della norma, seppur in linea con i desiderata referendari, presti il fianco ad alcune considerazioni critiche. In particolare, è facile gioco osservare come la mancanza di un sistema di controllo che investa la verifica del valore complessivo del servizio da affidarsi possa costituire un pericoloso momento di elusione della normativa con la conseguenza che, senza adeguati riscontri, gli enti locali ben potrebbero affidare la gestione di servizi di valore superiore alla somma complessiva di 900.000 euro. Secondo la dottrina in parola, sarebbe, quindi, auspicabile la previsione di un organismo terzo,

---

<sup>119</sup> Cfr. segnalazione dell’Autorità cit.

<sup>120</sup> Si veda, in particolare, il contributo di Guzzo G., *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n. 138/2011: “nuove” regole e vecchie questioni*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 7-8.

capace di “testare” la correttezza dei dati elaborati dall’ente locale, azzerando il rischio di effetti distorsivi del libero gioco della concorrenza<sup>121</sup>.

Alla luce di tali pregnanti osservazioni critiche, il legislatore, con la novella apportata dalla legge n. 183/2011, ha modificato il sopra cit. comma 13, chiarendo che, “*al fine di garantire l’unitarietà del servizio oggetto dell’affidamento, è fatto divieto di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento*”.

Sempre con riferimento all’*in house providing*, si segnala la disposizione contenuta nel comma 14 del cit. art. 4, che prevede l’assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità interno “*secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell’articolo 18, comma 2 bis*” del d.l. n. 112/2008, ed affida agli enti locali il compito di vigilare sull’osservanza dei vincoli derivanti dal patto medesimo. A seguito delle modifiche, da ultimo apportate dal cit. d.l. n. 1/2012, e, in particolare, a seguito della ridefinizione degli ambiti territoriali e dei criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali imposta dall’art. 3 *bis* del d.l. n. 138/2011 (introdotto dall’art. 25 del cit. d.l. n. 1/2012), l’obbligo di vigilare sul rispetto del patto di stabilità interno da parte delle società *in house* è stato (correttamente) esteso anche agli enti di governo locale dell’ambito o del bacino.

Sotto altro profilo, è interessante osservare che la cit. disposizione, di cui al comma 14, suscita rilevanti dubbi di legittimità costituzionale con particolare riferimento alle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n.

---

<sup>121</sup> Invero, la posizione dell’Autore è articolata e merita di essere segnalata. Invero, “*allo stesso organismo dovrebbe essere demandato anche il compito di accertare la sussistenza dei due requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria (e nazionale) per poter procedere all’affidamento in house: il «controllo analogo» e il «criterio della parte più importante dell’attività»*. Si tratterebbe di un controllo a valle che completerebbe quello dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato avente ad oggetto l’istruttoria compiuta dall’ente locale relativamente all’affidamento di taluni servizi” (cfr. Guzzo G., op. ult. cit.).

325/2010. Infatti, la Consulta ha espunto proprio il riferimento al patto di stabilità a suo tempo previsto dal comma 10, lett. a), dell'art. 23 *bis*, sul presupposto dell'attrazione della materia nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica, di competenza concorrente e non esclusiva dello Stato. A ben vedere, le perplessità appena evidenziate risultano viepiù confermate dalla circostanza a mente della quale il procedimento di approvazione del decreto attuativo dell'art. 18, comma 2 *bis*, del d.l. n. 112/2008 (richiamato dalla disposizione in esame) contempla esclusivamente una fase consultiva (peraltro, obbligatoria, ma non vincolante) innanzi alla Conferenza unificata e non prevede alcun coinvolgimento diretto delle Regioni. Tant'è vero che, anche secondo la dottrina, *“l'attuale formulazione del comma 14 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, nel far riferimento alla definizione delle modalità di assoggettamento al patto di stabilità alla concertazione, sembra escludere ancora una volta le Regioni, con conseguente sospetto di illegittimità costituzionale della norma”*<sup>122</sup>.

Per quanto concerne la disciplina applicabile agli affidamenti disposti dalle società *in house* e miste e le relative procedure di assunzione del personale, sono state confermate le regole previgenti (in particolare, sono stati pedissequamente riprodotti gli artt. 6 e 7 del d.P.R. n. 168/2010), da integrarsi con quanto previsto dall'art. 18 del d.l. n. 112/2008 (ancora vigente). Ad ulteriore conferma di quanto esposto, il comma 5 dell'art. 3 *bis* del d.l. n. 138/2011 (come, da ultimo, introdotto dall'art. 25, comma 1, lett. a), del d.l. n. 1/2012) ha nuovamente ribadito che le società affidatarie *in house* di servizi

---

<sup>122</sup> Cfr. G. Guzzo, op. ult. cit. Dello stesso avviso è anche altra dottrina, secondo cui *“non può non osservarsi come la previsione di assoggettabilità al patto di stabilità, rebus sic stantibus, vada incontro alle medesime eccezioni alla stregua delle quali la Corte Costituzionale, con pronuncia n. 325/2010 ha espunto il riferimento al patto di stabilità nella lettera a) del comma 10 dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008 sul presupposto dell'attrazione della materia nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica di competenza concorrente e non esclusiva dello Stato”* (cfr. Rizzo I., *I servizi pubblici locali dopo il d.l. 138/2011*, in *Urb. e app.*, 2011, 12, 1398).

pubblici locali<sup>123</sup> sono tenute ad applicare il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e che le medesimo società hanno l'obbligo di individuare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui all'art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001, nonché che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori<sup>124</sup>.

### **7.3. Le incompatibilità (commi 19-27).**

I commi 19-27 del cit. art. 4 ripropongono il rigido sistema di incompatibilità e divieti, a suo tempo innovativamente introdotto dall'art. 8 del d.P.R. n. 168/2010, finalizzato ad evitare che possano avere luogo doppi incarichi e che si realizzino favoritismi. Invero, al pari della precedente, la disposizione affronta l'intera problematica con la previsione di misure che intervengono quasi esclusivamente sul meccanismo delle incompatibilità e dei divieti, senza intervenire sulle questioni relative all'adeguatezza e individuazione di un adeguato sistema di regolazione e controllo da parte degli enti locali.

In particolare, gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché gli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non

---

<sup>123</sup> Nonostante il testo della disposizione faccia genericamente riferimento alle società *in house*, considerato l'inequivocabile tenore della relativa rubrica ("*Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*"), si deve ritenere che la disposizioni in esame valga a regolare esclusivamente l'attività degli *in house provider* operanti nel campo dei servizi pubblici locali.

<sup>124</sup> Nonostante detta ultima previsione rivesta carattere tautologico, considerato che la maggior parte delle cit. disposizioni dirette a contenere la spesa per il personale degli enti locali espressamente preveda la relativa applicabilità anche alle società *in house* partecipate dagli enti, si deve ritenere che la stessa rivesta carattere innovativo non essendo contemplata dal previgente regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008.

possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto, esteso anche ai prossimi congiunti<sup>125</sup>, si applica anche nel caso in cui dette funzioni siano state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali.

Parimenti, è previsto un sistema di incompatibilità per quanto concerne la nomina ad amministratore delle società partecipate dagli enti locali<sup>126</sup>, nonché con riferimento al conferimento dell'incarico di componente della commissione di gara<sup>127</sup>.

#### ***7.4. Le reti (commi 28-31). Cenni in relazione alla sentenza n. 320/2011 della Corte Costituzionale in materia di proprietà pubblica delle reti.***

Sebbene la disciplina delle reti non rappresenti certamente l'oggetto principale della presente trattazione, non si può fare a meno di fornire alcune considerazioni generali di inquadramento rispetto all'attuale quadro normativo, considerato, peraltro,

---

<sup>125</sup> Infatti, tale divieto opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati dallo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.

<sup>126</sup> Non possono essere nominati amministratori delle società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore (sindaci, presidenti delle Province, consiglieri dei Comuni e delle Province, i componenti delle Giunte comunali e provinciali, i presidenti dei Consigli comunali e provinciali, i presidenti, i consiglieri e gli assessori delle comunità montane, i componenti degli organi delle unioni di Comuni e dei consorzi fra enti locali, nonché i componenti degli organi di decentramento) negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

<sup>127</sup> I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto, né svolgere, alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi. Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso.

che, anche in questo caso, l'art. 4 in esame si è limitato a riprodurre pedissequamente le disposizioni già contenute nell'art. 23 *bis*, comma 5, del d.l. n. 112/2008 e nell'art. 10 del d.P.R. n. 168/2010.

Invero, trascurando l'esame delle disposizioni introdotte dall'art. 10 del regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* ed oggi trasposte nei commi 29 e 30 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, aventi ad oggetto la regolazione dei rapporti patrimoniali tra gestore uscente e subentrante con specifico riferimento ai beni strumentali alla gestione del servizio<sup>128</sup>, ci si vuole soffermare sulla prima delle ultime due disposizioni citate (comma 5 dell'art. 23 *bis*, attualmente trasfusa nel comma 28 del cit. art. 4), ricordando come la stessa abbia sostanzialmente cristallizzato, a livello legislativo, il principio secondo cui la proprietà delle reti deve essere pubblica, mentre la loro gestione può essere affidata (anche) a soggetti privati. Oltre ad alcuni problemi di compatibilizzazione con le previgenti disposizioni, in tema di proprietà e gestione delle reti, contenute nell'art. 113 T.U.E.L., di cui si dirà nel prosieguo, detta disposizione ha destato perplessità rispetto alle relative modalità di attuazione. Infatti, non è chiaro se essa valga esclusivamente a rimarcare il principio secondo cui, quando la proprietà della reti è (già) pubblica, allora

---

<sup>128</sup> Invero, il comma 29, prendendo le mosse da un consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale e volendo sopperire ad eventuali lacune dei contratti di servizio, chiarisce che “*alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessarie, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati...dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami*”; mentre, il comma 30, si appunta sui rapporti patrimoniali prevedendo che “*se, al momento della cessazione, i beni di cui al comma 29 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del presente decreto*”.

questa è incedibile<sup>129</sup>, ovvero se sia suscettibile di impegnare gli enti locali ad acquisire la proprietà delle reti di cui non sono titolari. Scartata la seconda opzione in quanto troppo onerosa per poter essere fattivamente perseguita, l'opinione prevalente ha finito con il focalizzarsi sulla prima.

Ritornando ai problemi di compatibilità con le (previgenti) disposizioni contenute nell'art. 113 T.U.E.L., occorre ricordare che i medesimi parevano essersi risolti con l'approvazione del regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis*, il quale aveva espressamente individuato le disposizioni dell'art. 113 incompatibili con la nuova disciplina, da ritenersi, pertanto, espressamente abrogate. Tra queste non compariva il comma 13 del cit. art. 113, secondo cui, ferma restando la loro inalienabilità, è legittima la scelta dell'ente locale di conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico incedibile, che quindi si riteneva essere ancora in vigore, tanto è vero che alcune legislazioni regionali vi facevano espresso riferimento e rinvio.

Senonché, nel giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'impugnazione diretta, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, di una disposizione della Regione Lombardia<sup>130</sup>, la Corte Costituzionale ha mostrato di essere di diverso avviso. Invero, nell'accogliere il ricorso del Governo, con la recente sentenza n.

---

<sup>129</sup> Principio, codificato dall'art. 113, comma 2, T.U.E.L., laddove prevede che “*gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei servizi pubblici*”.

<sup>130</sup> Ci si riferisce, segnatamente, all'art. 49, comma 2, della l.r. n. 26/2003 della Regione Lombardia, modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t), della l.r. n. 21/2010, a mente del quale “*gli enti locali possono costituire una società patrimoniale d'ambito ai sensi dell'art. 113, comma 13, del d.lgs. n. 267/2000, a condizione che questa sia unica per ciascun ATO e vi partecipino direttamente o indirettamente mediante conferimento della proprietà delle reti, degli impianti, delle altre dotazioni patrimoniali del servizio idrico integrato e, in caso di partecipazione diretta, del relativo ramo di azienda, i Comuni rappresentativi di almeno i due terzi del numero dei Comuni dell'ambito*”.

320/2011<sup>131</sup>, la Consulta ha, innanzitutto, chiarito che l'art. 23 *bis* ha previsto due diverse modalità di abrogazione delle norme previgenti: da un lato, ha affidato al Governo il potere di “*individuare espressamente*”, con regolamento, le disposizioni abrogate ai sensi dello stesso art. 23 *bis*; dall'altro, con riferimento al solo art. 113 del T.U.E.L., ne ha disposto l'abrogazione “*nelle parti incompatibili con le disposizioni*” del medesimo art. 23 *bis*. Nel primo caso, l'effetto abrogativo è stato differito al momento dell'entrata in vigore del regolamento di delegificazione, che nella fattispecie è rappresentato proprio dal più volte cit. d.P.R. n. 168/2010; nel secondo caso, invece, tale effetto è conseguito immediatamente dall'entrata in vigore dell'art. 23 *bis* ed è accertato direttamente dall'interprete. Ebbene, il regolamento di attuazione non ha ricompreso il comma 13 dell'art. 113 del T.U.E.L. tra le disposizioni abrogate, ma la Corte Costituzionale afferma senza esitazione che l'effetto abrogativo si era già verificato ad opera della *lex posterior*<sup>132</sup> e ricorda come, nel frattempo, il regolamento sia stato anche privato del suo fondamento normativo per l'intervenuta abrogazione dell'intero art. 23 *bis* a seguito del *referendum* popolare. La Consulta precisa, tuttavia, che il comma 13 dell'art. 113 non ha ripreso vigore a seguito di tale abrogazione<sup>133</sup> e che il quadro normativo così ricostruito non risente, peraltro, neanche degli effetti del recente d.l. n. 138/2011, dal momento che – come si è poc'anzi anticipato – il comma 28 del più volte cit. art. 4 di tale decreto, nel riprodurre letteralmente il contenuto del comma 5 dell'art. 23 *bis*, ha ripristinato il principio secondo cui “*ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati*”.

Invero, secondo il Giudice delle leggi, l'abrogazione implicita del comma 13

---

<sup>131</sup> Si veda il commento di Buzzacchi C., *Corte cost. n. 320/2011 – Proprietà pubblica delle reti: il dilemma dei servizi pubblici locali*, in *Dir. regionali*, 1 dicembre 2011.

<sup>132</sup> Ossia, il più volte cit. art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008.

<sup>133</sup> In proposito, si rinvia alle considerazioni già espresse nel precedente par. 6. della presente trattazione.

dell'art. 113 T.U.E.L. per contrasto con il comma 5 dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 è conseguita stata determinata dalla patente incompatibilità tra le due disposizioni. La Consulta osserva, infatti, come la proprietà pubblica delle reti implichino, indubbiamente, l'assoggettamento di queste al regime giuridico del demanio accidentale pubblico, con conseguente divieto di cessione e di mutamento della destinazione pubblica. In particolare, ad avviso della Corte, le reti, intese in senso ampio, vanno ricomprese, in quanto appartenenti ad enti pubblici territoriali, tra i beni demaniali, ai sensi del combinato disposto dell'art. 822, secondo comma, c.c. e dell'art. 824, primo comma, c.c.

A ben vedere, la cit. sent. n. 320/2011 della Corte Costituzionale offre almeno due rilevanti spunti di riflessione.

In primo luogo, prima della pronuncia della Corte, non era affatto chiaro come dovesse operare l'effetto abrogativo dell'art. 23 *bis*. In particolare, considerato che il comma 10 affidava al successivo regolamento di attuazione il compito di individuare le disposizioni dell'art. 113 da ritenersi incompatibili e, conseguentemente, abrogate, era plausibile ritenere che non dovesse contestualmente operare anche una forma di abrogazione implicita. Sotto questo profilo, la pronuncia della Corte apre, quindi, le porte alla futura attività degli interpreti, finalizzata all'individuazione di ulteriori disposizioni previgenti da ritenersi abrogate per contrasto implicito con i principi ispiratori della riforma di cui all'art. 23 *bis* e, oggi, all'art. 4 del d.l. n. 138/2011. Non ci si può esimere dal rilevare che sarebbe stata auspicabile una maggiore chiarezza espositiva, da parte del legislatore, nel definire le regole di operatività delle riforma in materia di servizi pubblici locali, in modo tale da evitare il protrarsi di questioni interpretative che, ormai, perdurano da diversi anni.

In secondo luogo, si deve osservare come la Corte abbia fondato la propria interpretazione su una lettura forse eccessivamente formalistica, in particolare quando ha

ritenuto di considerare la società interamente pubblica, a capitale incredibile, destinataria della proprietà degli *asset*, descritta dal comma 13 dell'art. 113 T.U.E.L., alla stregua di un soggetto privato. Infatti, al di là della natura formalmente privata del soggetto societario, sarebbe stato opportuno, almeno ad avviso di chi scrive, accennare agli insegnamenti del diritto comunitario, secondo cui, ai fini della qualificazione di un soggetto giuridico, rileva primariamente la sua natura sostanziale. D'altronde, è proprio in base a tali considerazioni che il diritto comunitario ha coniato la figura dell'organismo di diritto pubblico, il quale, pur potendo formalmente avere natura di società di diritto privato, in sede di affidamento dei relativi contratti passivi, viene considerato, sotto tutti i profili, alla stregua di un'Amministrazione aggiudicatrice, ossia un soggetto squisitamente pubblico. Sicché, senza nulla togliere alle conclusioni raggiunte dalla Corte<sup>134</sup>, sarebbe stata auspicabile una presa di posizione, eventualmente sotto forma di *obiter dictum*, da parte della Corte in ordine al rapporto tra la teoria, di derivazione comunitaria, dell'organismo di diritto pubblico e le modalità di qualificazione dei soggetti giuridici in base al vigente ordinamento nazionale.

#### ***7.5. Il periodo transitorio (comma 32).***

Il comma 32 introduce rilevanti innovazioni rispetto al periodo transitorio “*degli affidamenti non conformi a quanto stabilito*” dall'art. 4 del cit. d.l. n. 138/2011. Ci si riferisce, in particolare, all'eliminazione della previsione, contenuta nel previgente comma 8 dell'art. 23 *bis*, relativa all'obbligo di cessione delle partecipazioni pubbliche nelle società *in house* e miste, non quotate, titolari di affidamenti diretti. Permane, invece, la condizione della progressiva dismissione delle partecipazioni azionarie pubbliche nelle società quotate titolari di affidamenti diretti (lett. d)), al cui adempimento risulta (ancora una volta) subordinata la prosecuzione di tali affidamenti fino alla loro naturale scadenza.

---

<sup>134</sup> Ci si riferisce, ovviamente, all'accertamento dell'abrogazione implicita del comma 13 dell'art. 113, per contrasto con il principio sancito dal comma 5 dell'art. 23 *bis*.

Infatti, per quanto riguarda gli affidamenti diretti assentiti alla data dell'1 ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., è previsto che questi *“cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione in capo ai soci pubblici detentori di azioni alla data del 13 agosto 2011, ovvero quella sindacata<sup>135</sup>, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento presso investitori qualificati e operatori industriali<sup>136</sup>, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015”*.

Relativamente all'esenzione dalla cessazione automatica degli affidamenti (originariamente prevista esclusivamente per le quotate e, comunque, solo in caso di progressiva riduzione della partecipazione pubblica in seno alla società), in difetto di un espresso chiarimento legislativo, l'A.G.C.M. ha ritenuto di precisare che *“i casi di cui alla lettera d), del comma 32, non possono ricomprendere anche affidamenti oggi in essere in base a rinnovi e a proroghe tacite, già definiti dal Giudice Amministrativo quali gestioni di fatto, in quanto esercitati, sulla base di un titolo illegittimo”<sup>137</sup>*. In senso critico rispetto alla previsione della dismissione delle partecipazioni pubbliche nelle

---

<sup>135</sup> Nella formulazione originale, si faceva riferimento alla mera *“partecipazione pubblica”*. La precisazione consegue alle modifiche apportate dalla legge n. 183/2011.

<sup>136</sup> Il riferimento agli operatori industriali trova corrispondenza nella previsione della (necessaria) individuazione di un socio privato *“operativo”* rispetto all'ipotesi di costituzione di società mista. Diversamente da quest'ultima ipotesi, nel caso in esame, di progressiva dismissione delle partecipazioni pubbliche in società quotate, deve ritenersi, invece, ammissibile anche il subentro di soci privati *“investitori qualificati”*. E' evidente che questa differenziazione di trattamento fonda la propria *ratio* sulla circostanza che la quotazione in borsa determina l'apertura dell'azionariato (anche) a nuovi soci che apportano solo capitale di rischio.

<sup>137</sup> Cfr. segnalazione dell'Autorità cit.

società quotate, è possibile osservare che *“non c’è alcun motivo per trasferire ai privati la rendita monopolistica e non c’è alcun motivo per costringere i Comuni a cedere quote delle società, anche quotate, nel momento peggiore, quando cioè il corso dei titoli sta raggiungendo il minimo storico. Si tratta di una norma che, sul piano politico, rischia di legittimare la posizione di coloro che, in realtà, si oppongono alla liberalizzazione sventolando la bandiera della lotta contro le rendite private”*<sup>138</sup>.

Merita, altresì, di essere segnalata la disposizione, di inedita portata, contenuta nella lett. a) del comma 32, a mente della quale *“gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al comma 13 (900.000 euro nella sua prima formulazione, 200.000 euro a seguito delle modifiche introdotte dal cit. d.l. n. 1/2012; n.d.r.), nonché gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d) cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, alla data del 31 marzo 2012 (31 dicembre 2012, a seguito delle modifiche introdotte dal cit. d.l. n. 1/2012; n.d.r.)”*. La legge di stabilità n. 183/2011 ha novellato la cit. lett. a) del comma 32, precisando che la disposta cessazione degli affidamenti diretti riguarda non solo quelli il cui valore economico sia superiore alla soglia individuata dal comma 13, ma anche quelli *“non conformi a quanto previsto al medesimo comma”*<sup>139</sup>.

Inoltre, pare che la disposizione in esame, per come è stata formulata, consenta la

---

<sup>138</sup> Cfr. L. Lanzillotta, op. cit.

<sup>139</sup> In dottrina, vi è chi critica il legislatore per non aver colto l’occasione della novella apportata dalla legge di stabilità per il 2012 per chiarire (espressamente) le sorti degli affidamenti *in house* confermi alla nuova normativa (rispetto delle condizioni soggettive enucleate dalla giurisprudenza comunitaria e valore dell’affidamento non superiore a 900.000 euro annui). Infatti, *“colpisce l’assenza di qualsiasi riferimento relativo alla cessazione delle società a capitale interamente pubblico alle quali sia stata affidata la gestione di un servizio pubblico locale nel rispetto dei parametri fissati dal precedente comma 13 le quali dovrebbero smettere di operare alla scadenza del contratto di servizio”* (cfr. Guzzo G., *Brevi riflessioni su i nova dei spl dopo la legge di stabilità n. 183/2011*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 12).

prosecuzione, sino a scadenza naturale, degli affidamenti diretti di importo inferiore a 900.000 euro (attualmente, 200.000 euro) assentiti a società *in house*, secondo modalità conformi al diritto comunitario. A tale conclusione sembra essere giunta anche l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato laddove afferma, seppur in senso critico, che “*appare del tutto inconferente un valore predeterminato del servizio quale criterio per giustificare la prosecuzione degli affidamenti, effettuati in house, sino alla loro scadenza naturale*”<sup>140</sup>.

La disposizione in esame (comma 32, lett. a), cit.) è stata, da ultimo, modificata dal d.l. n. 1/2012, che ha introdotto rilevanti e significative innovazioni rispetto alla disciplina del periodo transitorio, con particolare riferimento alle società *in house*. Invero, relativamente a detti affidamenti, il decreto liberalizzazioni ha disposto il superamento dell’automatica scadenza delle gestioni in essere (alla data del 31 dicembre 2012). E ciò, qualora, entro il termine del 31 dicembre 2012 (ossia, prima della scadenza anticipata degli affidamenti *in house* non conformi), si perfezioni l’integrazione operativa di preesistenti gestioni dirette o *in house* tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di ambito o di bacino territoriale ottimale, secondo quanto previsto dall’art. 3 *bis* del d.l. n. 138/2011 (introdotto dall’art. 25 del d.l. n. 1/2012). In tale caso, in deroga a quanto previsto dal cit. comma 32, lett. a), deve, infatti, ritenersi consentito l’affidamento *in house* a favore dell’azienda risultante dalla sopra menzionata integrazione operativa. Al precipuo fine di evitare surrettizie elusioni della disciplina del periodo transitorio, che potrebbero, in ipotesi, realizzarsi attraverso pratiche di integrazione operativa strumentalmente tese a conservare gli affidamenti diretti in capo alle società *in house*, senza che a ciò consegua, poi, quella massimizzazione dell’efficienza gestionale che, in ultima analisi, risulta essere il reale obiettivo perseguito dal sopra cit. comma 3 *bis*, la

---

<sup>140</sup> Cfr. segnalazione dell’Autorità cit.

possibilità di procedere con l'affidamento in deroga<sup>141</sup> è stata subordinata all'ulteriore condizione, secondo cui il contratto di servizio *“dovrà prevedere indicazioni puntuali riguardanti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente, il livello di investimenti programmati ed effettuati e obiettivi di performance (redditività, qualità, efficienza). La valutazione dell'efficacia e dell'efficienza della gestione e il rispetto delle condizioni previste nel contratto di servizio sono sottoposti a verifica annuale da parte dell'Autorità di regolazione di settore. La durata dell'affidamento in house all'azienda risultante dall'integrazione non può essere in ogni caso superiore a tre anni”* (cfr. comma 32, lett. a) cit.).

Del resto, pare eccessivamente penalizzante la previsione della scadenza automatica, al 30 giugno 2012, successivamente prorogata al 31 marzo 2013<sup>142</sup>, delle *“gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio”*<sup>143</sup>, considerato che detti affidamenti, al momento in cui sono stati assentiti (ossia, fino all'approvazione del decreto Ronchi, d.l.gs. n. 135/2009, che ha recepito, a livello legislativo, le indicazioni fornite dalla giurisprudenza in ordine alla gara cd. a doppio oggetto), erano del tutto conformi alla normativa *ratione temporis* applicabile e, pertanto, perfettamente legittimi.

A chiusura del sistema relativo alla cessazione anticipata degli affidamenti, di cui al periodo transitorio previsto dal cit. comma 32, al fine di non pregiudicare la necessaria continuità nell'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, è stato, da

---

<sup>141</sup> *Rectius*: affidamento *in house* alla società risultante dall'integrazione operativa.

<sup>142</sup> Anche in questo caso, la modifica è stata introdotta dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012.

<sup>143</sup> Cfr. comma 32, lett. b).

ultimo, introdotto l'obbligo<sup>144</sup>, per i soggetti pubblici e privati esercenti a qualsiasi titolo attività di gestione dei servizi pubblici locali, di assicurare l'integrale e regolare prosecuzione delle attività medesime anche oltre le scadenze previste dal comma 32, ed in particolare, il rispetto degli obblighi di servizio pubblico e degli standard minimi dei servizi pubblici locali, di cui all'art. 2, comma 3, lett. e), del cit. d.l. n. 138/2011, alle condizioni di cui ai rispettivi contratti di servizio e dagli altri atti che regolano il rapporto, fino al subentro del nuovo gestore e, comunque, in caso di liberalizzazione del settore, fino all'apertura del mercato alla concorrenza, con esclusione di qualsiasi indennizzo o compenso aggiuntivo.

Da ultimo, si registra l'introduzione, da parte della cit. legge di stabilità per il 2012 (n. 183/2011), di una meccanismo finalizzato a garantire l'effettivo rispetto, da parte degli enti locali titolari dei servizi, delle disposizioni relative al periodo transitorio degli affidamenti. Ci si riferisce, in particolare, al (nuovo) comma 32 *bis* del più volte cit. art. 4, a mente del quale *“al fine di verificare e assicurare il rispetto delle disposizioni di cui al comma 32 (regime transitorio degli affidamenti non conformi; n.d.r.), il Prefetto accerta che gli enti locali abbiano attuato, entro i termini stabiliti, quanto previsto al medesimo comma. In caso di inottemperanza, assegna agli enti inadempienti un termine perentorio entro il quale provvedere. Decorso inutilmente detto termine, il Governo, ricorrendone i presupposti, esercita il potere sostitutivo ai sensi dell'art. 120, comma secondo, della Costituzione e secondo le modalità previste dall'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131”*. A ben vedere, la disposizione in parola si rifà all'impostazione tradizionale, delineata a far tempo dalla legge cd. “Giolitti” e dal successivo T.U. sulla municipalizzazione del 1925, in base alla quale il Prefetto, quale rappresentante del Governo sul territorio, era titolare di un'ampia competenza in materia di controllo degli

---

<sup>144</sup> Ai sensi del cit. art. 4, comma 32 *ter*, del d.l. n. 138/2011, introdotto dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012.

enti locali avente ad oggetto (anche) l'organizzazione dei servizi pubblici locali.

Attenta dottrina<sup>145</sup> ha evidenziato, sempre con riferimento al cit. comma 32 *bis*, come detta disposizione susciti qualche perplessità per via del rimando all'art. 120, comma 2, Cost., relativamente all'esercizio del potere sostitutivo del Governo, qualora venga accertato che alcuni affidamenti (non conformi) non siano cessati entro i termini previsti dal precedente comma 32, pur essendo venute meno le condizioni perché le società a partecipazione pubblica titolari di detti affidamenti possano ancora erogare i servizi. Le incertezze riguardano, infatti, l'inquadramento costituzionale dell'intera materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che la Corte Costituzionale tradizionalmente tende a ricondurre nel titolo competenziale di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., ossia nell'ambito materiale della tutela della concorrenza. In assoluta distonia rispetto a tale cristallizzata interpretazione, la disposizione in esame (comma 32 *bis* cit.) evoca una norma costituzionale (art. 120, comma 2, Cost.) che giustifica l'intervento sostitutivo del Governo con specifico riferimento al caso in cui venga in rilievo la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantirsi in modo unitario su tutto il territorio nazionale. Di talché, la disposizione in parola sembra ricondurre l'intera materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sotto l'egida costituzionale dell'art. 117, comma 2, lett. m), sottraendolo alla materia della tutela della concorrenza e sconfessando, in tal modo, quanto stabilito dalla stessa Corte Costituzionale in numerosi precedenti<sup>146</sup>. Alla luce di tali considerazioni, viene da chiedersi se il più volte cit. comma 32 *bis*, nel conferire al Governo un potere sostitutivo fondato su un falso, o quantomeno dubbio, presupposto (vale a dire che i servizi pubblici locali rappresentino dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti

---

<sup>145</sup> Cfr. Guzzo G., op. ult. cit.

<sup>146</sup> In proposito, si vedano, a titolo esemplificativo, le conclusioni raggiunte dalla Corte Cost. con la cit. sent. n. 325/2010.

diritti civili e sociali e non costituiscono, piuttosto, espressione del libero mercato), non sia potenzialmente in contrasto con la Carta Costituzionale, laddove questa, invece, non riconosce alcun potere sostitutivo al Governo in materia di tutela della concorrenza.

**7.6. I limiti alla capacità di azione dei soggetti titolari di affidamenti diretti (comma 33).**

La disposizione di cui al comma 33 del cit. art. 4, al momento della sua approvazione, riproduceva pedissequamente il previgente comma 9 dell'art. 23 *bis*, senza peraltro chiarire i dubbi interpretativi che quest'ultima disposizione aveva suscitato (tra i quali si segnala, per la sua importanza, l'allora oscillante orientamento della giurisprudenza amministrativa in ordine all'applicabilità, o meno, dei limiti in parola alle società miste costituite con gara a doppio oggetto) e, pertanto, era fortemente criticata.

Al di là delle altre questioni interpretative meno significative, come quella relativa al rapporto tra i commi 6, 7 e 9 e il comma 33 sollevata di primo acchito all'indomani dell'approvazione del cit. art. 4<sup>147</sup>, è importante evidenziare che il legislatore,

---

<sup>147</sup> Invero, “il comma 9 prevede che le società a capitale interamente pubblico possano partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, in assenza di specifici divieti di legge. Il comma 7 precisa che, in questi casi, è necessario costituire una società ad hoc, e non operare direttamente. La scelta è intelligente: tutela i cittadini dell'ente locale proprietario, che non devono rischiare di pagare con la tariffa le perdite subite altrove, e difende la libertà di concorrenza, altrimenti messa a rischio dalla possibilità dell'azienda pubblica di coprire con gli utili di casa gli oneri del nuovo affidamento. Con tali modalità consentire alle società in house di partecipare alle gare non sarebbe per niente scandaloso e normalmente accade nel resto d'Europa. ...Una norma del genere, ancora, contribuirebbe alla crescita dimensionale delle imprese più efficienti – anche se in house – così da superare uno dei maggiori problemi industriali del settore, il nanismo delle nostre aziende. Sarebbe, infine, una novità sostanziale rispetto all'impianto dell'art. 23 *bis*, ispirato da un pregiudizio di superiorità del privato sul pubblico, che è proprio quanto gli italiani hanno rifiutato. Purtroppo lo stesso art. 4, al comma 33, si “controriforma”, riproponendo il divieto assoluto di acquisire ulteriori servizi a chi goda di un affidamento diretto, anche tramite società controllanti o controllate. ...L'art. 4, in sostanza, forse per la fretta di emanare la manovra correttiva, contiene una profonda contraddizione, che deve essere affrontata e risolta avendo a mente non solo quanto si ritiene che ci chieda Bruxelles, ma anche e soprattutto ricordandosi di ciò che hanno deciso poche settimane fa gli italiani” (cfr. Pozzoli S., op. ult. cit.).

evidentemente conscio dell' improcrastinabile esigenza di definire l'ambito soggettivo di applicazione del divieto in parola, con la novella di cui alla legge di stabilità per il 2012, ha ampiamente rimaneggiato il testo del cit. comma 33, precisando, in particolare, che le società miste costituite con gara a doppio oggetto non sono soggette al divieto di extra-territorialità imposto dal cit. comma 33. Infatti, a seguito delle modifiche, il comma 33 (secondo periodo) è lapidariamente chiaro nell'affermare che *“il divieto di cui al primo periodo...non si applica...al socio selezionato ai sensi del comma 12 e alle società a partecipazione pubblica e privata costituite ai sensi del medesimo comma”*.

Rinviando alla seconda parte della presenta trattazione per un'approfondita disamina dei limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica operanti nel campo dei servizi pubblici locali, in questa sede sia sufficiente evidenziare che, in dottrina<sup>148</sup>, vi è chi non ha mancato di sottolineare la scarsa chiarezza della “riforma”, introdotta dal cit. art. 4, rispetto alla disciplina applicabile alle società miste e agli (eventuali) limiti territoriali alla loro attività. In particolare, prendendo le mosse dalla (condivisibile) considerazione secondo cui se è vero, come è vero, che alle società miste viene riconosciuto il diritto di gestire servizi ulteriori rispetto a quello originariamente affidato ovvero di concorrere alle gare bandite in ambiti territoriali diversi, allora non si può negare a detti moduli societari una vocazione sostanzialmente imprenditoriale, con la conseguenza che questi ultimi dovevano essere espressamente inseriti nell'elenco contenuto nel comma 8, in quanto funzionali ad una gestione concorrenziale dei servizi<sup>149</sup>, la dottrina in parola giunge ad analizzare il rapporto tra il comma 12 e il successivo comma 26 (rimasto immutato anche a seguito della novella introdotta dalla legge di stabilità per il 2012) del medesimo art. 4. Invero, le principali perplessità relative a detto rapporto riguardano la circostanza che, da una parte, il comma

---

<sup>148</sup> Guzzo G., *Brevi riflessioni su i nova dei spl dopo la legge di stabilità n. 183/2011*, sopra cit.

<sup>149</sup> In proposito, si rinvia alle considerazioni già espresse al par. 7.2.2. della presente trattazione.

26, coerentemente con le chiare indicazioni fornite sul punto dal diritto comunitario<sup>150</sup>, apre alla possibilità che una società mista costituita dall'ente affidante possa partecipare ad una gara bandita proprio da quest'ultimo<sup>151</sup>, mentre, dall'altra parte, il comma 12 definisce regole puntuali in relazione all'ipotesi di costituzione della società mista cui affidare la gestione del servizio (unica gara a doppio oggetto), peraltro pienamente avallate dalla recente giurisprudenza amministrativa<sup>152</sup>. Di talché, le due disposizioni potrebbero sembrare in contrasto nella misura in cui parrebbero configurare due distinte modalità di affidamento dei servizi nei confronti del modulo societario a partecipazione mista pubblico-privato<sup>153</sup>. Senonché, *res melius perpensa*, deve escludersi ogni contrasto,

---

<sup>150</sup> In proposito, sia consentito richiamare quanto recentemente rilevato dal Supremo Consesso Amministrativo, secondo cui “*pur avendo l’Unione europea previsto la necessità per gli Stati membri di provvedere alla regolamentazione dell’accesso al mercato degli appalti pubblici da parte di organismi di proprietà o partecipati da enti pubblici, proprio per evitare distorsioni della concorrenza nei confronti di soggetti privati (v. direttiva n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004), si è tuttavia escluso che il riconoscimento della legittimazione a concorrere extra moenia contrasti in qualche modo con i principi in materia di concorrenza e di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private. E’ stato, invero, affermato che il solo fatto che Amministrazioni aggiudicatrici ammettano alla partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto organismi che beneficiano di sovvenzioni pubbliche non costituisce automaticamente violazione del principio di parità di trattamento (e della concorrenza), non sussistendo a livello di normativa comunitaria un espresso divieto di partecipazione ai tali organismi a dette procedure di appalto (così: C.G.E., 7 dicembre 2002; Sez. V, 27 dicembre 2004, n. 6325; 12 giugno 2009, n. 3767), salvo procedere ad un’accurata e puntuale valutazione della congruità dell’offerta, per evitare che un’offerta particolarmente bassa possa essere proprio il frutto della predetta particolare posizione dell’organismo a partecipazione pubblica che ha preso parte alla gara (Sez. V, n. 3767/2009 cit.; 3 settembre 2001, n. 6225; 7 settembre 2004, n. 5843; 3 ottobre 2005, n. 5304; C.G.A. 21 marzo 2007, n. 197)” (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17).*

<sup>151</sup> Invero, il comma 26, pur riguardando specificamente il regime delle incompatibilità delle commissioni di gara per l'esternalizzazione della gestione dei servizi, pare consentire l'ipotesi della partecipazione di una società mista ad una gara indetta dal medesimo ente locale che la partecipa, laddove prevede che “*nell’ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall’ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell’ente locale stesso*”.

<sup>152</sup> Al riguardo, si veda Guzzo G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè ed., Milano, 2009, e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>153</sup> Infatti, vi è chi sostiene che la disposizione di cui al comma 26 “*sembra stridere con il precedente comma 12 che definisce regole puntuali in merito alla costituzione di società mista...l’applicazione di tali*

dal momento che la gara cd. a doppio oggetto è stata coniata dalla giurisprudenza in considerazione del fatto che la (mera) selezione del socio privato a mezzo gara non risultava condizione sufficiente a legittimare l'affidamento diretto dei servizi a favore della società mista in tal modo costituita, conseguentemente determinandosi una lesione del principio di concorrenza di derivazione comunitaria. Di talché, si richiedeva una doppia gara: la prima, avente ad oggetto la qualità di socio nella società mista; la seconda, relativa all'affidamento del servizio in favore della società mista. Ciò nondimeno, facendo saggia applicazione dei principi di economicità e concentrazione, la giurisprudenza ha acutamente suggerito la possibilità di predisporre un'unica gara a doppio oggetto, che costituisce sostanzialmente la *summa* delle due gare di cui si detto poc'anzi, i cui contenuti sono stati recepiti, a livello legislativo, proprio dal cit. comma 12. Ebbene, ciò posto, non si è mai detto che la doppia gara determini la violazione del principio di concorrenza, essendo piuttosto vero il contrario. Pertanto, pare che, allo stato, siano praticabili entrambe le possibilità appena descritte: da una parte, la costituzione di una società mista mediante gara a doppio oggetto (individuazione del socio privato "operativo" e contestuale affidamento della gestione del servizio); dall'altra, la mera costituzione di società mista, previa selezione del socio privato tramite procedura ad evidenza pubblica, con la precisazione che detta società mista potrà poi partecipare alle gare per l'affidamento dei servizi (comprese anche quelle indette dal medesimo ente locale che la partecipa, ferma restando l'applicazione, in questo caso, delle sopra descritte regole in materia di incompatibilità dei membri della commissione di gara), essendo preclusa, per contrasto con il principio di concorrenza, la sola ipotesi di affidamento

---

*regole pone la previsione contenuta nel comma 26 «in rotta di collisione» con i principi comunitari e, scontando un errore di fondo, va certamente espunta quali che siano le ragioni che possono averla suggerita»* (Guzzo G., *Brevi riflessioni su i nova dei spl dopo la legge di stabilità n. 183/2011*, più volte cit.).

diretto del servizio. In conclusione, si ritiene che la previsione della possibilità, per le società miste, di partecipare alle gare indette dal medesimo ente locale partecipante, che si ricava dal cit. comma 12, si raccorda al novellato comma 33, laddove quest'ultimo dispone l'esenzione delle società miste (costituite ai sensi del predetto comma 12, ma l'esenzione può essere estesa, in via analogica, anche alle società miste costituite previa selezione del solo socio privato tramite procedura ad evidenza pubblica, a condizione che non siano titolari di affidamenti diretti) dal divieto di attività extra-territoriale e non contrasta affatto con il più volte cit. comma 26, essendo le due alternative sopra descritte (gara a doppio oggetto; doppia gara) entrambe rispettose del principio comunitario di concorrenza.

***7.7. Le società municipalizzate: l'incentivazione alla dismissione delle partecipazioni azionarie (art. 5 del d.l. n. 138/2011).***

Pur avendo espunto la previsione della cessione delle partecipazioni azionarie pubbliche dal periodo transitorio, il Legislatore ha mantenuto inalterato il proprio *favor* nei confronti della dismissione delle partecipazioni azionarie pubbliche nelle società che gestiscono servizi pubblici locali. In tale prospettiva, ha, infatti, previsto, all'art. 5 del d.l. n. 138/2011, che *“una quota del Fondo infrastrutture...nei limiti delle disponibilità in base alla legislazione vigente e comunque fino a 250 milioni di euro per l'anno 2013 e 250 milioni di euro per l'anno 2014, è destinata...ad investimenti infrastrutturali effettuati dagli enti territoriali che procedano, rispettivamente, entro il 31 dicembre 2012 ed entro il 31 dicembre 2013, alla dismissione di partecipazioni azionarie in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico. ... Le spese effettuate a valere sulla predette quota sono escluse dai vincoli del patto di stabilità interno. La quota assegnata a ciascun ente territoriale non può essere superiore ai proventi della dismissione effettuata. ...”*.

Risulta, immediatamente, evidente l'omessa indicazione della disciplina applicabile alle procedure di dismissione delle partecipazioni azionarie pubbliche. Invero, il Legislatore statale ha colpevolmente trascurato di prevedere l'obbligo, per gli enti locali intenzionati a dar corso alla cessione, di indire procedure ad evidenza pubblica per selezionare l'acquirente. Certamente, è vero che detto obbligo è agevolmente ricavabile in via interpretativa, soprattutto alla luce del costante orientamento seguito, in proposito, dal Giudice Amministrativo; tuttavia, sarebbe stata auspicabile una maggior chiarezza in tal senso, eventualmente anche attraverso la precisazione delle regole concorrenziali "minime", da inserire nei bandi.

Su un piano di opportunità, è possibile osservare che, oggi più che mai, in considerazione della congiuntura economica particolarmente sfavorevole e, soprattutto, dei pesanti tagli strutturali, imposti dalla manovra finanziaria, alle finanze degli enti territoriali, la previsione delle suddette misure di incentivazione sembra costituire una vera e propria elusione del principio (anti-privatizzazione) emerso, così chiaramente, all'esito del *referendum* sull'art. 23 bis.

Ancora in senso critico, si sottolineano i seguenti elementi che portano a ritenere che, più che di una cessione, si tratterà di una "svendita": i termini previsti per la cessione (entro il 31 dicembre 2012, ovvero entro il 31 dicembre 2013) sono ristretti e perentori; la propensione dei privati ad esporsi finanziariamente in un momento critico per l'economia globale è scarsa; il valore dei titoli non è mai stato così basso, a causa della congiuntura economica sfavorevole; ed infine, come si è già detto, mancano completamente i parametri rispetto alle modalità attraverso cui effettuare la dismissione (specialmente, per quanto riguarda la fase di valorizzazione delle partecipazioni).

Da ultimo, occorre segnalare che la disposizione in esame, a seguito dei rilevanti tagli alla spesa pubblica imposti dal Governo tecnico guidato dal Prof. Monti sul finire

del 2011, risulta, attualmente, sprovvista di copertura finanziaria.

***7.8. Il nuovo termine per la cessione delle partecipazioni detenute dai Comuni minori.***

Da ultimo, si segnala che – coerentemente con l'impostazione complessiva della manovra, ancora una volta ispirata al *favor* del Legislatore nei confronti della privatizzazione – l'art. 16, comma 13, del d.l. n. 138/2011 ha innovato l'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, in tema di liquidazione o cessione delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali minori, sostituendo il termine ivi previsto. Invero, la modifica anticipa al 31 dicembre 2012 (anziché, al 31 dicembre 2013) l'obbligo per i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti di mettere in liquidazione le società già costituite o di cedere le relative partecipazioni.

\*\*\*\*\*

***PARTE II: Gli ambiti di attività delle società a partecipazione pubblica regionale e locale e i relativi limiti.***

***8. Gli ambiti di attività delle società a partecipazione pubblica regionale e locale.***

***La pronuncia della Corte Costituzionale n. 326/2008.***

Passando ad analizzare il secondo aspetto della presente trattazione, occorre innanzitutto evidenziare che produzione legislativa finalizzata all'individuazione di precisi limiti alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica in funzione della loro attività, che tradizionalmente interessava le sole imprese titolari della gestione di servizi di interesse generale in virtù di disposizioni legislative e quelle operanti in regime di monopolio legale<sup>154</sup>, nonché i soggetti titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali di rilevanza economica e le società, a vario titolo, collegate a questi

---

<sup>154</sup> L'art. 8, comma 2 *bis*, della legge n. 187/1990 (tuttora vigente) dispone che tali soggetti operino in altri mercati esclusivamente per il tramite di società separate.

ultimi<sup>155</sup>, è stata oggetto, negli ultimi anni, di una repentina accelerazione che ha preso avvio con l'art. 13 del d.l. n. 223/2006, cd. decreto "Bersani", poi modificato a più riprese, ed è culminata nell'approvazione dell'art. 23 *bis*, comma 9, del d.l. n. 112/2008 (successivamente, trasposto nell'art. 4, comma 33, del d.l. n. 138/2011)<sup>156</sup>.

Cosicché, a seguito dei recenti interventi, il tema dei limiti posti dalla legge all'operatività delle società a partecipazione pubblica ha assunto importanza focale nell'ambito della disciplina giuridica delle società pubbliche<sup>157</sup>. E ciò in considerazione

---

<sup>155</sup> Ci si riferisce all'(ormai abrogato) art. 113, comma 6, T.U.E.L., di cui ci si occuperà nel prosieguo.

<sup>156</sup> Infatti, osserva correttamente la dottrina, *"il legislatore nazionale ha dedicato negli ultimi anni crescente attenzione al tema del posizionamento e dei margini di operatività delle società pubbliche nel mercato. E così, nell'ottica di rafforzare la concorrenza e di favorire i processi di liberalizzazione dei mercati, nell'ordinamento si sono susseguite e sovrapposte una serie di disposizioni che limitano la possibilità per le società di beneficiare di affidamenti diretti e di spendere i relativi vantaggi economici sul mercato ed altre che, viceversa, paiono prescindere dalla sussistenza di indebiti benefici economici in capo alle società pubbliche (affidamenti diretti) e che sembrano piuttosto ispirate dall'intento di riservare la competizione, tanto di mercato che per il mercato, ai soli operatori privati. Al primo gruppo di disposizioni sembrano appartenere le norme dell'art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, in tema di affidamenti diretti in favore di società in house e società miste e quelle che regolano il connesso divieto di operatività sui mercati in caso di detenzione di simili affidamenti (divieto, invero, generale, in quanto applicabile anche nei riguardi di soggetti privati). Quanto al secondo insieme di norme, pare possibile ricondurvi le disposizioni dell'art. 3, co. XXVII ss. della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008) che vietano alle Amministrazioni la facoltà di istituire società per fini non strettamente funzionali alla realizzazione delle proprie finalità istituzionali"* (cfr. Giliberti B. e Rizzo I., *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 11, 2511).

<sup>157</sup> Quanto, invece, ai limiti alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica che, secondo l'orientamento tradizionalmente seguito dalla giurisprudenza amministrativa, sarebbero ontologicamente collegati alla loro natura, è interessante evidenziare che, secondo attenta dottrina, *"non si può predicare una incapacità astratta e a tutti gli effetti delle società a prevalente capitale pubblico locale a svolgere attività imprenditoriali al di fuori del territorio degli enti locali soci ed in assenza di appositi strumenti di collegamento tra enti locali ma solo una incompatibilità, da valutare «di volta in volta», preordinata ad evitare che si verifichi un conflitto di interessi rispetto alla collettività di riferimento, perché l'ordinamento amministrativo presuppone che via sia sempre la rispondenza dell'azione della società a prevalente capitale pubblico locale – quanto meno in parte – alle esigenze della collettività stanziata sul territorio dell'ente locale che la ha costituita. E' tutto questo che si esprime nel concetto di «vincolo funzionale» e perciò può essere utile parlare, seppure con un rilievo prevalentemente descrittivo, di difetto di «legittimazione» e non già di «limitata capacità negoziale», «capacità negoziale circoscritta»,*

della portata preclusiva “trasversale” (e, quindi, fortemente penalizzante<sup>158</sup>) delle disposizioni in esame rispetto all’intero spettro di attività dei soggetti societari a partecipazione pubblica (servizi pubblici locali, servizi ed attività “strumentali”, attività di impresa), ed, inoltre, della valenza strategica dell’analisi del sistema di limiti e divieti in relazione all’assetto dei gruppi societari composti da soggetti a partecipazione pubblica.

La *ratio* degli interventi legislativi che hanno interessato il tema *de quo* è stata autorevolmente ed efficacemente sintetizzata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 326/2008 (rel. Cassese)<sup>159</sup>. Il Giudice delle leggi, nel respingere le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 13 del decreto “Bersani”, ha osservato come detta disposizione definisca il relativo ambito di applicazione in relazione all’oggetto sociale delle società a partecipazione pubblica e risulti fondata sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa di enti pubblici. Secondo la Consulta, l’una e l’altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di «genetica limitazione legislativa dei fini attribuiti». Infatti, nel nostro ordinamento manca un criterio base che consenta di una delimitazione della capacità (giuridica) della persona giuridica come effetto della natura delle sue funzioni o compiti e delle peculiarità inerenti alla sua costituzione. E, del resto, per gli stessi enti pubblici il territorio può rappresentare un limite all’esercizio delle potestà pubblicistiche ma non per la capacità di diritto privato o per le attività ed operazioni materiali. Si tratta di osservazioni fin troppo ovvie ma che è bene riprendere, perché potrebbero esservi tentativi di costruire o giustificare una capacità giuridica limitata (dallo scopo) delle società a prevalente capitale pubblico locale, sulla falsariga della capacità speciale *intra vires* dell’esperienza anglosassone” (cfr. Caia G., *L’attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 5, 1568).

<sup>158</sup> E’, infatti, immediato osservare che le disposizioni in esame denotano un atteggiamento del legislatore italiano di sfavore nei confronti dell’impresa pubblica che va ben oltre quanto richiesto dal diritto comunitario, che invece assume un atteggiamento di completa neutralità tra proprietà pubblica e proprietà privata delle imprese. Ciò che conta per il diritto comunitario è, semplicemente, che l’impresa pubblica non goda di regimi privilegiati ingiustificati (art. 86 del Trattato UE).

<sup>159</sup> In proposito, si vedano: Guzzo G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè ed., Milano, 2009, 235 e Chiti M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 10, 1115.

svolgimento sono differenti: nel primo caso, vi è attività amministrativa di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una Pubblica Amministrazione; mentre, nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza. La Corte ha concluso nel senso di ritenere che le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività<sup>160</sup> per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto "quasi-amministrazione"<sup>161</sup>. In tal modo, non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> Tanto è vero che la dottrina ritiene che si tratti di un "*mini-statuto speciale delle società pubbliche locali per lo svolgimento di funzioni amministrative strumentali o, comunque, non essenziali*" (cfr. Mattalia M., *Società miste e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, 6, 721).

<sup>161</sup> Per una compiuta definizione dei cd. "vantaggi competitivi" detenuti dalle società a partecipazione pubblica, si veda: T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161, in *Foro amm. TAR*, 2009, 6, 1916.

<sup>162</sup> Corte Cost. n. 326/2008 cit.; in termini sostanzialmente analoghi rispetto alle finalità pro-concorrenziali del cit. art. 13, si veda anche il parere dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 213/2008, reperibile sul sito *internet* dell'Autorità. Incidentalmente, sia consentito rilevare che "*la nozione giuridica di concorrenza conosce due distinte declinazioni, entrambe recepite nella Carta costituzionale sebbene sul punto il dibattito dottrinale abbia storicamente segnato non pochi contrasti: in una prima accezione «libertà di concorrenza», essa configura una situazione giuridica soggettiva alla quale assicurare il massimo grado di enforcement, siccome garanzia dell'individuo della nota dinamica Autorità/Libertà; un secondo significato della nozione «concorrenza effettiva», invece, si colloca sulla dimensione, orizzontale e paritaria, dei rapporti fra operatori economici, esprimendo un contenuto eminentemente relazionale in quanto finalizzato a regolare lo sviluppo del mercato. In questa seconda declinazione, anche a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, la concorrenza può dirsi essere ormai assunta tra i principi fondamentali dell'ordinamento che – nel bilanciamento con altri valori di pari rango – devono informare l'azione dei pubblici poteri*"; d'altronde, "*la libera concorrenza fra imprese rappresenta la molla essenziale del progresso e del generale benessere, favorendo sia il consumatore sia l'efficienza del sistema economico, e il mercato, se affidato unicamente a sé stesso, privo di norme di controllo, tende ad un'involuzione patologica del regime concorrenziale, con progressiva riduzione del tasso di pluralismo economico. Da ciò la necessità di apportare correttivi giuridici che mantengano il necessario livello*

A ben vedere, la pronuncia della Consulta offre importanti spunti di riflessione per la qualificazione delle società a partecipazione pubblica in funzione della loro attività ed introduce un criterio distintivo “finalistico”, suscettibile di trovare applicazione rispetto ad ogni settore di attività. Del resto, la classificazione dei soggetti societari a partecipazione pubblica in funzione delle rispettive finalità sembra in linea con le più recenti disposizioni legislative<sup>163</sup>. Basti pensare, infatti, che il legislatore ha approvato una serie di disposizioni (tra le quali, anche l’art. 13 del decreto “Bersani”) che, pur perseguendo scopi eterogenei, hanno finito con l’accentuare i profili di specialità delle società pubbliche<sup>164</sup>, sia rispetto al paradigma generale di società commerciale delineato

---

*concorrenziale, reprimendo abusi e restrizioni volontarie, pur sotto l’egida di una rule of reason, di un concetto di concorrenza sostenibile, che ammettono deroghe in presenza di comportamenti non realmente pregiudizievoli per il mercato o comunque utili al buon funzionamento dello stesso o al suo rafforzarsi in determinate aree strategiche in cui vengano in rilievo obiettivi di interesse generale”* (cfr. Mattalia M., *Società miste e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, 6, 721).

<sup>163</sup> In proposito, si vedano i contributi di Massera A., *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 8, 889, e Vitale C., *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 13. Quest’ultima evidenza, in particolare, che “*nella galassia delle partecipate pubbliche locali, ...si è progressivamente fatta strada la tendenza alla diversificazione del regime giuridico, in ragione dell’attività svolta dalla società e del contesto nel quale essa opera, in conseguenza dell’evidente impossibilità di ricondurre la molteplicità e varietà delle tipologie societarie utilizzate ad un’unica macrocategoria*”.

<sup>164</sup> Secondo attenta dottrina, “*quanto ai tipi di specialità ricavabili dal complesso della legislazione recente e meno recente, sembra emergere una dicotomia. Da un lato è possibile raggruppare le disposizioni che disciplinano il comportamento dello Stato nella sua veste di azionista, ad esempio subordinando l’esercizio dei relativi poteri in sede di assemblea a previe deliberazioni amministrative, spesso frutto di intese fra diverse Amministrazioni, oppure prevedendo divieti o limiti alla cedibilità delle azioni. La formazione della volontà e gli altri vincoli imposti dalla legge allo Stato azionista possono avvenire con modalità e sequenze procedurali pubblicistiche marcatamente diverse da quelle dell’azionista privato, ma esse non sembrano di per sé inconciliabili con il diritto comune, cioè con l’esercizio dell’attività di impresa da parte della società, perché in un certo senso si pongono «a monte» di quest’ultima. Così, per prendere in esame alcune delle disposizioni legislative recenti, l’obbligo di introdurre modifiche statutarie che riducono il numero dei componenti del consiglio di amministrazione, crea un obbligo di fare in capo all’azionista pubblico, ma non opera di per sé una deroga al diritto comune applicabile alla società. Anche in questo caso, in definitiva, il diritto pubblico si ferma alla soglia dell’assemblea societaria. D’altronde, a ben considerare, anche il fenomeno delle holding private può condurre, su basi squisitamente privatistiche,*

dal codice civile<sup>165</sup>, che, all'interno della stessa macro-categoria delle società pubbliche, tra soggetti societari che perseguono finalità ontologicamente diverse<sup>166</sup>.

Prendendo avvio dalle società, definite dalla Corte Costituzionale come “quasi-amministrazioni”, alla luce delle finalità, di carattere marcatamente pubblicistico, in funzione delle quali le medesime sono state costituite ed operano, nonché in

---

*a una disciplina e a una proceduralizzazione interne delle modalità di gestione delle partecipazioni azionarie della capogruppo. Questo tipo di deroghe al diritto comune possono appesantire o vincolare l'attività di chi esercita i diritti dell'azionista e si prestano a essere valutate soprattutto in termini di opportunità o di inopportunità, ma, a stretto rigore, possono essere considerate compatibili con il modello societario generale. Dall'altro lato è possibile raggruppare i profili di specialità che incidono direttamente sullo statuto della società e che coinvolgono la sua capacità di operare. Si pensi, per esempio, alla definizione ex lege del capitale sociale, che predefinisce dal punto di vista quantitativo la dimensione della società. Oppure ai vincoli legislativi sulla composizione azionaria. Oppure ancora alla predeterminazione normativa della corporate governance, oppure alla predeterminazione ex lege dell'oggetto sociale, che pone vincoli all'operatività della società ed al suo adattamento. Si pensi ancora al potere di direttiva attribuito al ministro vigilante o al potere di approvare modifiche statutarie o anche i principali atti di gestione. Molti statuti legali delle società pubbliche offrono numerosi esempi di deroghe al diritto comune incidenti sulla struttura della persona giuridica, piuttosto che sull'azione dello stato azionista. In queste ipotesi la deviazione dal modello societario è più grave, perché gli elementi decisivi che regolano la futura attività dell'ente, le sue modalità di adempiere alla missione attribuita, non passano più attraverso il filtro assembleare e le decisioni del consiglio di amministrazione, ma discendono direttamente da norme di rango legislativo. In questa prospettiva, anche l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità erariale operato in via giurisprudenziale dalla Corte dei Conti a carico degli amministratori e alti dirigenti delle società pubbliche e avallato indirettamente in un intervento legislativo recente, va considerato come un elemento di specialità del secondo tipo” (cfr. Clarich M., Società di mercato e quasi-Amministrazioni, in Dir. amm., 2009, 2, 253).*

<sup>165</sup> Al riguardo, si segnalano le interessanti considerazioni espresse dalla medesima dottrina con riferimento alla circostanza secondo cui “la linea di confine tra società pubbliche assoggettate al diritto comune e «semi-amministrazioni» non si presta ad essere stabilita in modo netto. La specialità delle società pubbliche è probabilmente una questione di grado che varia, alla luce del diritto positivo, senza soluzione di continuità, da un minimo ad un massimo: da un minimo di specialità (o, addirittura, dall'assenza), nel caso in cui la società sia interamente disciplinata dal diritto comune e soltanto la titolarità delle azioni è riferibile allo Stato o ad altro ente pubblico; a un massimo, nel caso in cui le deroghe al diritto comune siano così estese da rendere predominante lo statuto pubblicistico. Nel mezzo sono rilevabili varie graduazioni, a seconda del tipo di società o della particolare società di diritto singolare (cioè regolata da una legge ad hoc). In questa prospettiva, occorre allora chiedersi se e in quale misura l'interesse pubblico

considerazione della loro inidoneità a competere nel mercato in regime di concorrenza<sup>167</sup>, è importante evidenziare che queste possono, a loro volta, essere suddivise, in base al rispettivo settore di attività, in tre categorie principali.

In primo luogo, viene in rilievo il modello delle società *in house* operanti nel campo dei servizi pubblici locali: allo stato attuale dell'evoluzione legislativa, esse rappresentano sostanzialmente dei modelli di gestione "dedicati", la cui attività deve rimanere circoscritta al servizio in funzione del quale sono state costituite. Ciò discende,

---

*sotteso alla loro costituzione possa giustificare deroghe, in taluni casi assai marcate, alla disciplina societaria di diritto comune. A questo riguardo, il recente rapporto dell'OCSE sulla governance delle State Owned Enterprises (SOE) suggerisce un criterio che può rappresentare un'utile guida, anche per classificare e valutare gli statuti singolari e le deroghe al diritto comune previste nel nostro ordinamento per le società pubbliche. Il criterio di riferimento dovrebbe essere rappresentato dall'applicabilità alle società pubbliche, in linea di principio, delle regole comuni del diritto societario, salvo le deroghe assolutamente necessarie per il perseguimento degli interessi pubblici. A ogni deroga, cioè, è richiesta una giustificazione in termini di stretta proporzionalità. Il nostro legislatore, sia nella fase attuale che in passato, non sembra aver seguito questo criterio che invece potrebbe costituire una guida per un eventuale riordino della normativa vigente" (cfr. Clarich M., op. ult. cit.).*

<sup>166</sup> E' interessante notare che, secondo la dottrina, le recenti legislazioni, nell'introdurre ulteriori profili di specialità caratterizzanti le società a partecipazione pubblica, segue sostanzialmente tre linee di tendenza: "una prima direttrice riguarda una serie di deroghe al diritto comune e di limiti all'operatività delle società che perseguono una finalità, per così dire, di «moralizzazione» del fenomeno, che cioè risentono di una ventata populistica, contro le varie forme di spreco nelle Pubbliche Amministrazioni e nelle cariche di tipo politico"; "una seconda linea direttrice che connota la legislazione recente riguarda profili di specialità introdotti con finalità «antielusive» dei vincoli che caratterizzano in generale l'organizzazione e l'attività degli enti pubblici. Questi interventi rappresentano una risposta del legislatore al ricorso alle società pubbliche anche per lo svolgimento di attività strumentali alla funzione pubblica che potrebbero essere gestite all'interno delle Amministrazioni, principalmente allo scopo di sottrarsi allo statuto pubblicistico (soprattutto in tema di assunzioni del personale e di applicazione di procedure ad evidenza pubblica)"; infine, "la terza direttrice di deroghe legislative allo statuto societario si riferisce a una serie di disposizioni atte a limitare le distorsioni concorrenziali che potrebbero derivare dalla presenza delle società pubbliche nel mercato" (cfr. Clarich M., *ivi*).

<sup>167</sup> Invero, come autorevolmente rilevato dalla Consulta, se dette società potessero competere nel mercato come gli altri operatori, finirebbero con l'alterare le condizioni di concorrenza, considerato che queste possono beneficiare di rapporti privilegiati con le Amministrazioni committenti (in particolare, affidamenti diretti, secondo la modalità organizzativa *in house*).

in particolare, dall'applicazione della regola, coniata dalla giurisprudenza comunitaria in materia di *in house providing*, dell'obbligo di attività prevalente nei confronti degli enti pubblici costituenti/partecipanti<sup>168</sup> in combinato disposto con la disciplina dei limiti alla capacità di azione dei soggetti affidatari diretti prevista dalla legislazione nazionale<sup>169</sup>. In secondo luogo, si registra la (peculiare) posizione delle società cui vengono attribuite

---

<sup>168</sup> Invero, l'affidamento diretto di una attività, da parte di un ente pubblico, ad un soggetto formalmente privato, per poter essere qualificato come autoproduzione di beni e servizi sulla base di un rapporto di delegazione organica richiede, non solo, la sussistenza del requisito del controllo analogo, ma anche del rapporto di stretta strumentalità. Tale rapporto consiste nel fatto che le attività dell'impresa controllata devono essere prevalentemente finalizzate alla soddisfazione delle esigenze dell'ente controllante, ovvero, come precisato dal previgente art. 113, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 267/2000, “*che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*”. Si tratta, in altri termini, di una posizione ancillare che la società deve assumere rispetto agli enti che la controllano, così sacrificandosi, come segnalato dalla dottrina, a diventare “*un'impresa dimezzata*” (cfr. Cavallo Perin R., Casalini D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 1, 51) ovvero non più autorizzata ad operare liberamente sul mercato. Il vero problema deriva, tuttavia, dalla circostanza che il legislatore italiano, così come anche il legislatore comunitario, non hanno affatto chiarito come debba essere accertato il requisito della prevalenza. Con la conseguenza che sono stati gli interpreti a formulare possibili soluzioni, anche se attraverso posizioni non unanimemente condivise. Così, mentre alcuni autori hanno ritenuto possibile interpretare il criterio della destinazione dell'attività della società come obbligo di svolgere la prestazione richiesta solo “*nei confronti*” dell'Amministrazione che esercita il controllo (in questi termini si sono espressi: Greco G., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 72 e Piperata G., *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1, 141), altri hanno allargato il concetto fino ad abbracciare anche l'attività svolta “*per conto*” dell'ente di riferimento (in questo senso: Casalini D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, Jovene, 2003, 262). Maggiormente condivisa, invece, è risultata l'idea di misurare l'importanza della attività svolta a favore dell'ente, utilizzando un criterio puramente economico - quantitativo (in proposito, si vedano: Caia G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); Colombari S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, 1151; Tessarolo C., *La gestione in house di pubblici servizi*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2005), anche se il Giudice comunitario ha preferito far riferimento a tutte le circostanze sia qualitative che quantitative utili alla verifica (ci si riferisce a: C.G.E., Sez. I, 11 maggio 2006, in C-340/04, cd. “Carbotermo”; aderisce a tale orientamento anche Roversi Monaco M.G., *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1379). A sua volta, il Giudice Amministrativo ha fatto proprio tale orientamento, richiedendo, ai fini della

funzioni pubblicistiche<sup>170</sup>, contemplate, al pari delle società cd. strumentali, dall'art. 13 del decreto "Bersani". Invero, la prassi relativa all'utilizzo di questa tipologia di società a partecipazione pubblica è maggiormente diffusa a livello centrale<sup>171</sup>, ma non è sconosciuta nemmeno agli enti regionali e locali<sup>172</sup>. Invero, dette società sono quelle che,

---

qualificazione dell'ipotesi gestionale in termini di *in house providing*, che la società venga "istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore dell'ente" (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784). Inoltre, secondo la ricostruzione fornita dal G.A., il rapporto ancillare può essere accertato registrando la percentuale del fatturato della società imputabile ad attività svolte a favore dell'ente controllante, anche se i Giudici non hanno mai precisato una soglia minima di riferimento, limitandosi ad escludere in singoli casi la presenza della condizione legittimante (ad esempio, si veda: T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 13 febbraio 2006, n. 198). Secondo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il requisito dell'attività prevalente a favore dell'ente affidante "si ha quando la parte di attività prestata per soggetti diversi dall'ente controllante sia quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali" (cfr. deliberaz. 1 aprile 2009, n. 24).

<sup>169</sup> Argomento che verrà approfonditamente analizzato nel prosieguo della presente trattazione.

<sup>170</sup> *Rectius*: le società costituite o partecipate, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di competenza degli enti pubblici partecipanti.

<sup>171</sup> A titolo meramente esemplificativo, si segnala il caso di Anas S.p.A., che attualmente gestisce la rete stradale ed autostradale italiana di interesse nazionale. È una società per azioni il cui socio unico è il Ministero dell'Economia ed è sottoposta al controllo ed alla vigilanza tecnica ed operativa del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Le funzioni attribuite ad Anas relativamente alla rete stradale ed autostradale di interesse nazionale sono: gestione, manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade ed autostrade; adeguamento e progressivo miglioramento della rete delle strade e delle autostrade e della relativa segnaletica; costruzione di nuove strade ed autostrade, anche a pedaggio, sia direttamente che mediante concessione a terzi; servizi di informazione agli utenti, a partire dagli apparati segnaletici; vigilanza sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e controllo della gestione delle autostrade; attuazione delle leggi e dei regolamenti concernenti la tutela del patrimonio delle strade ed autostrade e tutela del traffico e della segnaletica; adozione dei provvedimenti necessari per la sicurezza del traffico sulle strade e sulle autostrade; realizzazione e partecipazione a studi, ricerche e sperimentazioni in materia di viabilità, traffico e circolazione.

<sup>172</sup> Basti pensare, ad esempio, al caso di CUP 2000 S.p.A., Società *leader* in Italia nella sanità elettronica e nelle reti Internet per l'assistenza. La Società è partecipata dalla Regione Emilia-Romagna, dagli enti locali e da tutte le Aziende Sanitarie della Regione. Opera negli ambiti della progettazione, ricerca, sviluppo, sperimentazione e gestione di servizi e prodotti di *Information & Communication Technology* di reti *e-Health* e *e-Care*, generate in ambito *internet*, per il settore della sanità e dell'assistenza socio-sanitaria e dei

per oggetto sociale, modalità organizzative e dinamiche di funzionamento<sup>173</sup>, presentano maggiori affinità con le Pubbliche Amministrazioni e risultano, al contempo, caratterizzate da vistose deroghe alla disciplina delle società di diritto comune, al punto tale che esse si atteggiano alla stregua di veri e propri soggetti ibridi, aventi forma giuridica di diritto privato e natura sostanzialmente pubblicistica<sup>174</sup>. Da ultimo, vengono in rilievo le società costituite o partecipate dalle Amministrazioni regionali per la produzione di beni o servizi strumentali all'attività di tali enti. Esse, come si è detto, sono soggette agli stringenti limiti imposti dall'art. 13 del decreto "Bersani"<sup>175</sup>, con la conseguenza che dette società si configurano come moduli di gestione esclusivamente dello specifico servizio (avente carattere strumentale rispetto all'attività degli enti pubblici costituenti e affidanti) in funzione del quale sono state costituite o partecipate ed

---

servizi alla persona.

<sup>173</sup> Basti pensare che l'art. 1, comma 1 *ter*, della legge 7 agosto 1990, n. 241 prevede che "*i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1*"; con la conseguenza che anche le società cui vengono affidate funzioni pubblicistiche, al pari delle Pubbliche Amministrazioni, sono tenute al rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa. Così, la loro attività deve "*perseguire i fini determinati dalla legge*" e deve essere retta "*da criteri di economicità, di efficienza, di pubblicità e di trasparenza, ...nonché dai principi del diritto comunitario*".

<sup>174</sup> Invero, dette caratteristiche richiamano, per assonanza, quelle dell'organismo di diritto pubblico, definito dall'art. 3, comma 26, del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, come "*qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; - dotato di personalità giuridica; - la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*". Senonché, sebbene sussistano rilevanti profili di analogia tra gli organismi di diritto pubblico e le società cui vengono attribuite funzioni pubblicistiche, essendo le seconde certamente riconducibili alla definizione di organismo di diritto pubblico, si rileva che dette società risultano caratterizzate da un *quid pluris* rispetto ai "meri" organismi di diritto pubblico", dal momento che esse, non solo perseguono finalità pubblicistiche, ma soprattutto sono chiamate ad esercitare poteri pubblicistici in correlazione all'esercizio delle relative funzioni.

<sup>175</sup> Argomento, questo, che verrà trattato nel prosieguo della presente trattazione.

è loro preclusa la possibilità di competere nel mercato<sup>176</sup>.

Quanto, invece, alle società pubbliche a partecipazione regionale o locale votate a competere nel mercato in regime di libera concorrenza con gli altri operatori, si osserva che la loro classificazione è decisamente più ardua, in quanto – a differenza dalle società pubbliche “quasi-amministrazioni”, che, come si vedrà, sono oggetto di specifiche disposizioni legislative impositive di limiti alla loro capacità di azione, il cui ambito oggettivo di applicazione viene definito in funzione delle finalità per la quali sono state costituite o partecipate<sup>177</sup> – esse, il più delle volte, presentano oggetti sociali diversificati e complessi e caratteristiche singolari, che sovente costituiscono il frutto dell’evoluzione della loro attività nel corso degli anni, con la conseguenza che è assai difficile ricondurre dette società nell’ambito di categorie descrittive omogenee. A differenza delle società “quasi-amministrazioni”, di norma caratterizzate dalla partecipazione pubblica totalitaria, le società in esame sono spesso partecipate anche da soci privati, che possono essere meri finanziatori, soci operativi oppure entrambi. L’unico vero e proprio tratto distintivo comune a tutte le società di questo tipo consiste nella loro vocazione a competere nel mercato, per acquisire nuovi affidamenti, e nel contestuale affievolimento del legame con gli enti pubblici partecipanti<sup>178</sup>. In via di prima approssimazione, è possibile distinguere tra società che operano nel settore dei servizi pubblici locali e società che svolgono

---

<sup>176</sup> Invero, come si vedrà, il divieto si applica a tutte le attività diverse da quella in funzione della quale sono state costituite o partecipate.

<sup>177</sup> Non par dubbio, infatti, che la classificazione appena fornita delle società “quasi-amministrazioni” sia stata suggerita proprio da tali disposizioni.

<sup>178</sup> Ci si riferisce, ovviamente, al vincolo funzionale che, secondo la tradizionale impostazione seguita dalla giurisprudenza amministrativa, legherebbe la società a partecipazione pubblica agli enti locali partecipanti, con la conseguenza che detti soggetti societari sarebbero tenuti a perseguire il pubblico interesse delle collettività di riferimento e non potrebbero distrarre risorse per espandere la relativa attività in altri contesti territoriali. Senonché, la progressiva apertura di nuovi mercati, determinata dalle spinte liberalizzatrici che si sono susseguite negli ultimi anni, ha indotto numerose società a partecipazione pubblica a modificare il relativo *imprinting* per pervenire ad una configurazione realmente votata a competere nel mercato.

attività d'impresa *tout court*. Invero, mentre le prime si inseriscono in un contesto caratterizzato dalla stretta collaborazione con gli enti pubblici territoriali titolari dei servizi (che possono essere anche diversi dagli enti pubblici partecipanti<sup>179</sup>); le seconde, invece, operano nei settori di attività più disparati fornendo prestazioni di varia natura, indifferente a favore di soggetti pubblici e privati, e costituiscono, dal punto di vista degli enti pubblici regionali o locali che le partecipano, esclusivamente una opportunità di procacciamento di risorse finanziarie aggiuntive. Le prime differiscono dalle seconde anche sotto il profilo delle modalità di costituzione e, in particolare, delle forme di selezione degli eventuali *partner* privati. Infatti, mentre per le società operanti nel campo dei servizi pubblici locali è, da sempre, richiesta la gara ad evidenza pubblica;

---

<sup>179</sup> Infatti, ci si riferisce a quelle società a partecipazione pubblica che hanno progressivamente perso il legame “funzionale” con gli enti che le hanno costituite e che non risultano titolari di affidamenti diretti (altrimenti, si applicherebbero loro gli stringenti limiti imposti dall’art. 4, comma 33, del d.l. n. 138/2011, di cui si dirà nel prosieguo). Rispetto al fondamento teorico che rende possibile (e legittimo) tale progressivo “allontanamento”, si segnalano le considerazioni argutamente svolte da autorevole dottrina quando detta possibilità era ancora profondamente controversa, secondo cui “*se l’attività al di fuori del territorio dell’ente locale di riferimento non è tale da modificare sostanzialmente la «missione» per la quale la società stessa venne costituita, se cioè tale attività è coerente per misura e per oggetto con l’espletamento dei servizi per la collettività di cui l’ente locale socio è figura esponenziale, non dovrebbero neppure esservi controindicazioni di convenienza economica e dunque contrasti di interessi. Le economie di scala e l’ampliamento delle attività, se ben gestite possono tradursi in risparmi e benefici per la stessa collettività di riferimento. Non si può poi sottacere che sono importanti i contenuti delle clausole statutarie delle società di cui trattasi e delle stesse delibere con le quali i consigli degli enti locali hanno deciso di costituire o partecipare tali società. Se lo statuto sociale contempla espressamente come evento normale lo svolgimento di attività anche al di fuori del territorio degli enti soci, si può dire che – nell’approvare con delibera consiliare tale statuto – l’ente locale ha valutato come rispondente agli interessi pubblici anche questo tipo di attività, fermo restando lo scopo primario consistente nell’esercizio dei pubblici servizi degli enti soci. Con ciò non si vuole dire che siffatte clausole siano, di per sé, dirimenti per la soluzione della problematica; piuttosto, la presenza di tali clausole nello statuto della società può rivelarsi utile per verificare il rispetto o meno del «vincolo funzionale». Se si condividono le considerazioni svolte, il suddetto «vincolo funzionale» può essere un adeguato criterio di misura per valutare l’attività delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti locali soci»* (cfr. Caia G., *L’attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 5, 1568).

diversamente, per le società svolgenti attività imprenditoriali, in assenza di qualsivoglia indicazione legislativa, solo di recente la prevalente giurisprudenza amministrativa è pervenuta alla conclusione secondo cui deve ritenersi necessario quantomeno un confronto competitivo che garantisca pari opportunità agli operatori privati potenzialmente interessati a svolgere l'attività di impresa in regime di *partenariato istituzionalizzato*<sup>180</sup>. Da ultimo, si rileva che la costituzione delle prime (società a

---

<sup>180</sup> La questione relativa alla determinazione delle modalità preordinate alla selezione del socio privato per la costituzione di società miste – specialmente con riferimento ai settori dei servizi pubblici locali e dei servizi strumentali, in cui il ricorso al fenomeno del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato è maggiormente diffuso – è stata oggetto di un annoso dibattito, a livello nazionale e comunitario, non ancora definitivamente risolto, che ha visto affermarsi, almeno in un primo momento, la tesi che sostiene l'ammissibilità dell'individuazione diretta del *partner*; mentre, in tempi più recenti, è prevalsa la tesi opposta che, a tal fine, reputa, invece, necessaria l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica. Senza addentrarsi nel merito di detta questione, puntualmente esaminata in altra parte della presente trattazione, è importante evidenziare che, attualmente, la gara per la selezione del socio privato è sempre richiesta “*nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio*” (cfr. art. 1, comma 2, del Codice dei contratti). Invero, rispetto alle società che svolgono attività di impresa – come quelle di cui si discute nel caso di specie – non si pone, per i soci pubblici, il problema dell'osservanza delle regole dell'evidenza pubblica specificamente dettate per l'affidamento di appalti e concessioni, dal momento che queste società, una volta costituite, operano sul mercato e non in favore dei soci pubblici, rispetto ai quali non sono legate da alcun rapporto di affidamento. Ciò nonostante, occorre domandarsi se, anche in questi casi, resti pur sempre necessario il rispetto di procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione del socio privato. In sostanza, ci si deve chiedere se sussista o meno una regola generale di concorsualità, immanente all'ordinamento, per la scelta del socio privato, applicabile a qualsivoglia ipotesi costitutiva di società miste da parte di soggetti pubblici. Ebbene, la giurisprudenza amministrativa più recente pare orientata nel senso di ritenere sempre necessario l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica per l'individuazione del *partner* privato. Infatti, il Consiglio di Stato ha autorevolmente affermato che “*un'Amministrazione pubblica è tenuta a seguire le procedure ad evidenza pubblica ogni qualvolta debba scegliere un socio privato per la costituzione di una società mista, indipendentemente dal tipo di attività che tale società debba espletare (servizi pubblici locali, produzione di beni o servizi nel pubblico mercato, ecc.). Tale principio è stabilito già dall'art. 3 del R.d. 18 novembre 1923, n. 2440 – a mente del quale «i contratti dai quali derivi un entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'Amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata. I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare*

partecipazione pubblica operanti nel campo dei servizi pubblici locali) è sempre ammessa, rispondendo ad un preciso interesse pubblico la cui cura è affidata dalla legge, in via esclusiva, agli enti locali. Diversamente, la possibilità, per gli enti regionali e locali, di costituire società a partecipazione pubblica per lo svolgimento di attività di impresa deve ritenersi subordinata al previo espletamento della procedura di valutazione della necessità delle partecipazioni imposta dall'art. 3, commi 27 e segg., della legge finanziaria per il 2008 (sul punto si tornerà nel prosieguo), con tutte le conseguenze che ciò comporta.

Nella medesima prospettiva di classificazione ed inquadramento dogmatico delle società a partecipazione pubblica regionale e locale<sup>181</sup>, si segnala, altresì, il rapporto ASSONIME<sup>182</sup> di settembre 2008, con cui è stato autorevolmente messo in luce come il

---

*mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'Amministrazione» - e si estende allo svolgimento di libera attività di impresa in forma societaria. Il principio è, pertanto, chiaro: ogni contratto della Pubblica Amministrazione da cui derivi un'entrata o una spesa deve essere preceduto da una gara, salvo che non ricorrano le ipotesi eccezionali in cui si possa far ricorso alla trattativa privata. Tra i contratti in questione non può negarsi che rientrano anche quelli di società, perché dagli stessi derivano spese (conferimenti) ed entrate (eventuali utili). E' nota che la ratio del predetto principio è quella di assicurare la par condicio tra tutti i potenziali interessati a contrattare con l'Amministrazione e di consentire all'Amministrazione stessa, mediante l'acquisizione di una pluralità di offerte, di contrattare alle condizioni più vantaggiose. D'altra parte l'aspetto della par condicio, in altre parole la concorrenza tra tutte le imprese del settore, è ormai valorizzato al massimo grado dalla normativa comunitaria, alla stregua della quale la scelta del contraente incontra in ogni caso i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione dei servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza, imponendosi così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati» (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 889). Alla luce dell'orientamento espresso dal Giudice Amministrativo, si deve ritenere che, anche nell'ipotesi di costituzione di una *newco* pubblico-privata per lo svolgimento di attività di natura squisitamente imprenditoriale, sia imprescindibile il previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto l'individuazione del *partner* privato.*

<sup>181</sup> In proposito, si segnala, altresì, l'interessante contributo offerto da Aicardi N., *Le società miste*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 233.

<sup>182</sup> Associazione fra le società italiane per azioni.

quadro giuridico nazionale sia complesso (si parla di oltre 5.000 società partecipate da enti pubblici, di cui la maggior parte enti regionale e locali<sup>183</sup> – in linea con gli altri Paesi europei) ed estremamente variegato (in relazione alla natura della loro attività, ma anche per quanto riguarda i settori di intervento) e come, inoltre, manchi una disciplina organica di regolazione dei soggetti societari pubblici che, allo stato, risultano disciplinati, nei tratti generali, attraverso il richiamo alle norme civilistiche e, relativamente agli aspetti di diritto amministrativo, da diffuse disposizioni speciali, non coordinate fra loro e spesso di incerta applicazione.

La principale critica, avanzata da ASSONIME, all'impostazione seguita dal legislatore nella regolazione dei soggetti societari pubblici prende spunto proprio dalla distinzione, evidenziata dalla Corte Costituzionale con la cit. pronuncia n. 326/2008, tra attività amministrativa svolta in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici, per giungere ad affermare l'inadeguatezza dell'attuale assetto normativo, che regola in modo analogo fattispecie profondamente diverse. Sicché, è stato fatto notare come alcune

<sup>183</sup> In proposito, attenta dottrina ha recentemente rilevato che “secondo il rapporto Unioncamere del 2007 le società partecipate da Comuni, Province, Comunità montane alla fine del 2005 erano 4874 (+5,9% dal 2003). Il 30% delle partecipazioni pubbliche locali è in società che si occupano di infrastrutture e servizi alle imprese (il 15,1% sono società che operano nel settore di energia, gas e acqua; l'8,9% in trasporti urbani e l'8,1% nello smaltimento rifiuti). Incrociando i dati territoriali con quelli relativi alle attività svolte si ricava che il 79% delle aziende pubbliche locali opera al Centro Nord nel settore energetico e dei trasporti ed il 21% opera al Sud principalmente nella gestione dei rifiuti. Passando all'esame dei dati economico-finanziari può osservarsi che il fatturato realizzato dalle società controllate nel 2005 è stato pari complessivamente a 35,1 miliardi di euro, ossia poco più di 14 milioni per impresa. Rispetto al dato medio totale si sono posizionate più in alto le utilities locali (circa il 90% in più) e, in particolare, la distribuzione di energia elettrica e gas naturale, i servizi idrici e, a distanza, i trasporti. Nell'insieme le società controllate dagli enti locali hanno sfiorato nel 2005 un valore totale di 635 milioni di euro di utili, pari a una media di poco più di 255.000 euro per impresa (+5,9% rispetto al 2003). Da sole, le 21 principali società controllate dai Comuni di Roma, Milano, Napoli e Torino, nel loro aggregato esprimono un volume di ricavi di 7,5 miliardi di euro e 67.000 dipendenti” (cfr. Vitale C., *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 13).

disposizioni dettate in materia tutela della concorrenza, applicabili in via generalizzata a tutti i soggetti societari pubblici (come, ad esempio, l'obbligo per le società a partecipazione mista pubblica e privata di ricorrere a procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale), risultino oltremodo penalizzanti per quelle società pubbliche operanti come "società di mercato", che dovrebbero essere libere di muoversi nel mercato come veri e propri soggetti imprenditoriali - al pari dei propri *competitors* privati - e, al tempo stesso, troppo "permissive" nei confronti delle cd. "quasi-amministrazioni", che non dovrebbero poter svolgere anche attività d'impresa, sfruttando i propri vantaggi competitivi, a pena di falsare il libero gioco della concorrenza.

\*\*\*\*\*

### ***9. I limiti legislativi alla capacità di azione delle società "strumentali" a partecipazione pubblica regionale e/o locale.***

Prendendo le mosse proprio dall'analisi del cit. art. 13 del decreto "Bersani"<sup>184</sup>, recante norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza, occorre innanzitutto ricordare che detta disposizione definisce il relativo campo di applicazione in senso soggettivo, riguardando le società costituite o partecipate da enti regionali o locali (ivi comprese le Camere di commercio<sup>185</sup>) per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. Sono espressamente escluse dall'ambito applicativo della norma le società

<sup>184</sup> Per un approfondimento dei contenuti della disposizione in parola, si suggeriscono: Florenzano D., *Le società delle Amministrazioni regionali e locali – L'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, CEDAM, Padova, 2008; Dugato M. e Cammelli M., *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d. l. n. 223/2006*, in a cura di id., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 347 e ss.; Caia G., *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>185</sup> In senso conforme, si segnalano: Cons. Stato, Sez. III, 25 settembre 2007, n. 322, in *Foro it.*, 2008, 2, 69 e T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 13 marzo 2009, n. 417, in *Guida al diritto*, 2009, 48, 93.

(a partecipazione pubblica) che gestiscono servizi pubblici locali e le centrali di committenza regionali.

La portata applicativa della disposizione *de quo* è stata oggetto di rilevanti dubbi interpretativi concernenti, innanzitutto, l'individuazione degli elementi caratterizzanti il rapporto (biunivoco) di strumentalità, che deve costituire la ragione della partecipazione pubblica nella società e rappresenta, altresì, uno dei presupposti di applicazione della disposizione di cui al cit. art. 13. Invero, in un primo momento, il Giudice Amministrativo, esasperando il vincolo genetico-funzionale che, secondo consolidata giurisprudenza, legherebbe la società partecipata all'Amministrazione partecipante<sup>186</sup>, e sostanzialmente tramutandolo in un rapporto di strumentalità "necessaria" del soggetto societario rispetto alle finalità perseguite dal socio pubblico, ha ritenuto che il cit. art. 13

<sup>186</sup> E' innegabile, infatti, che la partecipazione pubblica alle imprese operanti nel campo dei servizi pubblici locali è sempre stata giustificata da motivi di interesse pubblico e, in particolare, dalla necessità di assicurarsi prestazioni che il settore privato non è intenzionato a svolgere. Invero, parte della giurisprudenza amministrativa ritiene che i "vincoli funzionali" delle aziende speciali debbano valere anche per le società a prevalente capitale pubblico locale. Tale vincolo viene inteso come "*necessità della permanente sussistenza di un collegamento (sarebbe meglio dire coerenza) funzionale tra il servizio eccedente l'ambito locale e le esigenze della collettività i cui interessi sono rappresentati dall'ente locale che ha costituito o partecipa la società. Ed in effetti, tanto le prime che le seconde sono forme di gestione diretta dei servizi pubblici locali, per modo che – pur tenendosi conto della loro differente natura giuridica – non si può ritenere del tutto inapplicabile un criterio basato proprio sulla funzione (rectius: compito) che ha determinato la costituzione della forma di gestione diretta e per il cui espletamento tale forma di gestione è destinata ad operare*" (cfr. Caia G., *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 5, 1568). Peraltro, secondo lo stesso filone giurisprudenziale, l'affermazione di un "vincolo funzionale" per le società a prevalente capitale pubblico locale non può significare che esse possano dirsi caratterizzate da una capacità negoziale circoscritta; significa piuttosto che "*il vincolo funzionale va dimensionato di volta in volta valutandone gli effetti, nel senso che occorre verificare concretamente se l'impegno extraterritoriale eventualmente distolga e in che rilevanza risorse e mezzi, senza apprezzabili ritorni di utilità (anch'essi da valutarsi in relazione all'impegno profuso e agli eventuali rischi finanziari corsi) per la collettività di riferimento*". In questo modo, "*il vincolo funzionale opera in termini residuali, entrando in giuoco solo quando vi sia una distrazione di risorse e mezzi che sia effettivamente apprezzabile e che realisticamente possa apportare pregiudizio per la collettività di riferimento*" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1949).

si applicasse a tutti i soggetti societari a partecipazione pubblica, indipendentemente dall'oggetto sociale previsto dal relativo statuto, con esclusione dei soli concessionari di servizi pubblici<sup>187</sup>. In seguito, la giurisprudenza amministrativa ha progressivamente rimeditato tale orientamento, accordando maggior rilievo al concetto di "strumentalità" che deve caratterizzare l'attività della società partecipata rispetto alle finalità perseguite dall'ente partecipante. Si è, quindi, chiarito che possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali l'ente stesso provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, dunque, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla Pubblica Amministrazione e non al pubblico, diversamente da quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali, che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività<sup>188</sup>. Alla luce di quanto esposto, il Giudice Amministrativo ha riconosciuto che la portata della disposizione di cui al cit. art. 13 attiene non al titolo giuridico, in base al quale le società operano, bensì all'oggetto sociale delle stesse, con la conseguenza che solo le società costituite o partecipate per lo svolgimento di attività amministrativa in forma privatistica<sup>189</sup> rientrano nel campo di applicazione del cit. art. 13. del decreto "Bersani"<sup>190</sup>.

Sulla scorta di tali indicazioni, la giurisprudenza successiva ha, quindi, concentrato le

---

<sup>187</sup> Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, con note di: Colombari S., *Le società a partecipazione pubblica e loro appartenenza a modelli e regimi giuridici diversificati. Nota critica a Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 9 e Guzzo G., *Articolo 13 del d.l. 223/06 ed extraterritorialità delle società miste nella più recente (e controversa) interpretazione della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 10.

<sup>188</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36, con nota di Contessa C., *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di "strumentalità"?*, in *Urb. e app.*, 2010, 4, 459.

<sup>189</sup> Corte Cost. n. 326/2008 cit.

<sup>190</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 6 novembre 2009, n. 10891, in *Guida al diritto*, 2009, 48, 83.

verifiche non sull'attività posta a base di gara, quanto piuttosto sulle previsioni statutarie della società a partecipazione pubblica partecipante alla stessa, al fine di appurare, in coerenza con il tenore letterale dell'art. 13 in parola, se si fosse in presenza di una società costituita per rendere prestazioni, di natura strumentale o finale, all'ente pubblico partecipante ovvero deputata ad operare in regime di libera iniziativa economica<sup>191</sup>.

Secondariamente, la giurisprudenza amministrativa si è interrogata sul requisito della "partecipazione" pubblica e, in particolare, se questo possa ritenersi sussistente a fronte di una partecipazione solo indiretta dell'Amministrazione alla società strumentale. In un primo tempo, sembrava prevalere l'orientamento "estensivo"<sup>192</sup> dell'ambito soggettivo di applicazione del cit. art. 13 che, facendo leva sulla circostanza (presunta) che i principi di concorrenza, trasparenza e libertà di iniziativa economica, ispiratori della disposizione in parola, risulterebbero (in astratto) turbati dalla presenza di soggetti che, proprio per la presenza diretta o indiretta della mano pubblica, finirebbero in sostanza per eludere il rischio di impresa, qualifica come società partecipate da Amministrazioni pubbliche regionali o locali anche quelle società che sono partecipate da società

---

<sup>191</sup> Così, "nella sostanza, da una lettura più fedele al testo della norma, si è ritratta la convinzione per cui la norma non potesse trovare applicazione, non solo nei casi rientranti nelle eccezioni espressamente contemplate, ma anche nei confronti di tutte quelle società che, pur partecipate dal Regioni o da enti locali, fossero prive del vincolo della strumentalità, essendo state create, non per rendere utilità in favore dei soci pubblici, ma per svolgere attività imprenditoriale nel mercato. Ciò nell'assunto...per cui solo le società strumentali sono in grado di beneficiare di vantaggi competitivi, laddove quelle prive di una simile caratteristica in null'altro si differenziano dai competitori privati che per il dato, reputato di per se non indicativo, della partecipazione pubblica al capitale sociale" (cfr. Giliberti B. e Rizzo I., *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 11, 2511).

<sup>192</sup> In proposito, è interessante evidenziare che, secondo la dottrina, "a tale esegesi – sebbene non abbia mai chiarito quale sia il fondamento sul quale poggiare l'applicazione del divieto (ovverossia se questo dovesse essere rinvenuto nella detenzione di affidamenti diretti o nella mera presenza di capitale pubblico nelle società strumentali) – non può non essere ascritto il merito di aver tentato di assicurare ai (non nitidi) precetti dell'art. 13 una certa consistenza ed effettività, limitando in via generale la facoltà delle società partecipate, anche indirettamente, da enti pubblici di operare sul mercato" (cfr. Giliberti B. e Rizzo I., op. ult. cit.).

intermedie controllate da dette Amministrazioni<sup>193</sup>. In base a detta interpretazione, il Giudice Amministrativo è giunto, perfino, a ritenere applicabile il cit. art. 13 alla cd. società di “terza generazione”: ossia ad un’impresa partecipata da un’altra impresa, controllata da un’altra impresa ancora che, a sua volta, è controllata da un’Amministrazione Pubblica<sup>194</sup>. In contrapposizione a detto orientamento, si è progressivamente affermata l’interpretazione maggiormente restrittiva, tendente a ricondurre l’ambito soggettivo di applicazione della disposizione in esame alle sole partecipazioni dirette. Ciò, sul presupposto che il legislatore, in altre fattispecie (in particolare: art. 113, comma 6, T.U.E.L. e art. 23 *bis*, comma 9, d.l. n. 112/2008), quando ha voluto riferirsi anche al collegamento societario indiretto, l’ha fatto espressamente, mentre, nel caso di specie, prevedendo la possibilità di scorporare le attività vietate mediante la costituzione di separata società, pare aver implicitamente escluso le partecipazioni indirette dall’ambito di applicazione della norma; ma soprattutto, in considerazione dell’acclarata circostanza che la disposizione di cui al cit. art. 13 riveste carattere eccezionale rispetto al principio generale di libertà dell’iniziativa economica ex art. 41 Cost., sicché deve preferirsi – ex art. 14 disp. prel. c.c. – un’interpretazione restrittiva<sup>195</sup>. Alla luce di tali argomentazioni, il Giudice Amministrativo ha condivisibilmente concluso nel senso di ritenere che, per il legislatore, la separatezza delle società operanti sul mercato con soggetti terzi (e dei rispettivi bilanci) rispetto a quelle direttamente partecipate dagli enti locali (e dirette fornitrici di beni e servizi strumentali agli stessi) sembra costituire – di per sé – una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato dagli enti locali non

---

<sup>193</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5, 534.

<sup>194</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 6 maggio 2009, n. 908, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2009, 5; si veda anche la deliberazione dell’A.V.C.P. n. 135/2007, reperibile sul sito dell’Autorità.

<sup>195</sup> T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, 5, 476.

affluisce direttamente nel capitale di rischio delle imprese operanti in regime di concorrenza<sup>196</sup>.

Senonché, l'Adunanza Plenaria è, da ultimo, intervenuta sul tema, affermando che il divieto per le società a capitale interamente pubblico o miste di partecipare all'aggiudicazione di gare non indette dagli enti loro partecipanti, essendo volto a tutelare i principi di concorrenza, di trasparenza e di libertà di iniziativa economica, si estende anche ad una impresa partecipata da un'altra impresa, a suo volta controllata da un'Amministrazione Pubblica e, pertanto, si applica anche nell'ipotesi in cui la società strumentale a capitale misto, con scopo statutario non esclusivo e che intenda operare, mediante una società interamente partecipata, in favore di enti locali non soci, voglia concorrere a gare per gli stessi servizi, rispetto ai quali vanta già affidamenti diretti da parte dei soci pubblici<sup>197</sup>. Invero, l'autorevole arresto giurisprudenziale, che parrebbe *prima facie* in controtendenza rispetto alle ultime pronunce rese dai Giudici Amministrativi, è decisamente articolato e foriero di interessanti implicazioni interpretative e, pertanto, merita un'analisi approfondita. Nel merito, il percorso argomentativo sviluppato dall'Adunanza Plenaria prende avvio dalla definizione di

---

<sup>196</sup> T.A.R. Liguria, Genova, n. 39/2009 cit.; T.A.R. Lazio, Roma, n. 36/2010 cit.; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 5, 529.

<sup>197</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17. Alle medesime conclusioni era, peraltro, giunta, qualche tempo prima, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 20 settembre 2010, n. 6527 affermando che ad una società informatica interamente partecipata da una società strumentale delle Camere di commercio italiane si applica il divieto di cui all'art. 13 del d.l. n. 223/2006. Infatti, secondo i Giudici di Palazzo Spada, le Amministrazioni pubbliche locali e, quindi, anche le Camere di commercio, possono impiegare propri capitali per costituire società al fine di ottenere l'affidamento di servizi di utilità generale, concorrendo liberamente in una gara ad evidenza pubblica. Tuttavia, tale iniziativa non può essere perseguita mediante la costituzione di una società partecipata interamente da una loro società strumentale, perché in tal modo verrebbe ad essere eluso, sia pure indirettamente, il divieto di svolgere attività diverse da quelle espressamente consentite ai soggetti che godono del beneficio del minimo garantito. Relativamente a tale ultima pronuncia, si segnala il commento di: Mento S., *Società strumentali e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, 4, 412.

società di terzo grado, “*intendendosi per tali quelle società caratterizzate da forme di partecipazione indiretta o mediata, che non sono state costituite da Amministrazioni Pubbliche e che non sono finalizzate a soddisfare esigenze strumentali delle medesime*”, e prosegue ricordando che il presupposto per l’eventuale applicazione della disposizione, di cui all’art. 13 del decreto “Bersani”, anche nei confronti della società di terza generazione è che la società costituita e posseduta dall’ente locale (ossia, la società di “prima generazione”) svolga servizi strumentali per l’ente medesimo, con conseguente inapplicabilità della disposizione medesima all’ipotesi in cui la società partecipata direttamente dall’ente locale sia stata costituita in funzione della gestione di un servizio pubblico locale<sup>198</sup>. La pronuncia in esame continua, poi, affermando che, in presenza di tali circostanze, la finalità (di cui all’art. 13 cit.) di evitare effetti distorsivi della concorrenza si persegue non solo vietando le attività diverse da quelle classificabili come strumentali (rispetto alle finalità dell’ente pubblico), ma anche vietando la partecipazione delle società strumentali ad altre società. D’altronde, rammenta l’Adunanza Plenaria, l’alterazione della concorrenza può realizzarsi anche in via mediata, ossia fruendo dei vantaggi derivanti dall’investimento del capitale di una società strumentale in altro soggetto societario costituito con finalità neppure indirettamente strumentali, ma anzi intrinsecamente imprenditoriali<sup>199</sup>. Da tali argomentazioni, il Supremo Consesso

---

<sup>198</sup> Invero, la controversia sottoposta all’Adunanza Plenaria riguardava proprio il caso di una società mista, costituita ai sensi dell’art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000, avente ad oggetto la gestione di servizi pubblici locali e, dunque, non qualificabile in termini di società strumentale all’ente locale di riferimento. Alla luce di un siffatto inquadramento dogmatico, detta società è stata giudicata sotto più profili esclusa dall’applicabilità dei limiti imposti dall’art. 13 del decreto “Bersani”. Ebbene, la *ratio* assunta dalla Plenaria è assolutamente chiara e lineare: se deve essere ritenuta esonerata la società controllante, parimenti deve essere considerata svincolata dal rispetto dei limiti *de quibus* anche la società controllata.

<sup>199</sup> A sostegno di tali considerazioni, l’Adunanza Plenaria richiama, in primo luogo, un arresto della Quinta Sezione, secondo cui “*gli enti pubblici, e quindi anche le Camere di commercio, possono impiegare propri capitali per costituire società al fine di ottenere l’affidamento di servizi di utilità generale, concorrendo liberamente in una gara ad evidenza pubblica, ma tale iniziativa non può essere perseguita mediante*

Amministrativo ricava, quindi, il principio secondo cui “*sono applicabili alle società controllate da società strumentali e costituite con capitale di queste gli stessi limiti che valgono per le società controllanti, ove si tratti di attività inerenti a settori preclusi a queste ultime*”<sup>200</sup>. Del resto, secondo i Giudici di Palazzo Spada, non può costituire un valido argomento a contrario la previsione dello scorporo delle attività non più consentite (di cui al comma 3 del più volte cit. art. 13 del decreto “Bersani”), dovendosi tale disposizione interpretare nell’unico senso compatibile con il divieto imposto alle società strumentali di partecipare ad enti, sancito dal primo comma della medesima disposizione, e cioè come volta a costituire un nuovo soggetto societario, destinato a concorrere in pubbliche gare per lo svolgimento di un servizio di interesse generale, che non comporti l’intervento finanziario dell’ente strumentale<sup>201</sup>. Prendendo spunto dall’autorevole pronuncia dell’Adunanza Plenaria n. 17 del 2011 è, quindi, possibile trarre le seguenti

---

*l'utilizzazione del capitale di una società strumentale*” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1037) ed, inoltre, afferma che “*tale principio si evince in particolare dalla ricordata decisione n. 326 del 2008 della Corte Costituzionale, che ha ritenuto il divieto imposto alle società strumentali di detenere partecipazioni in altre società volto ad evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, attività loro precluse. Divieto, peraltro, che la Corte ha ritenuto non esteso alla detenzione di qualsiasi partecipazione o alla adesione a qualsiasi ente, bensì circoscritto alla detenzione di partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse*” (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 17/2011 cit.).

<sup>200</sup> Secondo l’Adunanza Plenaria, infatti, “*l'utilizzazione di capitali di una società strumentale per partecipare, attraverso la creazione di una società di terzo grado, a gare ad evidenza pubblica comporterebbe, sia pure indirettamente, l'elusione del divieto di svolgere attività diverse da quelle consentite a soggetti che godano di una posizione di mercato avvantaggiata*” (cfr. *id.*).

<sup>201</sup> Invero, secondo l’Adunanza Plenaria, tale interpretazione “*trova conferma nella circostanza che l'obbligo di cessione a terzi delle società e delle partecipazioni vietate, abrogato dalla legge finanziaria 2007 (art. 1, comma 720, legge 27 dicembre 2006, n. 296), è stato poi ripristinato dalla legge finanziaria 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, comma 29), con la previsione di un termine di adempimento più volte prorogato, da ultimo con l'art. 71, comma 1, lett. e), della legge 18 giugno 2009, n. 69*” (cfr. *id.*). Il ché ha indotto la dottrina ad affermare che “*il divieto si «interrompe» solo se la nuova società risulta effettivamente «separata», nel senso di autonoma e indipendente, rispetto alla società strumentale*” (cfr. Dello Sbarba F., *L'art. 13 del decreto Bersani e le società di terzo grado tra servizi strumentali e servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2011, 12, 1416).

conclusioni: se una società è controllata da una società strumentale ai sensi dell'art. 13 del decreto "Bersani", i limiti da questo imposti alla seconda si estendono alla prima, poiché, diversamente, risulterebbe pregiudicato il principio della parità tra operatori che la disposizione intende tutelare; se, invece, la società controllante svolge la propria attività nel settore dei servizi pubblici locali e non può, quindi, essere qualificata in termini di società strumentale, poiché non opera direttamente per il soggetto pubblico partecipante bensì per la collettività degli utenti, allora la fattispecie fuoriesce, inevitabilmente dall'ambito di applicazione del più volte cit. art. 13 del decreto "Bersani". Inoltre, considerato che il Supremo Consesso Amministrativo è stato lapidariamente chiaro nell'affermare che il divieto di assumere partecipazioni in altre società o enti, imposto dal cit. art. 13, può solo riguardare quelle partecipazioni a soggetti che operano in settori preclusi alla società strumentale, si deve ritenere che la disposizione in esame non vieti la partecipazione in altre società o la costituzione di gruppi societari destinati, interamente ed esclusivamente, a svolgere la missione strumentale. Da qui la riespansione della capacità organizzativa degli enti pubblici proprietari e delle stesse società<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> Dette conclusioni sono state fortemente criticate da parte della dottrina, secondo cui *"la fedeltà al dato normativo, determinando l'inapplicabilità delle norme in esame alle sole società strumentali, ha inevitabilmente espunto dal perimetro dei divieti del decreto Bersani la numerosa congerie di società pubbliche regionali o locali che, pur versando in situazione di privilegio rispetto al mercato, non potevano qualificarsi come enti deputati ad erogare utilità in favore dei soci pubblici (società strumentali). In questi termini le norme in esame...hanno finito per dar luogo ad una riforma dal fiato corto e dalla poca razionalità. E d'altronde, a segnalare il circolo vizioso ed il corto circuito logico dell'art. 13, vi è che l'interpretazione volta a sanzionare il dato sostanziale degli indebiti privilegi rispetto al mercato e non il mero rapporto di strumentalità (come in un primo momento aveva tentato la giurisprudenza) ha finito inevitabilmente per infrangersi contro la lettera della norma (che limita la precettività delle sue disposizioni alle sole società strumentali) che imponeva una lettura restrittiva, trattandosi pur sempre di misure limitative della libertà di impresa"* (cfr. Giliberti B. e Rizzo I., op. ult. cit.).

Ulteriori dubbi interpretativi (invero, ancora irrisolti e, probabilmente, irrisolvibili in difetto di un intervento normativo *ad hoc*) si sono registrati a causa della oggettiva difficoltà, in assenza di una precisa definizione legislativa (che non è dato rinvenire nell'art. 112 T.U.E.L.), di individuare un'univoca linea di demarcazione che distingua i servizi pubblici locali<sup>203</sup>, come è noto esclusi dal campo di applicazione del cit. art. 13, da quelli cd. "strumentali".

Nessun dubbio, invece, in ordine all'oggetto dei limiti imposti dal cit. art. 13 alla capacità di azione delle società strumentali degli enti regionali e locali. Infatti, la disposizione è lapidariamente chiara nell'affermare che detti soggetti: devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti; non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara; non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale (comma 1) e devono, altresì, avere oggetto sociale esclusivo<sup>204</sup> (comma 2). Al fine di assicurare

---

<sup>203</sup> Relativamente a tale annosa questione, si evidenziano i contributi di: Greco G., *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in Mastragostino F. (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, CEDAM, Padova, 1998; Dugato M., *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 9, 1289; Mastragostino F., *Le concessioni di servizi*, in Garofoli R. e Sandulli M.A. (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano, 2005, 97 Caia G., *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Ed. Scientifica, Napoli, 2007, 145; Police A., *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 79; Piperata G., *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5, 498; Tessarolo C., *Appalti, concessioni di servizi e art. 23-bis*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2009, 1.

<sup>204</sup> Al riguardo, è interessante ricordare che, attenta dottrina, prendendo le mosse dal concetto di strumentalità elaborato dalla giurisprudenza amministrativa, ha affermato che *"con la previsione dell'oggetto sociale esclusivo il legislatore ha inteso prescrivere uno specifico obbligo che sorge proprio in conseguenza della riscontrata e genetica strumentalità; l'oggetto sociale esclusivo è da introdurre con adeguata normativa statutaria; ciò perché così facendo si «blinda» la strumentalità, la quale, oltre che discendere dalla legge, deriverà anche dalla coerente disciplina statutaria. Mentre non è pensabile desumere che il legislatore abbia prescritto l'inverso, ossia che dall'oggetto statutario si possa desumere la strumentalità, anche perché, d'altronde, la tipologia descritta nello statuto non è sufficiente, sovente, ad*

l'effettività di tali cogenti divieti, il comma 3 del più volte cit. art. 13 dispone che le società strumentali cessino le attività non consentite entro quarantadue mesi dall'entrata in vigore del decreto "Bersani"<sup>205</sup> attraverso la cessione a terzi, nel rispetto delle regole di evidenza pubblica, di dette attività, ovvero mediante lo scorporo delle stesse, anche attraverso la costituzione di separata società. Non è peregrino ricordare che, alla luce di tali indicazioni, attenta dottrina ha argomentato nel senso di ritenere che l'intenzione del legislatore, nell'introdurre la disposizione in esame, fosse plausibilmente quella di "isolare" gli affidatari diretti di servizi strumentali<sup>206</sup>, al pari di quanto (successivamente) previsto con specifico riferimento agli affidatari diretti di servizi pubblici locali.

A chiusura del sistema, è prevista la cessazione dell'efficacia dei contratti relativi alle attività non cedute o scorporate alla scadenza del termine, nonché la sanzione della nullità (come tale, invocabile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile anche d'ufficio) per i contratti conclusi in violazione delle suddette prescrizioni (comma 4).

\*\*\*\*\*

---

*imprimere, da sola, la strumentalità*" (cfr. Mattalia M., *Società miste e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, 6, 721).

<sup>205</sup> Il termine è stato, da ultimo, prorogato dal comma 1 *bis* dell'art. 20, del d.l. n. 207/2008, aggiunto dalla relativa legge di conversione.

<sup>206</sup> La dottrina in parola, ritiene, infatti, che "a voler ricercare un senso di sistema, parrebbe potersi dire che, forse, l'intento latente era quello di isolare gli affidamenti diretti dal mercato mediante la creazione di società strumentali; obiettivo questo da realizzarsi attraverso la cessione delle attività non strumentali detenute da società pubbliche regionali o di enti locali («cessazione delle attività non consentite»), la modifica dell'oggetto sociale di queste in coerenza con le sole attività strumentali legittimamente mantenute (le società strumentali hanno «oggetto sociale esclusivo»), il divieto di continuare a detenere ed assumere partecipazioni non strumentali (le società in questione non possono partecipare «ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale») e quello di operare sul mercato per via del vantaggio competitivo insito negli affidamenti diretti detenuti. Come s'è visto, tuttavia, la possibilità di addivenire ad un simile risultato è stata ostacolata dalla lettera stessa della norma e dalla contraddizione insita nell'ammettere che società strumentali di regioni ed enti locali potessero, comunque, operare nel mercato per il termine di partecipazioni in altre società" (cfr. Giliberti B. e Rizzo I., op. ult. cit.).

**10. Brevi note a margine del procedimento di riordino delle società pubbliche previsto dalla l.f. 2008.**

Occorre soffermarsi brevemente sulle disposizioni, di cui all'art. 3, commi 27 – 32 e succ. mod., della legge finanziaria 2008, recanti la disciplina del cd. procedimento di riordino delle società<sup>207</sup>, con cui il legislatore, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, ha previsto che le Amministrazioni<sup>208</sup> 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.

Ciò nondimeno, il legislatore ha indicato una serie di deroghe atte a limitare la portata applicativa del suddetto divieto. In primo luogo, occorre evidenziare che è stata espunta dall'originaria versione del cit. comma 27, la previsione che estendeva il divieto all'acquisizione e al mantenimento di partecipazioni anche solo indirette in società non strettamente funzionali<sup>209</sup>. Per altro verso, deve ritenersi sempre ammessa la costituzione

---

<sup>207</sup> E' bene evidenziare che, secondo attenta dottrina, sarebbe stato auspicabile un intervento di riordino di più ampio respiro. Infatti, *“considerata la varietà, l'estensione e anche le diverse giustificazioni poste alla base delle deroghe al diritto comune e ai vincoli cui sono sottoposte le imprese pubbliche, sarebbe auspicabile che il legislatore nazionale avvii un processo di riordino. In particolare potrebbe essere opportuna l'approvazione di una legge delega finalizzata ad operare una revisione generale, sulla base di un criterio di rigida proporzionalità ...della congerie di disposizioni legislative vigenti. Sarebbe cioè utile un riesame organico dei profili di specialità rispetto al diritto comune, da un lato, confermando soltanto quelli realmente funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico; dall'altro, rimettendo al normale potere dell'azionista pubblico la definizione degli assetti organizzativi e di indirizzi operativi della singola società coerenti con le ragioni che, a monte, giustificano la stessa presenza del capitale pubblico nella società”* (cfr. Clarich M., *Società di mercato e quasi-Amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253).

<sup>208</sup> Di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.

<sup>209</sup> Invero, in base all'originaria formulazione del cit. comma 27 era espressamente vietata anche la partecipazione indiretta, ossia mediata dall'interposizione di altro soggetto societario, da parte dell'ente pubblico a società non strettamente necessarie al perseguimento delle relative finalità istituzionali. E' evidente che, nel disporre l'esenzione dall'applicazione del procedimento di riordino delle partecipazioni indirette, il legislatore ha rischiato di pregiudicare l'intero senso della riforma: *“qui, infatti, appare evidente la contraddizione rispetto all'obiettivo assunto (riserva di mercato in favore dei soli competitori*

di società che producono servizi di interesse generale<sup>210</sup> 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<sup>211</sup> e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle Amministrazioni (di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001), nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza. Inoltre, è previsto che le

---

*privati) e l'effetto distorsivo sulla concorrenza, che si avrebbe nelle ipotesi – che l'abrogazione del divieto di assumere partecipazioni indirette sembra consentire – di società strettamente funzionali (e, dunque, verosimilmente titolari di affidamenti diretti) che costituiscano, assumano o mantengano partecipazioni in società operative sui mercati” (cfr. Giliberti B. e Rizzo I., op. ult. cit.).*

<sup>210</sup> In proposito, è interessante evidenziare le considerazioni della dottrina in relazione alla *ratio* sottesa all'esclusione delle società che producono servizi di interesse generale dall'ambito di applicazione del cd. procedimento di riordino, nonché alla concreta definizione della portata di tale deroga. Secondo alcuni Autori, “*si tratta di una scelta di politica legislativa che pone delicati questioni di perimetrazione dei rapporti tra regola ed eccezione, concorrendo a determinare l'ampiezza «macroeconomica» alla riforma. Nel dettaglio, pare anzitutto possibile osservare che, essendosi assunta quale finalità la tutela della concorrenza e del mercato, si debba considerare, piuttosto che la generica nozione di servizi di interesse generale, quella specie di questa che attiene ai soli servizi di rilevanza economica (servizi di interesse economico generale). Si segnala, allora, che dall'ordinamento comunitario proviene l'indicazione per cui, posto che spetta ai singoli Stati membri il compito di qualificare come di interesse economico generale un dato servizio, una volta assunta per tale una certa attività, questa dovrà essere informata, secondo proporzionalità e ragionevolezza, al soddisfacimento dei bisogni dei cittadini onde assicurarne sviluppo e coesione sociale. Ciò mediante l'approntamento di regole – dall'intensità inversamente proporzionale all'attitudine del mercato a provvedere a questi servizi in coerenza con i citati bisogni – che assicurino continuità, accessibilità per le categorie svantaggiate, uguaglianza di trattamento, adattamento ai bisogni, elevata affidabilità e rispetto dell'ambiente. Ciò si traduce nella possibilità di prospettare regimi di servizio di interesse economico generale anche molto differenti tra loro. ...Sulla base di queste indicazioni, parte della dottrina ...è dell'idea che la nozione di servizi di interesse economico generale copra l'area delle attività non rimessa alle mere dinamiche del mercato ma oggetto di regolazione da parte dei pubblici poteri (includendovi quei settori storicamente assunti dallo Stato in regime di monopolio e recentemente liberalizzati) e che la stessa tenga in sé anche i servizi pubblici (intendendosi per tali le attività sottratte alla concorrenza nel mercato ed oggetto di un regime non più solo regolatorio ma d'organizzazione, rimesso a Pubbliche Amministrazioni). Altri, viceversa, ritengono che la nozione di servizi di interesse economico generale coincida con quella nazionale di servizio pubblico in senso soggettivo. E' evidente che l'adesione all'una piuttosto che all'altra delle tesi richiamate è suscettibile di incidere notevolmente sul perimetro della riforma” (cfr. Giliberti B. e Rizzo I., *ivi*).*

norme in parola non si applicano nel caso di partecipazioni in società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati<sup>212</sup>.

Le disposizioni in esame introducono, poi, una serie di previsioni procedurali volte a garantire il rispetto del divieto di cui si tratta. In particolare, è previsto che l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle esistenti debbano essere autorizzati dall'organo competente<sup>213</sup>, con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti fissati dalla legge<sup>214</sup>. Tale delibera deve successivamente essere trasmessa alla competente Sezione della Corte dei conti, ai fini del relativo controllo<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> In base all'art. 3, comma 25, del d.lgs. n. 163/2006, "*le Amministrazioni aggiudicatrici sono: le Amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti*".

<sup>212</sup> E ciò, ai sensi del comma 32 *ter*, introdotto dall'art. 71, comma 1, lett. f), della legge 18 giugno 2009, n. 69.

<sup>213</sup> Non par dubbio che l'organo competente per gli enti territoriali (regionali e locali) sia l'assemblea dei consiglieri eletti. Così, nel caso di un Comune, "*la riconducibilità di una società al modello astrattamente prefigurato dal legislatore dipende...dalla valutazione discrezionale del Consiglio comunale. Sulla base dei principi richiamati è stato, ad esempio, sostenuto in merito alla partecipazione ad una costituenda banca di credito cooperativo, il Consiglio comunale è chiamato a verificare quali finalità intenda perseguire con tale strumento, se queste siano da considerarsi fra i compiti riservati dall'ordinamento all'ente comunale e soprattutto se l'attività della costituenda società possa considerarsi strettamente necessaria alle finalità dell'ente stesso, anche alla luce del proprio statuto*" (cfr. Vitale C., *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 13).

<sup>214</sup> Ossia, in base a quanto previsto dal cit. comma 27, la sussistenza di una relazione di necessarietà della partecipazione rispetto ai fini istituzionali dell'ente pubblico che la detiene.

<sup>215</sup> Comma 28.

A chiusura del sistema, è previsto l'obbligo per le Amministrazioni di cedere a terzi, nel rispetto della procedure ad evidenza pubblica<sup>216</sup>, le partecipazioni vietate, entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni in questione.

Viene da chiedersi, in stretta correlazione con le considerazioni espresse nel paragrafo precedente, se la facoltà, prevista dall'art. 13 del decreto "Bersani", di scorporare le attività non consentite si ponga, o meno, in contrasto con la previsione dell'obbligatoria dismissione, da parte delle Amministrazioni, delle partecipazioni in società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi "*non strettamente necessarie*" al perseguimento delle relative finalità istituzionali. In verità, le disposizioni sembrano muoversi su due piani paralleli: la prima tende ad "isolare" le attività strumentali imponendo alle società che svolgono dette attività di abbandonare le altre attività; mentre la seconda ha una portata più generale, riguardando tutte le partecipazioni dirette detenute dagli enti pubblici che non risultino strettamente necessarie allo svolgimento dei relativi compiti istituzionali. Pertanto, fermo restando l'obbligo, per le Amministrazioni regionali e locali, di scorporare le attività vietate dall'art. 13 del decreto "Bersani", eventualmente affidandole ad altre società non strumentali, si deve ritenere

---

<sup>216</sup> L'obbligo del rispetto delle procedure di evidenza pubblica in sede di dismissione delle partecipazioni vietate è stato introdotto a seguito delle modifiche apportate dall'art. 71, comma 1, lett. e), della cit. legge n. 69/2009. In tal modo, il legislatore ha risolto il dibattito dottrinale che si stava creando in relazione alla sussistenza, o meno, di detto obbligo. Sia sufficiente ricordare che, da una parte, vi era chi sosteneva che, in ossequio ai principi di imparzialità e trasparenza, le procedure ad evidenza pubblica devono sempre essere osservate in caso di cessione a terzi di partecipazioni detenute da enti pubblici; mentre, dall'altra, si era osservato che, nel caso "*in cui il socio pubblico intenda dismettere interamente la propria partecipazione in una società...siccome la dismissione è integrale e non parziale, essa determina l'uscita del socio pubblico dalla società, sicché l'operazione è meramente finanziaria e non comporta una scelta del socio, come si avrebbe se la dismissione fosse solo parziale. In tal caso, si esula dalle procedure di evidenza pubblica e dalla giurisdizione del Giudice Amministrativo, e si ricade in un'operazione privatistica rientrante nella giurisdizione del Giudice Ordinario*" (cfr. Cameriero L. e De Nictolis R., *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè ed., Milano, 2008, 171). Chiaramente, tale ultima interpretazione deve ritenersi superata a seguito del chiarimento offerto dal legislatore.

che il procedimento di riordino imposto dai cit. commi 27 – 32 si applichi a tutte le partecipazioni (dirette) detenute dagli enti pubblici, ivi comprese quelle in società alle quali, avvalendosi della suddetta facoltà riconosciuta dall'art. 13 del decreto "Bersani", sono state affidate le attività "scorporate" dalle società strumentali, onde verificare se tali partecipazioni risultino necessarie o, comunque, funzionali allo svolgimento delle finalità istituzionali degli enti medesimi.

Per altro verso, le disposizioni in esame (commi 27 – 32 cit.) non prendono in considerazione l'ipotesi che attività strettamente funzionali (che le Amministrazioni possono continuare a svolgere per il tramite di società partecipate) risultino attribuite dall'ente pubblico partecipante a società partecipate operative sul mercato e, quindi, non deputate al mero perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente stesso. In tale caso, nonostante il silenzio della legge, pare doversi ritenere che le Amministrazioni, prima di cedere le partecipazioni non più consentite, possano dar corso, laddove possibile, allo scorporo delle attività che possono essere ancora legittimamente svolte.

Di converso, nel caso in cui attività non più consentite (attività non strettamente funzionali) siano affidate da un ente pubblico a società partecipate che producono anche servizi di interesse generale, dovrebbe ritenersi necessario scorporare le attività vietate. Senonché, l'esenzione prevista dalla legge con riferimento alle società che producono servizi di interesse generale e l'interpretazione restrittiva fornita dalla giurisprudenza rispetto all'ambito di applicazione del cd. procedimento di riordino (interpretazione che tende ad escludere del tutto dette società dall'ambito di applicazione dei commi 27 – 32 cit.), induce a rilevare l'insussistenza di un preciso obbligo in tal senso.

Procedendo nell'analisi dei commi 27 – 32 cit., è opportuno evidenziare che l'ambito di applicazione delle disposizioni in esame risulti decisamente più ampio rispetto a quello dell'art. 13 del decreto "Bersani". Infatti, a ben vedere le disposizioni di

cui ai commi 27 – 32 cit. si applicano alle società partecipate non solo da Regioni ed enti locali, ma anche a tutte le altre Amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001. Inoltre, mentre l’art. 13 riguarda le sole società strumentali, nelle disposizioni di cui si discute vengono prese in considerazione tutte le partecipazioni societarie.

Al precipuo intento di individuare la *ratio* delle disposizioni in esame<sup>217</sup> e di definire il rapporto con la *ratio* sottesa all’art. 13 del decreto “Bersani”, si richiamano le conclusioni evidenziate dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 148/2009 (rel. Tesaurò), a mente delle quali le disposizioni contenute nella l.f. 2008 “*mirano, da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall'altro, ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione*”, essendo “*appunto dirette ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale (casi compiutamente identificati dal citato art. 3, comma 27), al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza (sentenza n. 326 del 2008)*”.

---

<sup>217</sup> In proposito, la dottrina ritiene che “*la ratio della norma è quella di circoscrivere il fenomeno della proliferazione di società pubbliche o miste, al fine di prevenire un ricorso a tale strumento elusivo delle discipline pubblicistiche in materia contrattuale o di finanza pubblica e soprattutto per assicurarne un utilizzo correlato alle reali necessità degli enti. Ne deriva che le uniche tipologie di società partecipate di cui il legislatore espressamente consente la costituzione e il mantenimento sono quelle che svolgono attività strettamente necessarie alle finalità istituzionali degli enti e le società che producono servizi di interesse generale*” (cfr. Vitale C., *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 13).

Conseguentemente, pare doversi ritenere – non senza evidenziare qualche perplessità, derivante dal contrario avviso espresso da una parte della dottrina<sup>218</sup> e, poi, enfatizzata dalla giurisprudenza più recente di cui si dirà nel prosieguo – che, nell’ambito del procedimento di riordino delle società pubbliche, l’obbligo di dismissione riguardi esclusivamente le partecipazioni in società pubbliche svolgenti tipologie di attività amministrativa in forma privatistica non strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali degli enti partecipanti<sup>219</sup>. Di converso, alla luce delle indicazioni fornite dalla Consulta, sembra che possano essere mantenute le partecipazioni in società che svolgono attività d’impresa, purché non vi sia commistione con l’attività amministrativa (in quest’ultimo caso, sarà necessario scorporarle).

Tale interpretazione pare, peraltro, implicitamente confermata da un (isolato) arresto giurisprudenziale<sup>220</sup>, che ha innovativamente applicato la disposizione di cui all’art. 3, comma 27, della cit. l.f. 2008 come fosse non soltanto programmatica ma, altresì, immediatamente precettiva.

\*\*\*\*\*

---

<sup>218</sup> Secondo alcuni Autori, infatti, “*l’impianto di fondo delle norme pare quello di consentire, salvo le eccezioni previste, che le Amministrazioni utilizzino moduli societari unicamente a fini di autorganizzazione e non anche come strumenti imprenditoriali di operatività sul mercato. Di qui anche la conseguenza per cui le società pubbliche strettamente funzionali al perseguimento di finalità istituzionali non possano partecipare alla competizione né nel mercato, né per il mercato. Ciò deriva direttamente dalla lettera stessa della norma e, laddove ne ricorrano i presupposti, dalla sua lettura combinata con l’art. 13 del decreto Bersani*” (cfr. Giliberti B. e Rizzo I., op. ult. cit.).

<sup>219</sup> Ciò nondimeno, è vero che “*le norme in questione pongono anche questioni di stretta interpretazione del dato letterale. In altre parole, il riferimento alle società «strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali» dell’ente locale, risente di una tendenza diffusa in tema di partecipazioni pubbliche al bilanciamento tra la definizione di macrocategorie, entro le quali collocare le molteplici tipologie societarie esistenti e l’obiettivo necessità delle partecipazioni, di cui si diceva. Lo stesso riferimento alle finalità istituzionali dell’ente locale è ambiguo, può voler dire tutto e niente*” (cfr. Vitale C., op. ult. cit.).

<sup>220</sup> T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 17 maggio 2010, n. 1898.

## ***11. I limiti legislativi alla capacità di azione delle società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto.***

Relativamente alla capacità di azione delle società, a partecipazione pubblica, operanti nel campo dei servizi pubblici locali, è importante ricordare il disposto dell'(abrogato) comma 6 dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000<sup>221</sup>, che prevedeva il divieto di partecipazione alle gare preordinate all'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, per le “*società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi*”, con la precisazione che “*tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime*”.

In un secondo momento, è intervenuto l'art. 23 *bis*, comma 9, del d.l. n. 112/2008 (come successivamente sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. d), del d.l. n. 135/2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166/2009)<sup>222</sup>, da ultimo, trasposto (senza modificazioni di sorta), a seguito dell'abrogazione dell'intero art. 23 *bis* all'esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011, nell'art. 4 (recante “Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione

---

<sup>221</sup> L'abrogazione della cit. disposizione è stata disposta dall'art. 12, comma 1, lett. a), del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, recante “*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'art. 23 bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*”, con decorrenza a far tempo dall'entrata in vigore del regolamento stesso.

<sup>222</sup> E' interessante evidenziare che già il d.d.l. “Lanzillotta” (n. 772 della XV Legislatura, reperibile su [www.senato.it](http://www.senato.it)) indicava tra i principi e criteri direttivi della delega al Governo (per la riforma dei servizi pubblici locali), quello di “*escludere la possibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza, per i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nonché per le imprese partecipate da enti locali, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto, fatta eccezione per il ristoro degli oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio*”.

Europea”), comma 33, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138<sup>223</sup>. Rispetto alla prima approvazione di tale disposizione, occorre osservare che essa si inseriva nell’ambito della complessiva manovra di riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica<sup>224</sup>, introducendo un sistema di limiti e preclusioni di inedita portata per le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante che, in Italia e all’estero, gestiscono (di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto) servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto<sup>225</sup>, nonché per i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall’attività di erogazione dei servizi. Senza una precisa ragione, sono escluse dall’ambito di applicazione della norma le società quotate in mercati regolamentati. Del tutto ragionevolmente, la giurisprudenza amministrativa ha, quindi, ritenuto di limitare l’operatività di tale deroga alle sole società quotate, ritenendo, di converso, applicabile il comma 9 in parola alle altre società, controllate o, comunque, collegate alle prime<sup>226</sup>. Senonché, il legislatore ha nuovamente modificato la disposizione

<sup>223</sup> Considerata che la perfetta corrispondenza, anche sul piano letterale, delle due disposizioni considerate (comma 9 dell’art. 23 *bis* e comma 33 dell’art. 4), le medesime verranno analizzate congiuntamente .

<sup>224</sup> Al riguardo, si segnalano: De Nictolis R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 10, 1109; Colombari S., *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell’art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, in *Annali dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna, 2009, anno II, vol. 1 – n. 2, 87; Spadoni B., *I servizi pubblici locali tra le “rapide” della riforma*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2009, 2; Piperata G., *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 2, 325; Vitale C., *La gestione congiunta dei servizi pubblici locali. Novità legislative e tendenze del sistema*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 3/4, 563; Giliberti B., Perfetti L.R. e Rizzo I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 3, 257.

<sup>225</sup> A ben vedere, il novero dei soggetti individuati dal comma 6 del cit. art. 113 (ai quali si applicava il predetto divieto) risultava più ampio – sebbene non di molto, qualora dovesse affermarsi l’interpretazione estensiva dell’ambito soggettivo di applicazione del comma 9 del cit. art.23 *bis*, di cui si dirà *infra* – rispetto a quello attualmente contemplato dal comma 9 dell’art. 23 *bis* del d.l. 112/2008.

<sup>226</sup> Infatti, i Giudici di Palazzo Spada, pronunciandosi sulla deroga a favore delle società quotate in borsa, hanno recentemente precisato che la medesima “*non si applica alle società che sono controllate da una società quotata, in quanto il legislatore, a differenza di quanto ha fatto nel periodo precedente dello stesso*

in parola, precisando che i divieti previsti dalla medesima non si applicano alle società direttamente o indirettamente controllate, ai sensi dell'art. 2359 c.c., da società quotate in mercati regolamentati<sup>227</sup>.

E' agevole notare che la previsione di cui al cit. comma 9 (attualmente, fedelmente riprodotta dall'art. 4, comma 33, del d.l. n. 138/2011) risponde a finalità analoghe a quelle (pro-concorrenziali) che hanno ispirato la stesura dell'art. 13 del decreto "Bersani". La norma ha, quindi, quali destinatari naturali (ma sul punto si ritornerà nel prosieguo) i soggetti societari pubblici o misti che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, ed è finalizzata ad impedire che dette società, a partecipazione pubblica, possano sfruttare vantaggiosamente la loro posizione di privilegio nel mercato, producendo effetti distorsivi per la concorrenza.

Ci si chiede, in primo luogo, se la disposizione di cui al cit. comma 9 (attualmente contenuta nell'art. 4, comma 33, del d.l. n. 138/2011) si debba, o meno, applicare anche agli affidatari diretti di servizi pubblici locali esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (segnatamente: distribuzione gas naturale ed energia elettrica, servizio farmaceutico comunale e trasporto ferroviario regionale<sup>228</sup>, originariamente esclusi dall'ambito applicativo del più volte cit. art. 23 *bis*, ai quali si è aggiunto, a seguito dell'approvazione dell'art. 4 del cit. d.l. n. 138/2011, anche il servizio idrico integrato). La risposta pare essere negativa, in quanto il comma 34 del d.l. n. 138/2011 dispone l'integrale esenzione dei settori *ivi* considerati art. 23 bis, ha limitato la deroga alle sole società quotate senza nulla aggiungere in merito all'eventuale estensione di tale deroga anche ad altre società, controllate o comunque collegate alle prime" (Cons. Stato, Sez. V, 9 novembre 2010, n. 7964, reperibile su [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it)).

<sup>227</sup> Detta modifica è stata introdotta dall'art. 8, comma 5, lett. e), del d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

<sup>228</sup> A seguito delle modifiche, da ultimo, introdotte dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012, il servizio di trasporto ferroviario è stato espunto dai servizi esclusi e, pertanto, attualmente rientra a pieno titolo nell'ambito di applicazione del cit. art. 4 del d.l. n. 138/2011.

dall'applicazione delle disposizioni contenute nel cit. art. 4, prevedendo, peraltro, alcune deroghe espresse (ci si riferisce, in particolare, ai commi 19-27 del medesimo art. 4, che si applicano esclusivamente al servizio idrico integrato), tra le quali non compare il comma 33.

Ulteriori dubbi discendono poi dalla circostanza che il comma 9 in parola (ed oggi, il comma 33 del cit. art. 4, d.l. n. 138/2011), diversamente dal cit. art. 13 del decreto “Bersani” (il quale richiama espressamente il requisito della partecipazione pubblica), non precisa se il sistema di limiti e divieti introdotto dalla disposizione medesima debba riguardare esclusivamente soggetti integralmente pubblici o misti (che, come precedentemente esposto, parrebbero essere i “destinatari naturali” della norma), ovvero anche soggetti totalmente privati (titolari, in ipotesi, di affidamenti diretti di servizi pubblici locali, ottenuti in un momento anteriore alla fuoriuscita del socio pubblico dalla società). A conferma dell'interpretazione restrittiva, si evidenzia il parere dell'A.V.C.P., secondo cui la finalità della disposizione di cui al cit. comma 9 è quella di evitare che soggetti particolarmente qualificati, già titolari di affidamenti diretti e di un rapporto privilegiato con l'ente di riferimento – proprio in relazione alla stretta contiguità dei rapporti in essere con il soggetto pubblico – possano lucrare, in questa loro veste di enti “strumentali”, ulteriori rendite di posizione in altri mercati o servizi pubblici locali, a danno del libero gioco della concorrenza, con l'effetto che la disposizione in esame non sembrerebbe riguardare i soggetti votati ad operare con spirito imprenditoriale al di fuori dei rapporti di “strumentalità necessaria” con le Amministrazioni<sup>229</sup>. Il che induce, ovviamente, a ritenere escluse dall'ambito di applicazione della norma le società partecipate unicamente da soggetti privati. In senso contrario, è agevole notare che, se è vero che il legislatore ha inteso paralizzare l'attività (nei termini di cui si dirà) delle

---

<sup>229</sup> Parere A.V.C.P. n. 128/2009, reperibile sul sito dell'Autorità. Le medesime considerazioni possono essere estese, per analogia, al vigente comma 33 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011.

società a partecipazione pubblica titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali, nel timore che queste ultime abbiano a provocare distorsioni della concorrenza, è altrettanto vero che i medesimi dubbi possono riguardare, a maggior ragione, un operatore privato titolare di affidamenti diretti. Conseguentemente, parrebbe doversi concludere – anche alla luce del dato testuale della disposizione in esame, che fa generico riferimento alle “*società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto*”, senza peraltro specificarne la natura pubblica o privata – nel senso della applicabilità del cit. comma 9 (ora, comma 33 dell’art. 4, d.l. n. 138/2011) sia ai soggetti pubblici, che a quelli privati (*ubi lex voluit, dixit*).

Invero, il più volte cit. comma 9 (pedissequamente trasposto nell’art. 4, comma 33, del d.l. n. 138/2011) ha introdotto innovativamente<sup>230</sup> un sistema di limiti e preclusioni particolarmente rigido e severo<sup>231</sup> a carico delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, titolari di affidamenti diretti, nonché dei gestori delle reti. Infatti, detti soggetti non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori (diversi da quelli gestiti, da parte dei medesimi enti affidanti) ovvero in ambiti territoriali diversi (servizio della medesima natura di quello già gestito, da parte di enti locali diversi da quelli originariamente affidanti), né svolgere servizi (anche “strumentali” all’attività degli enti<sup>232</sup>) o attività (di qualsiasi natura) per altri enti (diversi da quelli affidanti) pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre

---

<sup>230</sup> E ciò, in quanto l’oggetto del divieto previsto dal cit. comma 9 assume una portata decisamente più estesa rispetto a quella del corrispondente divieto individuato dal cit. comma 6 dell’art. 113 T.U.E.L., che, invece, riguardava esclusivamente la partecipazione alle gare per l’affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

<sup>231</sup> In verità, la portata delle restrizioni imposte dalla disposizione in esame è talmente ampia da aver indotto talune società titolari di affidamenti diretti a rifiutare la prosecuzione del servizio in regime di proroga. Si segnala, al riguardo: T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 9 luglio 2010, n. 2906, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 7.

<sup>232</sup> T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 2 febbraio 2010, n. 169, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 2.

società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Tale divieto, che impone sostanzialmente l'obbligo di attività esclusiva anche ai concessionari di servizi pubblici locali titolari di affidamenti diretti, opera per tutta la durata dell'affidamento. Alla luce delle modifiche introdotte dalla manovra correttiva di cui al d.l. n. 135/2009 cit., volte a ricondurre la società mista alla forma "indiretta" di gestione del servizio (sostanzialmente equiparandola all'esternalizzazione; al riguardo, si veda il comma 2 del cit. art. 23 *bis*, come anch'esso sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. d), del d.l. n. 135/2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166/2009; ed oggi, l'art. 4, commi 8 e 12, del d.l. n. 138/2011), si comprende la ragione dell'esclusione del socio privato di cui al cit. comma 2, lett. b), dell'art. 23 *bis* dall'ambito di applicazione del comma 9 (una diversa previsione avrebbe, infatti, disincentivato la partecipazione di potenziali *partner* privati alle gare per la selezione del socio di società mista).

Di converso, la società mista, costituita ai sensi del cit. comma 2, lett. b), (attualmente, comma 12 dell'art. 4, d.l. n. 138/2011) quale modulo (misto) di gestione (esclusivamente) dello specifico servizio individuato dalla procedura competitiva ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato, almeno in via di prima approssimazione, pareva essere soggetta all'obbligo di attività "esclusiva", imposto dalla disposizione in esame. Anche se l'esegesi della disposizione non era semplice (specialmente nel periodo di prima applicazione dell'art. 23 *bis*, considerato l'accesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che, a quel tempo, investiva la questione della società mista, quale forma di gestione dei servizi pubblici locali), la *ratio* di tale penalizzante limitazione poteva, forse, essere ricondotta all'esigenza di qualificare la società mista come modulo di gestione specificamente dedicato alla gestione del singolo servizi in modo tale da arginare il fenomeno dilagante della società mista "generalista",

anche se, in realtà, la misura restrittiva, in tal modo interpretata, risultava inevitabilmente sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito.

Proprio alla luce di tali dubbi interpretativi, si è venuto a creare un filone giurisprudenziale che ha fornito un'interpretazione adeguatrice, rispetto alla condivisibile esigenza di non penalizzare oltremodo soggetti (le società miste) invero costituiti in base a regole assolutamente rispettose della concorrenza e, comunque, votati a competere nel mercato. Viene in rilievo, in primo luogo, un'articolata pronuncia del T.A.R. Calabria<sup>233</sup>, che affonda il proprio *iter* motivazionale sul (condivisibile) presupposto secondo cui, per procedere nella direzione intrapresa dal legislatore nazionale e comunitario in materia di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, occorre optare per il percorso più agevole e meno vincolato per le società miste conformi al modello di cui al cit. comma 2, lett. b), dell'art. 23 *bis* – attualmente riproposto, senza modifiche di sorta dall'art. 4, comma 12, del d.l. n. 138/2011 – ormai inserite, a pieno titolo, nel contesto della modalità ordinaria di affidamento di tali servizi. Sulla scorta di tali premesse, il Giudice Amministrativo ha, quindi, respinto l'indirizzo interpretativo che assimila, sotto il profilo dei limiti operativi, l'affidamento di servizi a società costituite ai sensi del più volte cit. comma 2, lett. b), (ora, art. 4, comma 12, del d.l. n. 138/2011) a quello operato direttamente o attraverso procedure non ad evidenza pubblica. All'opposto, il T.A.R. reggino ha ritenuto il modello gestionale delle società miste, costituite con gara a doppio oggetto, del tutto equivalente allo schema di affidamento mediante gara pubblica. Pertanto, superati i dubbi interpretativi, relativi al comma 9 cit., attraverso l'impiego congiunto del canone ermeneutico letterale e di quello sistematico, il Giudice

---

<sup>233</sup> T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 16 giugno 2010, n. 561, con note di: Di Giovanni S. e Favoino R., *L'art. 23 bis, comma 9, non si applica alle società miste pubblico-private costituite ai sensi del comma 2, lett. b)*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2010, 6 e Scarpino M., *Le società miste e i divieti previsti dall'art. 23 bis, comma 9, d.l. n. 112 del 2008*, in *Giur. merito*, 2010, 11, 2870. Nel medesimo filone interpretativo si inserisce, altresì, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 11 aprile 2011, n. 298.

Amministrativo ha risolto il caso di specie, affermando che, nonostante il comma 9 in parola si presti ad una duplice lettura, in sede di attuazione deve essere interpretato nel senso che, alle società *ex* comma 2, lett. b) (attualmente, art. 4, comma 12, del d.l. n. 138/2011), non si applicano i divieti previsti in relazione all'affidamento di servizi diversi da quello in esecuzione<sup>234</sup>. Ad analoghe conclusioni è approdato anche il Consiglio di Stato, laddove ha affermato che l'affidamento ad una società mista pubblica e privata, costituita secondo le modalità indicate dal più volte cit. comma 2, lett. b), deve essere equiparato, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, anche alla luce dei principi dettati dall'Unione Europea in materia, all'affidamento a terzi mediante pubblica gara; con la conseguenza che il divieto di cui al cit. comma 9 si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o, comunque, a seguito di una procedura non ad evidenza pubblica<sup>235</sup>. Dette osservazioni possono, ovviamente, essere estese, per analogia, anche al comma 33 del d.l. n. 138/2011, considerato che tale ultima disposizione rappresenta (*rectius*: rappresentava, almeno al momento della sua approvazione) la pedissequa trasposizione del precedente comma 9 dell'(abrogato) art. 23 *bis*. Senonché, forse anche alla luce del filone giurisprudenziale di cui si è detto poc'anzi, il legislatore ha, da ultimo, modificato il comma 33 in parola, recependo le conclusioni già raggiunte dalla giurisprudenza amministrativa e sgombrando definitivamente il campo da qualsivoglia dubbio interpretativo in relazione a siffatto profilo. Infatti, a seguito dell'approvazione della legge n. 183/2011, è attualmente

---

<sup>234</sup> Del resto, secondo altra dottrina, “*il ragionamento svolto dai Giudici calabresi appare molto convincente e si fonda sull'assoluta simmetria tra la scelta del privato cui affidare la gestione di un servizio pubblico locale mediante gara (comma 2, lett. a), d.l. n. 112/2008) e la scelta del partner privato del costituendo modulo societario misto, destinato a divenire «socio operativo», anch'esso selezionato all'esito di una procedura ad evidenza pubblica (comma 2, lett. b), d.l. n. 112/2008)*” (cfr. Guzzo G., *Le nuove regole dei servizi pubblici locali alla luce della disciplina attuativa introdotta dal d.P.R. n. 168/2010*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 10).

<sup>235</sup> Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222.

previsto che “*il divieto di cui al primo periodo...non si applica...alle società a partecipazione mista pubblica e privata costituite ai sensi*” del comma 12 (gara a doppio oggetto) del medesimo art. 4 del d.l n. 138/2011.

Una rilevante questione interpretativa relativa alla portata del divieto previsto dalla disposizione in esame involge la locuzione “tramite”, che pone in connessione i soggetti menzionati nella prima parte del periodo (le società affidatarie dirette, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante) con quelli interessati dalla seconda parte (loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate). La tesi più accreditata è quella che sostiene che i limiti e le preclusioni di cui al comma 9 cit. (ora, comma 33 del più volte cit. art. 4) si applichino solo indirettamente a tale ultima categoria di soggetti, ossia solo qualora questi ultimi intendano operare “per conto” dei soggetti individuati dalla prima parte della disposizione<sup>236</sup>.

Inoltre, la disposizione in parola suscita qualche perplessità in ordine al rispetto del principio di certezza del diritto, dal momento che penalizza fortemente (*rectius*: pregiudica totalmente) i soggetti titolari di affidamenti diretti, che hanno conseguito del tutto legittimamente la gestione del servizio, esclusivamente sul presupposto che detti affidamenti, sebbene rispettosi della normativa applicabile *ratione temporis*, in base ad una rimeditata concezione (maggiormente aderente alla declinazione comunitaria del principio di concorrenza) delle esigenze di promozione della concorrenza nel mercato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, sarebbero suscettibili (almeno potenzialmente) di produrre effetti distorsivi della competizione concorrenziale. Ulteriormente, ci si chiede se il sistema di limiti e preclusioni introdotto dal comma 9 in parola, e da ultimo confermato dall’art. 4, comma 33, del d.l. n. 138/2011, soprattutto se applicabile anche a soggetti formalmente e sostanzialmente privati, sia rispettoso del

---

<sup>236</sup> In questo senso si è espresso: Bianchini R., *I divieti previsti dal comma 9 dell’art. 23 bis della l. 133/2008 dopo il d.l. n. 135/2009*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2007, 9.

principio di proporzionalità che, secondo consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>237</sup>, presiede all'introduzione di misure limitative della libera iniziativa economica<sup>238</sup>. Da ultimo, residuano dubbi di costituzionalità in ordine alla possibilità, per il legislatore statale, di ingerirsi, dettando peraltro regole particolarmente severe e dettagliate, in un ambito (quello della capacità di azione delle società pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali) che parrebbe ricadere nella competenza legislativa regionale (riguardando materie quali i servizi pubblici locali e l'organizzazione amministrativa)<sup>239</sup>.

Non par dubbio, peraltro, che il Legislatore nazionale, nell'individuare i limiti di cui si discute, abbia introdotto una disciplina maggiormente restrittiva e rigorosa rispetto al paradigma indicato dal diritto comunitario con specifico riferimento ai soggetti societari a partecipazione pubblica<sup>240</sup>. Infatti, l'obbligo di attività esclusiva, imposto ai concessionari di servizi pubblici locali di rilevanza economica titolari di affidamenti diretti, dal cit. comma 9 (attualmente, comma 33 dell'art. 4, d.l. n. 138/2011), esorbita dai limiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e costituzionale con riferimento al

---

<sup>237</sup> Corte Cost. n. 401/2007 e n. 452/2007.

<sup>238</sup> Corte Cost. n. 326/2008 cit.

<sup>239</sup> Invero, la Regione Emilia Romagna ha sollevato la questione di costituzionalità del cit. comma 9, ritenendo che detta disposizione contrasti: a) con l'art. 117, primo comma, Cost., perché il diritto comunitario prevede che la società *in house* sia tenuta a svolgere a favore degli enti di riferimento solo l'attività prevalente, ben potendo destinare l'attività residua anche al mercato, mentre "*la norma in questione trasforma il concetto di prevalenza dell'attività in attività esclusiva*"; b) con l'art. 117, quarto comma, Cost., perché reca interventi irragionevoli e non proporzionali agli scopi di tutela della concorrenza prefissati. Tuttavia, la Corte Costituzionale, pronunciandosi con sent. n. 325/2010, ha ritenuto la questione inammissibile per genericità, "*perché la ricorrente non chiarisce le ragioni per cui la disciplina contenuta nella disposizione censurata sarebbe irragionevole e non proporzionale alla tutela della concorrenza*".

<sup>240</sup> La giurisprudenza amministrativa di *prime cure* ha rilevato tale circostanza, ritenendo che "*il divieto di cui al cit. art. 23 bis, comma 9, non è direttamente imposto dal legislatore comunitario ma frutto di una scelta del legislatore nazionale per limitare gli effetti anticoncorrenziali, anche indiretti, del fenomeno dell'affidamento diretto; tale divieto non può quindi che essere letto alla luce della sua ratio e del contesto della disciplina della concorrenza cui afferisce*" (T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 26 novembre 2010, n. 4214, reperibile su [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it)).

concetto di “attività prevalente” nei confronti degli enti affidanti, che deve caratterizzare l’ambito operativo dei soggetti *in house provider*<sup>241</sup>, per non dire che si pone su un piano di tutela della concorrenza assolutamente sconosciuto al diritto comunitario rispetto alle società miste (relativamente all’ambito di operatività delle quali il diritto UE rimane sostanzialmente indifferente).

Un cenno a parte merita l’ultima formulazione dell’ultimo periodo del comma 9 cit., peraltro pedissequamente ripresa dal vigente comma 33 dell’art. 4, d.l. n. 138/2011, a mente della quale *“i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti”*. E’ interessante notare che detta disposizione, nella originaria versione (introdotta dalla legge n. 133/2008, di conversione del d.l. n. 112/2008) recitava: *“i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l’affidamento, mediante procedura ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato”*. Ebbene, rispetto alla formulazione storica, nella versione vigente (oggi contenuta nel più volte cit. comma 33) è svanito il riferimento allo *“specifico servizio già a loro affidato”*, sostituito con *“servizi da essi forniti”*, ed è stato aggiunto il riferimento alla possibilità di *“concorrere su tutto il territorio nazionale”*. E’ giocoforza osservare che la prima versione era indubbiamente più chiara di quella introdotta dal d.l. n. 135/2009, in quanto consentiva la partecipazione della società alla prima gara per il conferimento del solo servizio già gestito in virtù di affidamento diretto. Sicché, se si vuole attribuire significato alla modifica legislativa, sembra doversi ritenere che essa valga a consentire a tutti gli operatori (anche titolari di

---

<sup>241</sup> In proposito, si segnala Corte Cost. n. 439/2008 che, nell’individuare i limiti qualitativi e quantitativi del requisito dell’attività prevalente, implicitamente ammette che una parte marginale dell’attività del concessionario si possa esplicare in altri mercati.

affidamenti diretti) di un determinato settore di partecipare, su tutto il territorio nazionale, alla prima gara indetta per l'affidamento di un servizio pubblico locale, dopo la cessazione dell'affidamento diretto che aveva riguardato il servizio stesso. Ogni diversa opzione ermeneutica vanifica la portata semantica della modifica legislativa. Al riguardo, si registrano peraltro due recenti precedenti giurisprudenziali che, sebbene riferiti all'originaria formulazione del cit. comma 9, sembrano avvalorare la suesposta tesi. Con un primo arresto<sup>242</sup>, i Giudici di Palazzo Spada hanno precisato che, mentre l'ormai abrogato comma 15 *quater* dell'art. 113 T.U.E.L.<sup>243</sup> aveva lo scopo di consentire alle imprese titolari di affidamenti diretti la partecipazione alle gare nei soli casi in cui vi fosse una perfetta identità territoriale, oltre che settoriale, dell'oggetto della gara e del previo affidamento diretto<sup>244</sup>, la ragion d'essere del comma 9 del cit. art. 23 *bis* è plausibilmente quella di evitare che le società che forniscono servizi ad un'Amministrazione ed hanno, pertanto, acquisito esperienza sul territorio siano automaticamente estromesse dalle gare per l'affidamento concorrenziale di quei servizi. Nonostante il tenore delle premesse sembrasse tutto orientato a supportare l'interpretazione estensiva della deroga, di cui sopra si è detto, i Giudici della Quinta Sezione hanno, da ultimo, ritenuto prevalente l'esigenza di non privilegiare i soggetti affidatari diretti, finendo per concludere nel senso che la deroga deve intendersi riferita esclusivamente alla precedente affidataria diretta del medesimo servizio oggetto della gara. Tuttavia – anche alla luce dell'orientamento assunto dal Giudice Amministrativo di primo grado, secondo cui il divieto previsto dal cit. comma 9 non è e, comunque, non può

<sup>242</sup> Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7401, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 10.

<sup>243</sup> E' importante ricordare che la disposizione in parola costituisce l'antesignano giuridico della "deroga prima gara" prevista dal più volte cit. comma 9, considerato che disponeva l'esonero delle prime gare dall'applicazione del divieto previsto dal precedente comma 6 del medesimo art. 113 T.U.E.L.

<sup>244</sup> In tal guisa rispondendo all'esigenza di consentire alle imprese affidatarie dirette, che si erano date una struttura per porsi in concorrenza sul libero mercato, di non dissipare i notevoli investimenti cui avevano dato luogo.

essere finalizzato ad espellere dal mercato dei soggetti che hanno la potenzialità di operarvi in termini concorrenziali, ma solo a limitare i vantaggi indiretti che un affidamento diretto può consentire, ferma l'attribuzione di una via di "transito" verso il mercato<sup>245</sup> – il *revirement* non si è fatto attendere. A poco più di un mese di distanza, la medesima Quinta Sezione del Consiglio di Stato, nell'interpretare la deroga "prima gara", prevista dal cit. comma 9, nella sua originaria formulazione, è giunta ad affermare che la norma – con l'impiego della congiunzione "comunque" in funzione avversativa – sembra escludere l'operatività del divieto (anche) nei confronti degli affidatari diretti di servizi pubblici locali in ambiti territoriali diversi, purché la procedura di gara abbia per oggetto l'affidamento del servizio in precedenza gestito dalla società (affidataria diretta). Ebbene, alla luce di tali premesse e, soprattutto, in considerazione delle modifiche apportate dal d.l. n. 135/2009, da ultimo riprodotte dal vigente comma 33 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, è plausibile ritenere che la giurisprudenza amministrativa possa, in futuro, aderire all'interpretazione estensiva sopra illustrata.

\*\*\*\*\*

## ***12. I limiti alla capacità di azione delle società multiutilities***

Da ultimo, si pone la delicata questione di effettuare un'interpretazione sistematica che metta in relazione le sopra cit. disposizioni (art. 13 del decreto "Bersani" e art. 23 *bis*, comma 9, del d.l. n. 112/2008, da ultimo, trasfuso nell'art. 4, comma 33, del

---

<sup>245</sup> In base a tali considerazioni, secondo il Giudice di *prime cure*, "la circostanza che il servizio, di cui la prima classificata era già affidataria diretta in taluni Comuni, sia stato – all'atto della prima gara successiva alla cessazione dell'affidamento diretto – accorpato per legge ad altri, non gli fa perdere la caratteristica di essere, appunto, l'unica via di transito verso il mercato dell'affidatario diretto; altrimenti opinando, l'affidatario diretto dovrebbe attendere l'inesorabile cessazione di tutti i propri affidamenti in corso, per poter partecipare ad una gara, nella sostanza sarebbe, quindi, costretto a cessare l'attività per un significativo lasso di tempo, soluzione che non può essere ritenuta imposta dall'ordinamento. Si verificherebbe un effetto anticoncorrenziale quantomeno sproporzionato, poiché, nell'intento di non far acquisire particolare benefici all'affidatario diretto, se ne imporrebbe la totale eliminazione dal mercato" (T.A.R. Piemonte, n. 4214/2010 cit.).

d.l. n. 138/2011). In proposito, si evidenzia un significativo arresto giurisprudenziale<sup>246</sup> relativo ai limiti applicabili alle società pubbliche con duplice scopo (servizi strumentali e servizi pubblici locali)<sup>247</sup>. In tale occasione, il Giudice Amministrativo di primo grado, dopo aver svolto considerazioni non del tutto condivisibili con riferimento alle finalità dell'art. 13 del decreto "Bersani" e alle relative modalità applicative, ha concluso nel senso di ritenere applicabile il divieto di cui all'art. 13 cit. ad una società operativa sia nel settore dei servizi pubblici locali, sia in quello dei servizi strumentali. Il precedente merita di essere segnalato in quanto affronta un tema che inevitabilmente riguarderà, in prospettiva, la delicata questione del rapporto tra l'art. 13 del decreto "Bersani" e il comma 33 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011.

Tuttavia, le conclusioni cui perviene non sono esenti da critiche, anche alla luce dell'orientamento assunto, in argomento, dal Consiglio di Stato. Invero, il Supremo Consesso Amministrativo, nel verificare l'applicabilità del cit. art. 13 alle società *multiutilities*, ha affermato che le società "strumentali" costituiscono una *longa manus* delle Amministrazioni, tant'è che l'affidamento delle attività "strumentali" avviene, in deroga al principio di concorrenza, in via diretta (ovvero secondo il cd. *in house providing*), diversamente, le società miste per la gestione di servizi pubblici locali sono un soggetto imprenditoriale di diritto privato, operante sul mercato in regime di concorrenza, cosicché la totale diversità delle attività svolte dalle predette società esclude che esse debbano avere un oggetto sociale esclusivo. Se questo appare giustificato per le società "strumentali", non altrettanto avviene per le società miste che, oltre ai servizi pubblici, possono svolgere altre attività imprenditoriali, sia pure con limitazioni volte a

---

<sup>246</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 11 gennaio 2010, n. 8, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1, 36.

<sup>247</sup> In relazione a tale argomento, si veda in dottrina: Bartolini A., *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23 bis del d.l. 112/2008*, in *Urb. e app.*, 2009, 6, 741.

non snaturarne il ruolo istituzionale<sup>248</sup>. Peraltro, già in precedenti occasioni, i Giudici di Palazzo Spada avevano precisato che l'obbligo di "oggetto sociale esclusivo", imposto dal più volte cit. art. 13 alle società "strumentali", non va inteso come divieto delle società cd. *multiutilities*, ma rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro<sup>249</sup>. Conseguentemente, pare corretto ritenere che il cit. art. 13 si applichi esclusivamente alle società "strumentali" (con la precisazione che tale caratteristica deve connotare tanto la natura dell'attività svolta dalla società, quanto il rapporto intercorrente tra il soggetto societario stesso e

---

<sup>248</sup> Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346, in *Foro amm. CDS*, 2009, 7-8, 1727. In tal senso, più recentemente, si segnala: Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77, con commento di: Lo Biundo L., *Per il Consiglio di Stato le società strumentali possono anche gestire servizi pubblici locali*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2011, 2. Anche tale ultimo arresto giurisprudenziale evidenzia, infatti, "le ben differenti caratteristiche giuridiche delle società cd. strumentali e delle società cd. miste: differenze che anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con la decisione n. 1 del 3 marzo 2008, resa nella controversa materia dell'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società mista) aveva già ampiamente puntualizzato tenendo ben distinto il modello organizzativo della società mista da quello dell'*in house providing*; il tutto, anche con riguardo alla testuale finalità della speciale disciplina limitativa di cui all'art. 13, commi 1 e 2 del cit. d.l. n. 223 del 2006, ossia alla finalità di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità tra gli operatori. Ciò significa, in buona sostanza, che mentre i divieti e gli obblighi imposti dai commi 1 e 2 del predetto art. 13 (con la sanzione prevista dal successivo comma 4 della nullità dei contratti stipulati in violazione di detti divieti e di detti obblighi) trovano una ben ragionevole giustificazione per le società strumentali, non altrettanto ragionevole né fondata (soprattutto in base alla ratio della predetta norma) appare l'applicazione della stessa anche per quelle società cd. miste (partecipate da soggetti pubblici e privati) che, pur non avendo un oggetto sociale esclusivo circoscritto come tale alla sola operatività con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (e quindi svolgendo sia servizi pubblici locali, sia altri servizi e forniture di beni a favore degli enti pubblici e privati partecipanti, nonché a favore di altri enti o loro società o aziende pubbliche e private) operano comunque 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 pubblici".

<sup>249</sup> Cons. Stato, Sez. IV, n. 322/2007 cit.; Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, con note di: Acocella C. e Liguori F., *Questioni (vere e false) in tema di società miste ed in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 3; Rotigliano R., *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione europea*, in *Urb. e app.*, 2008, 8, 1008; Caranta R., *Ancora in salita la strada per le società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, 1120; Piperata G., *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, 1126.

l'Amministrazione costituente o partecipante<sup>250</sup>), di converso, dovrebbero essere escluse dal relativo ambito applicativo sia le società costituite unicamente per la gestione di servizi pubblici locali (in forza dell'inequivoca disposizione in tal senso del cit. art. 13), che le società cd. *multiutilities*<sup>251</sup>, in considerazione della circostanza che è da presumere che tale ultima categoria di soggetti non possieda le caratteristiche legittimanti, allo stato, l'affidamento diretto di servizi da parte degli enti affidanti, e, pertanto, rappresenti un genere di società pubbliche votate a competere nel mercato. Fermo restando che, a legislazione vigente, la sola titolarità di un affidamento diretto di un servizio pubblico locale di rilevanza economica, indipendentemente dalla caratterizzazione della società che lo gestisce, parrebbe determinare l'applicazione del sistema di limiti e divieti delineati dal comma 33 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 (riproduttivo del previgente comma 9 dell'abrogato art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008).

\*\*\*\*\*

### ***13. Le società pubbliche con scopo meramente lucrativo. La pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2011.***

Traendo spunto dall'ipotesi di classificazione delle società a partecipazione pubblica di cui si è detto *sub* 8., occorre ora soffermarsi sulla categoria delle società

---

<sup>250</sup> Cons. Stato, Sez. V, n. 1282/2010 cit.

<sup>251</sup> Anche la prevalente dottrina conclude nel senso di ritenere che “è legittima la partecipazione di società miste che gestiscono servizi pubblici locali alle gare per il conferimento di servizi strumentali alle attività delle Amministrazioni, non trovando applicazione i divieti di cui all'art. 13 del decreto Bersani. In via prudenziale però occorre rilevare non solo la natura mista del capitale sociale e le modalità di costituzione della società, ma soprattutto il fine specifico per il quale la stessa è stata costituita. In tal senso se la società mista è stata costituita solo per gestire attività o servizi strumentali per il/i socio/soci, allora trovano applicazione i previsti divieti e l'obbligo di esclusività. Se invece la costituzione della società mista è avvenuta quale modello organizzativo di gestione dei servizi pubblici locali per la collettività, in questo caso non trovano applicazione i divieti dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006 s.m.i., quindi tali società possono svolgere attività o servizi ulteriori, sia pubblici locali che strumentali, anche partecipando alle gare” (cfr. Mattalia M., *Società miste e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, 6, 721).

pubbliche votate a competere nel mercato in regime di libera concorrenza con gli altri operatori, svolgenti la propria attività in settori diversi da quello dei servizi pubblici locali<sup>252</sup>.

Tra tutte le categorie di società pubbliche, quella attualmente in esame è sicuramente la meno considerata dal legislatore, posto che manca completamente una disciplina normativa di riferimento. Invero, le (poche) disposizioni applicabili alle società appartenenti a detta categoria sono state emanate per disciplinare specifici settori di mercato e rivestono carattere particolare. Pertanto, manca un paradigma normativo di riferimento che definisca le modalità di costituzione, l'organizzazione, gli ambiti di attività e, soprattutto, gli (eventuali) limiti alla capacità di azione di tali società.

L'unica disposizione da cui è possibile trarre indicazioni per valutare la possibilità, per gli enti pubblici, di costituire e/o partecipare società aventi finalità meramente lucrative si rinviene, attualmente, nel cit. art. 3, commi 27 e segg., della legge finanziaria per il 2008<sup>253</sup>, recante disciplina del cd. procedimento di riordino delle partecipazioni azionarie pubbliche. Invero, non è un caso che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nel pronunciarsi, con sentenza n. 10 del 2011, in relazione a tale possibilità ed ai connessi limiti, abbia ritenuto di fare riferimento proprio alla suddetta disposizione e, in particolare, alla *voluntas legis* ricavabile dalla stessa.

Il caso sottoposto all'Adunanza Plenaria riguarda, in particolare, una società partecipata integralmente da un'Amministrazione universitaria che, a seguito di una complessiva operazione di trasformazione (con contestuale scissione societaria), ha dato

<sup>252</sup> Alla luce di quanto esposto nei precedenti paragrafi della presente trattazione, non può che convenirsi sulla circostanza che le società a partecipazione pubblica, diverse da quelle *in house*, operanti in detto settore, sebbene formalmente orientate allo svolgimento di attività di impresa, sono soggette ad una disciplina (di rango legislativo) puntuale e specifica, del tutto inapplicabile alle altre società pubbliche aventi finalità meramente lucrative.

<sup>253</sup> Relativamente ai contenuti di tali disposizioni, si rimanda a quanto esposto *sub* 10. della presente trattazione.

vita a due distinte società: la prima, di carattere strumentale, avente ad oggetto la gestione degli immobili di proprietà dell'Università; la seconda, attiva nel settore della progettazione architettonica ed urbanistica, della pianificazione territoriale e delle costruzioni, con scopo meramente lucrativo, funzionalmente orientata a competere nel mercato in regime di concorrenza, in particolare, partecipando a gare per l'affidamento di appalti pubblici (o privati). Senonché, gli Ordini professionali di categoria (segnatamente, architetti ed ingegneri), competenti per territorio, ritenendo violato il principio di libera concorrenza, hanno proposto ricorso avverso gli atti amministrativi prodromici alla suddetta operazione di trasformazione e riorganizzazione funzionale e, segnatamente, di quelli preordinati alla costituzione della società avente scopo lucrativo, chiedendone l'annullamento sostanzialmente sul presupposto che, agli enti pubblici, non sarebbe consentito dar vita a società lucrative, svolgenti attività non strettamente necessarie al perseguimento delle relative finalità istituzionali.

Prima di entrare nel merito della questione, l'Adunanza Plenaria – pronunciandosi sull'eccezione di difetto di giurisdizione – ha, innanzitutto, chiarito che la scelta, da parte di un ente pubblico, di dar vita ad una società (o di modificarla o di estinguerla), costituisce un'opzione organizzativa afferente al perseguimento dell'interesse pubblico, che si esercita mediante un atto di natura pubblicistica, rientrante nella giurisdizione del Giudice Amministrativo<sup>254</sup>, considerato peraltro che tale scelta organizzativa discrezionale

---

<sup>254</sup> Secondo il Supremo Consesso Amministrativo, ciò deriva dalla circostanza a mente della quale l'art. 244, comma 1, del d.lgs n. 163/2006, applicabile *ratione temporis* (attualmente confluito nell'art. 133, comma 1, lett. l), del Codice del processo amministrativo) assegna alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo le controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, ivi comprese quelle relative alla scelta del socio. Infatti, qualora un ente pubblico decida di costituire una società con la forma del partenariato pubblico-privato, la scelta del socio è considerato dall'ordinamento una vicenda pubblicistica, tanto è vero che l'individuazione del *partner* deve avvenire con procedura ad evidenza pubblica, con la conseguenza che le eventuali controversie sono soggette alla giurisdizione esclusiva del G.A. Secondo la Plenaria, “*se ne desume per argomento a fortiori che è ascritta alla sfera pubblicistica la scelta, a monte, dell'utilizzo del modello societario, anche se per tale scelta non è prevista*

differisce logicamente e cronologicamente rispetto al negozio societario che, invece, ne costituisce mera attuazione, radicando una diversa giurisdizione rispetto a quella prevista per il negozio societario<sup>255</sup>. In buona sostanza, la giurisdizione amministrativa sussiste per gli atti che, incidendo sull'organizzazione dell'ente, sono espressione di potestà pubblica, atti tra i quali rientrano certamente quelli di costituzione, modificazione ed estinzione della società, ivi compresa evidentemente la scissione, che comporta la costituzione di una nuova società; di converso, resta fermo il modello privatistico e la conseguente giurisdizione ordinaria, sugli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo, o meno, del modello societario (in tal caso, infatti, l'ente pubblico esercita i poteri ordinari dell'azionista che si traducono in atti societari sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, coerentemente con i principi di diritto comunitario che non ammettono poteri speciali in capo all'azionista pubblico).

---

*una giurisdizione esclusiva, sicché si ricade nella giurisdizione generale di legittimità*" (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2011 cit.).

<sup>255</sup> A sostegno di tale interpretazione, l'Adunanza Plenaria cita una serie di precedenti. In particolare, vengono richiamate: a) una pronuncia della Quinta Sezione, secondo cui *"gli atti di costituzione di una società o quelli, successivi, di acquisizione della partecipazione sono provvedimenti concretamente idonei a sottrarre dal mercato di riferimento la possibilità di accesso alla contrattazione con l'Amministrazione che ha optato per quella forma di gestione diretta del servizio, sicché la lesione effettiva ed immediata degli interessi delle imprese che aspirano alla gestione del servizio rimonta all'adozione delle delibere di costituzione della società o di adesione a società esistente, tenuto conto del carattere conclusivo della determinazione organizzatoria che implicano"* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2004, n. 1543); b) un arresto della Cassazione a mente del quale, *"in tema di società per azioni a partecipazione maggioritaria del Comune, le delibere comunali con le quali sono decise la riduzione della partecipazione azionaria, l'emissione di un prestito obbligazionario, nonché le modifiche da adottarsi nello statuto rispetto alla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione costituiscono provvedimenti di natura autoritativa, preliminari e prodromici rispetto alle successive deliberazioni societarie, espressione della funzione di indirizzo e di governo del Comune rispetto agli organismi preposti alla produzione, gestione ed erogazione dei servizi pubblici di pertinenza del medesimo ente; ne consegue che le controversie relative all'annullamento delle suddette delibere spettano alla giurisdizione del Giudice Amministrativo"* (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 3 novembre 2009, n. 23200); c) il filone giurisprudenziale della Quinta Sezione secondo cui l'atto di autotutela di ritiro della delibera di costituzione di una società mista risulta attratto dalla giurisdizione amministrativa (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 1 luglio 2005, n. 3672).

Procedendo all'esame del merito della questione, la Plenaria evidenzia come i motivi di ricorso proposti dalle Associazioni professionali di categoria, peraltro si incentrino sulle seguenti questioni: *“a) dalle deliberazioni prodromiche alla scissione non emergerebbero le ragioni di interesse pubblico e, in particolare, le finalità istituzionali sottese alla creazione della società di engineering; b) le Università non potrebbero partecipare, quali operatori economici, a gare di appalto e pertanto non potrebbero allo scopo costituire una società con socio unico né potrebbero agire quali imprenditori sul mercato; c) la società di engineering sarebbe dotata di un capitale sociale...proveniente da un finanziamento statale destinato ad altro scopo; d) le Università hanno fini non lucrativi di ricerca e di insegnamento, per cui non potrebbero costituire una società con fini di lucro; e) si sarebbe creata un società privata a fine di lucro, che opera sul mercato in concorrenza con operatori privati, fruendo di finanziamento pubblico, così creandosi una evidente distorsione di mercato”*<sup>256</sup>. Secondo il Supremo Consesso Amministrativo, le argomentazioni sviluppate dalle ricorrenti – peraltro, sostanzialmente condivise anche dall'ordinanza di rimessione<sup>257</sup> – sono corrette, in quanto risulterebbero conformi a quanto disposto dall'art. 3, comma 27, della legge finanziaria per il 2008 – secondo cui *“al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le Amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 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. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che*

---

<sup>256</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2011 cit.

<sup>257</sup> Infatti, *“l'ordinanza di rimessione ritiene che le Università, aventi finalità di insegnamento e di ricerca, possano dare vita a società, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, solo per il perseguimento dei propri fini istituzionali, e non per erogare servizi contendibili sul mercato”* (cfr. ivi).

*forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza”* –, che esprime un principio di carattere generale che era immanente nell’ordinamento anche prima della sua esplicitazione positiva. Infatti, la disposizione in questione evidenzia un profondo disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle Amministrazioni pubbliche (comprese le Università, ma anche tutti gli enti territoriali e le relative forme associative) di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esorbita dall’ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti previsto da specifiche disposizioni legislative (secondo il modello delle cd. società di “diritto singolare”).

I Giudici di Palazzo Spada osservano, quindi, che la Corte Costituzionale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale relativa ai commi 27 e 29 del cit. art. 3 della l.f. per il 2008, abbia sottolineato come essi abbiano inteso rafforzare la distinzione tra l’esercizio dell’attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una Pubblica Amministrazione con effettivo carattere di strumentalità, configurandosi nei fatti quali mere modalità organizzative per l’esercizio di compiti tipici dell’ente pubblico di riferimento) e l’esercizio dell’attività di impresa da parte degli enti pubblici, mirando altresì ad evitare che quest’ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto Pubblica Amministrazione. Invero, ad avviso della Plenaria, la *ratio* della disposizione in parola (come interpretata dalla Consulta) cristallizza un principio già in precedenza immanente nel sistema, le cui direttrici fondamentali sono le seguenti: *in primis*, l’attività di impresa deve ritenersi consentita agli enti pubblici solo in virtù di un’espressa previsione; in secondo luogo, l’ente pubblico non avente finalità di lucro non può svolgere attività d’impresa, salvo espresse deroghe normative; inoltre, la possibilità di costituire società pubbliche operanti sul mercato, è ordinariamente prevista da espresse disposizioni

legislative (infatti, non di rado è la legge a prevedere direttamente la creazione di società a partecipazione pubblica); infine, la costituzione di società per il perseguimento dei fini istituzionali propri dell'ente pubblico è generalmente ammissibile se ricorrono i presupposti dell'*in house* (partecipazione pubblica totalitaria, esclusione dell'apertura al capitale privato, controllo analogo, attività esclusivamente o almeno prevalentemente dedicata al socio pubblico) e salvi specifici limiti legislativi (ad esempio, il cit. art. 23 *bis*, comma 3, del d.l. n. 112/2008, attualmente trasfuso nell'art. 4, comma 33, del d.l. n. 138/2011).

Secondo i Giudici di Palazzo Spada, un conto è la costituzione di una società *in house*, da parte di un ente pubblico senza fine di lucro, che è in sé un modello organizzativo neutrale che rientra nell'autonomia organizzativa dell'ente (con limite intrinseco che ogni forma organizzativa deve risultare sempre e necessariamente strumentale rispetto al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente medesimo); mentre, un altro conto, è la costituzione, da parte di un ente pubblico, di una società commerciale che non operi con l'ente socio, ma operi sul mercato, in concorrenza con operatori privati, accettando commesse sia da enti pubblici che privati. A avviso della Plenaria, la possibilità di costituire una società commerciale deve ritenersi subordinata alla sussistenza di un'espressa disposizione legislativa che legittimi l'operazione, non potendo ritenersi consentita, quantomeno nel caso in cui l'ente pubblico costituente non persegua fini di lucro<sup>258</sup>. Del resto, osservano i Giudici di Palazzo Spada, la recente evoluzione

---

<sup>258</sup> Del resto, secondo l'assunto della Plenaria, “*la stessa Corte Costituzionale, nel ribadire l'intangibilità in via di principio della libertà di iniziativa economica degli enti pubblici, ha altresì sottolineato la necessità di «evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali» (sent. n. 326/2008). L'approccio in questione, del resto, appare pienamente compatibile con il paradigma normativo comunitario secondo cui è fatto divieto agli Stati membri di emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle disposizioni dei Trattati, con particolare riguardo a quelle in tema di tutela della concorrenza e divieto di erogazione di aiuti di Stato» (cfr. *ivi*).*

normativa mostra un netto sfavore per la costituzione e il mantenimento di società da parte di enti pubblici, persino per quanto riguarda gli enti locali, nonostante il loro riconoscimento costituzionale come enti territoriali autonomi a fini generali e, addirittura, quando si tratta di società create per i fini istituzionali dell'ente<sup>259</sup>.

In conclusione, considerato il quadro normativo di riferimento e le specifiche finalità perseguite dall'Amministrazione Universitaria, l'Adunanza Plenaria, nonostante l'indiscusso riconoscimento a favore delle Università di una sfera di autonomia organizzativa e finanziaria, ha ritenuto illegittima la scelta di costituire una società commerciale sul presupposto che, nel caso di specie, sarebbe stato travalicato il limite interno invalicabile della rigorosa strumentalità rispetto alle finalità istituzionali<sup>260</sup>, ed ha, altresì, evidenziato che, in assenza di una disposizione di legge in senso contrario, sussiste un generale divieto per tali Istituzioni (ma, alla luce delle considerazioni che precedono, le considerazioni in parola paiono riferibili a tutti gli enti pubblici che non perseguono finalità di lucro) di istituire società di capitali per lo svolgimento di attività commerciali con scopo meramente lucrativo.

A ben vedere, il principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria con la cit. sent. n. 10 del 2011 (ammesso che – come sembra – possa essere esteso anche agli enti

---

<sup>259</sup> A sostegno di tali considerazioni, vengono citate, a titolo esemplificativo, le disposizioni di cui all'art. 13 del d.l. n. 223/2006, all'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 e all'art. 13, comma 31, del d.l. n. 78/2010.

<sup>260</sup> E' molto interessante la precisazione, fornita dai Giudici di Palazzo Spada, secondo cui ciò non si sarebbe verificato se l'Amministrazione Universitaria avesse previsto “(i) una stretta connessione tra l'oggetto sociale e le finalità istituzionali dell'Università; (ii) adeguati meccanismi per assicurare la strumentalità, quali la previsione di una precisa definizione della missione della società in ordine al tipo di progetti da svolgere (sulla base di incarichi provenienti da committenza pubblica o privata, purché inerenti a opere che ponessero problematiche proficue per la ricerca e la didattica), la previsione che la società avrebbe impiegato esclusivamente docenti e studenti universitari, ovvero neolaureati entro un limite temporale massimo e la previsione delle modalità di impiego di tali soggetti; (iii) adeguati strumenti di controllo da parte dei soci sull'operato della società; (iv) la destinazione degli utili ai fini istituzionali dell'Università; (v) l'esclusione dell'ingresso di soci privati” (cfr. *ivi*).

pubblici, diversi dalle Università, che non perseguono finalità lucrative), rappresenta un significativo punto di svolta rispetto al passato e solleva una serie di questioni in merito alla possibilità, per gli enti pubblici regionali e locali, di costituire e/o partecipare società di capitali con finalità meramente lucrative.

La prima considerazione che viene in rilievo riguarda il rapporto tra la pronuncia in esame e la cit. sent. n. 326/2008 della Corte Costituzionale. Invero, con tale ultima pronuncia, la Consulta, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale del cit. art. 13 del decreto "Bersani", ha affermato che *"le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza"*. Da quanto esposto, pare potersi desumere che, secondo la Consulta, agli enti territoriali (che, per definizione, non perseguono finalità lucrative<sup>261</sup>) deve essere riconosciuta, al pari dei

---

<sup>261</sup> D'altronde, basti pensare che, ai sensi dell'art. 13 del T.U.E.L., *"spettano al Comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione e il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto e utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze"*; mentre il successivo art. 19 dispone che *"spettano alle Province le funzioni amministrative di interesse provinciale che riguardano vaste zone intercomunali o l'intero territorio provinciale nei seguenti settori: a) difesa del suolo, tutela e valorizzazione dell'ambiente e prevenzione delle calamità; b) tutela e valorizzazione delle risorse idriche ed energetiche; c) valorizzazione dei beni culturali; d) viabilità e trasporti; e) protezione della flora e della fauna parchi e riserve naturali; f) caccia e pesca nelle acque interne; g) organizzazione dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, rilevamento, disciplina e controllo degli scarichi delle acque e delle emissioni atmosferiche e sonore; ....La provincia, in collaborazione con i Comuni e sulla base di programmi da essa proposti, promuove e coordina attività nonché realizza opere di rilevante interesse provinciale sia nel settore economico, produttivo, commerciale e turistico, sia in quello sociale, culturale e sportivo"*.

soggetti privati, la libertà di iniziativa economica (*ex art. 41 Cost.*), con la conseguenza che questi possono esercitarla anche costituendo e/o partecipando società di capitali.

La distonia tra le due pronunce è evidente. Infatti, con la cit. sent. n. 10 del 2011, la Plenaria – pur richiamando l’orientamento<sup>262</sup> della giurisprudenza costituzionale in materia di libertà di iniziativa economica degli enti pubblici (territoriali e non) – è giunta sostanzialmente a “ribaltare” la prospettiva accolta dalla Consulta. Infatti, mentre le argomentazioni svolte dalla Corte Costituzionale sembrano prendere le mosse da un implicito riconoscimento, nei confronti dei soggetti pubblici, della relativa capacità imprenditoriale (ovviamente, da esercitare nel rispetto dei limiti e dei modi indicati dalla legge), la sentenza della Plenaria si fonda sull’assunto secondo cui la libertà di iniziativa economica sarebbe riconosciuta esclusivamente agli enti pubblici aventi finalità lucrative. Il cambiamento di rotta è particolarmente significativo, considerato, peraltro, che l’assunto della Plenaria vale a sconfessare (anche) il precedente orientamento della giurisprudenza amministrativa che, al contrario, pareva riconoscere detta libertà anche agli enti pubblici territoriali e locali. Al riguardo, sia, infatti, sufficiente richiamare il filone giurisprudenziale relativo all’interpretazione dei limiti alla capacità di azione delle società strumentali imposti dall’art. 13 del decreto Bersani, secondo cui detta disposizione deve ritenersi “*di stretta interpretazione*” considerato che costituisce “*norma derogatoria del generale principio di libertà di iniziativa economica*”<sup>263</sup>, da cui pare doversi desumere, ragionando a contrario, che detta libertà spetti anche agli enti pubblici considerati dalla disposizione in questione (Amministrazioni regionali e locali). Del resto, in base all’impostazione tradizionale, la capacità imprenditoriale *ex art. 41 Cost.* veniva riconosciuta indipendentemente dalla circostanza che un ente pubblico, in base alla propria *mission* istituzionale, fosse, o meno, tenuto a perseguire finalità

---

<sup>262</sup> In particolare, sent. nn. 326/2008 e 148/2009.

<sup>263</sup> Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 5 gennaio 2010, n. 36.

lucrative (e, quindi, anche nel caso in tali finalità non fossero direttamente riconducibili nel novero dei compiti attribuiti all'ente dalla legge), esclusivamente sul presupposto che, attraverso lo svolgimento di attività di impresa, l'ente in questione avrebbe potuto procacciarsi risorse aggiuntive, da destinare proprio al perseguimento dei relativi scopi istituzionali.

Sotto altro profilo, si rileva che l'Adunanza Plenaria pare aver travisato il senso della pronuncia n. 326/2008 della Consulta, laddove si affermava, con specifico riferimento all'art. 13 del decreto Bersani, che *“le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza”*. A ben vedere, la massima di diritto espressa dalla Corte Costituzionale è chiara: agli enti territoriali è consentito svolgere attività di impresa per il tramite di società partecipate, a condizione che dette società non svolgano, al contempo, anche funzioni di natura amministrativa (ovvero gestiscano servizi strumentali in forza di affidamenti diretti), dal momento che il legislatore nazionale ha ritenuto che detta (frequente) commistione di attività risulti distorsiva del principio di libertà della concorrenza (considerato che le società in questione possono beneficiare di rendite di posizione, derivanti dalla loro contiguità rispetto agli apparati amministrativi che le partecipano, con la conseguenza che esse risultano di titolare di vantaggi competitivi, rispetto ai concorrenti privati, suscettibili di provocare una distorsione della concorrenza). Diversamente, la Plenaria ha ritenuto che, al di là della specifica *mission* affidata a ciascuna società partecipata e,

quindi, indipendentemente dalla sussistenza della predetta commistione con altre attività di diversa natura, la mera partecipazione ad una società con finalità lucrative sia, di per sé sola, suscettibile di provocare un *vulnus* alla concorrenza. E ciò, sul (discutibile) presupposto secondo cui la partecipazione di un ente pubblico ad una società di capitali varrebbe, senz'altro, a determinare l'attribuzione di vantaggi competitivi a detta società.

Ad avviso di chi scrive, l'interpretazione fornita dalla Plenaria non può essere condivisa su un piano generale, in quanto – in disparte ogni considerazione rispetto al caso di specie esaminato dal Supremo Consesso Amministrativo, in cui le peculiari caratteristiche della società commerciale costituita dall'Università di Venezia, così come delineate dal relativo statuto, avrebbero certamente determinato l'attribuzione di rilevanti vantaggi competitivi alla società medesima – non si vede per quale ragione la mera partecipazione pubblica al capitale di una società lucrativa possa valere a configurare un vantaggio competitivo suscettibile di alterare la concorrenza nel mercato, specialmente qualora lo statuto della società preveda espressamente che la medesima sia tenuta ad operare nel mercato esattamente come gli altri *competitors* (privati).

D'altronde, assumendo l'interpretazione fornita dalla Plenaria e, quindi, estendendo la portata della massima (secondo cui sussisterebbe un generale divieto per gli enti pubblici non lucrativi di istituire società di capitali per lo svolgimento di attività commerciali con scopo meramente remunerativo) a tutti i settori di mercato nell'ambito dei quali può configurarsi attività imprenditoriale, si finirebbe naturalmente col sollevare la questione relativa ai servizi pubblici locali. Infatti, nell'ipotesi in esame, le società lucrative, a partecipazione pubblica, impegnate in detto settore, sarebbero soggette ad un regime normativo diverso (*rectius*: sicuramente privilegiato) rispetto alle società che operano in altri mercati. E ciò, in quanto la loro costituzione/partecipazione da parte di enti pubblici non aventi finalità di lucro sarebbe comunque consentita, in deroga al

generale divieto posto dalla Plenaria, dal momento che il più volte cit. art. 4 del d.l. n. 138/2011 espressamente prevede la possibilità, per gli enti pubblici territoriali e locali, di partecipare, senza limitazioni di sorta, al capitale sociale di dette società. Chiaramente, in difesa di tale (condivisibile) previsione, sarebbe possibile argomentare, anche alla luce dell'orientamento della giurisprudenza amministrativa, che “rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 97 della Costituzione (e non dell'art. 41, sulla libertà di iniziativa economica) l'attività degli enti pubblici economici e dei gestori di pubblici servizi, quando si manifesta nella gestione di interessi pubblici, essa si deve attenere ai principi della trasparenza e del buon andamento, pur se sottoposta alle regole del diritto comune, e deve essere svolta, oltre che nell'interesse proprio, anche per soddisfare quelli della collettività ed ha rilievo pubblicistico”<sup>264</sup>, con la conseguenza (invero, ineccepibile) che la possibilità, per le Amministrazioni locali, di partecipare a società (lucrative) operanti in detto settore sarebbe giustificata dalla loro contiguità alla *mission* istituzionale perseguita dagli enti partecipanti. Senonché, la disparità di trattamento con le altre società pubbliche operanti in settori diversi dai servizi pubblici locali riemergerebbe prepotentemente dalla constatazione della circostanza che la vigente normativa, così come interpretata dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, consente a dette società (e solo a queste) di svolgere la relativa attività anche in settori diversi da quello dei servizi pubblici locali (in proposito, si richiamano le considerazioni relative alle società cd. *multiutilities* espresse in precedenza), senza che tale deroga possa essere, invece, ragionevolmente giustificata in forza del perseguimento della *mission* istituzionale degli enti partecipanti<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 3000.

<sup>265</sup> Basti pensare alle grandi società quotate, diffuse specialmente nel nord Italia, le cui attività si estende ben oltre ai confini del settore dei servizi pubblici locali, giungendo sovente a ricomprendere anche servizi strumentali e attività “a mercato” della più varia natura.

A ciò si aggiunga che, una volta concluso il procedimento di progressiva liberalizzazione dei servizi pubblici locali imposto dall'art. 4, commi 1-7, del d.l. n. 138/2011 e, quindi, a seguito dell'apertura di nuovi mercati concorrenziali in tale settore, l'incondizionata possibilità, per gli enti locali, di partecipare società lucrative destinate a competere in regime di concorrenza in detti mercati (concorrenziali) susciterebbe notevoli perplessità, soprattutto sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto al generale divieto, ravvisato dall'Adunanza Plenaria con la cit. sent. n. 10/2011, per gli enti pubblici non aventi scopo di lucro di partecipare e/o costituire società non strettamente necessarie per il perseguimento delle relative finalità istituzionali. Del resto, non pare nemmeno possibile ipotizzare un cambiamento di rotta della normativa che valga ad escludere i servizi completamente liberalizzati dall'ambito oggettivo di applicazione della deroga, relativa ai servizi pubblici locali, al generale divieto di partecipare società non strettamente necessarie, considerato che il procedimento di progressiva liberalizzazione, di cui al cit. art. 4, ha ad oggetto non tanto l'accertamento della possibilità di liberalizzare determinati servizi, quanto piuttosto la verifica della realizzabilità della gestione concorrenziale con riferimento a determinati servizi alla luce delle specifiche caratteristiche del relativo mercato (locale), così come rappresentate dall'ente locale titolare del servizio stesso<sup>266</sup>.

Ritornando al più volte cit. art. 3, commi 27 e segg., della legge finanziaria 2008 – ritenuto dalla Plenaria il presupposto normativo su cui si fonda (e in cui è confluito) il generale divieto di cui è detto – occorre evidenziare che, se dovesse essere riconosciuto

---

<sup>266</sup> Di talché, è altamente probabile che tale procedimento di progressiva liberalizzazione conduca ad esiti disomogenei, a seconda del contesto territoriale di riferimento. Così, ad esempio, lo stesso servizio potrebbe essere considerato “a mercato” in un Comune di grandi dimensioni ed essere soggetto all'attribuzione di diritti di esclusiva in un ente locale di piccole dimensioni. Con la conseguenza che sarebbe impossibile prevedere, a livello normativo (e, quindi, in modo generale ed astratto), l'esclusione della possibilità di partecipare società con riferimento a determinati settori di mercato.

valore immediatamente precettivo (e non meramente programmatico<sup>267</sup>) alla disposizione in parola, considerata la portata trasversale del divieto<sup>268</sup>, le oggettive difficoltà connesse all'obbligo di cedere le quote delle società non strettamente necessarie<sup>269</sup>, nonché la naturale ritrosia a cedere le partecipazioni effettivamente lucrative, allora si potrebbe agevolmente ipotizzare l'aggiramento, da parte degli enti pubblici, del divieto di mantenimento delle partecipazioni vietate attraverso l'interposizione di una holding<sup>270</sup>.

<sup>267</sup> Come, invece, sosteneva la prevalente giurisprudenza amministrativa fino alla suddetta pronuncia n. 10/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

<sup>268</sup> Agli enti è fatto divieto di detenere partecipazioni in società non "strettamente necessarie" al perseguimento delle relative finalità istituzionali. Pertanto, all'esito della valutazione discrezionale rispetto alla necessità o meno delle partecipazioni detenute dall'ente (che, peraltro, implica la responsabilità dell'organo che, in ipotesi, potrebbe aver deliberato il mantenimento di partecipazioni successivamente ritenute non strettamente necessarie dal Giudice contabile), dovranno essere cedute tutte le partecipazioni vietate, indipendentemente dall'ambito di attività in cui le società partecipate operano.

<sup>269</sup> Infatti, se si considera che il momento congiunturale non è affatto propizio e che gli enti dovrebbero cedere un cospicuo numero di partecipazioni, tutte nello stesso momento, non può non convenirsi sulla circostanza che, in tale ipotesi, il rischio di svalutazione delle partecipazioni sarebbe elevatissimo.

<sup>270</sup> In proposito, si richiamano i contributi di Camporesi R.,  *Holding comunali, attività finanziaria e modelli di governance*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 11, e Camporesi R., Di Russo D. e Miele A.,  *Holding pubblica*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 5. Quest'ultimo contributo, in particolare, precisa che "*l'Amministrazione pubblica, per il conseguimento dei propri scopi istituzionali, può esercitare attività economica per la produzione di beni e servizi non solo direttamente...ma anche attraverso apposita società assoggettata al suo controllo. Non è ozioso ricordare, in tale contesto, che la Relazione al codice civile del 1942, a proposito delle società a partecipazione pubblica, chiarisce che «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»: l'accesso allo strumento societario da parte della pubblica Amministrazione, dunque, dovrebbe sempre essere improntato a una migliore realizzazione degli obiettivi di interesse generale, posto che, in tanto si giustifica l'inquadramento dei pubblici poteri entro una cornice privatistica, in quanto tale contesto sia funzionale alla realizzazione degli interessi della comunità. Il ricorso alla struttura societaria può, in concreto, assumere una articolazione ancora più ramificata laddove l'Amministrazione pubblica eserciti il controllo di una società che, a sua volta, diriga o coordini una o più società...alle quali spetti in concreto lo svolgimento di attività operative, essendo riservato alla società direttamente controllata dall'Amministrazione (la holding, appunto) l'indirizzo unitario – la direzione e il coordinamento – delle imprese partecipate. ... La holding pubblica, dunque, è un mezzo; ed è un mezzo attraverso il quale l'ente locale mira ...all'attuazione della propria azione in modo coordinato e unitario e, nel contempo, all'organizzazione delle società partecipate secondo canoni di efficienza, efficacia ed economicità. Una duplice finalità, insomma, di programmazione, da un lato, e di*

Infatti, come si è già avuto modo di evidenziare in precedenza, in seguito alle modifiche apportate all'art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007 dalla legge n. 69/2009 è stata modificata la previsione secondo cui sarebbe vietato *“assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”* attraverso l'eliminazione dell'avverbio *“indirettamente”*, con la conseguenza che, allo stato attuale, la semplice interposizione di una società, avente funzione di *holding*, sembra costituire condizione sufficiente per determinare l'inapplicabilità del cit. divieto<sup>271</sup>. Del resto, occorre considerare che la *holding* si configura, dal punto di vista dell'Amministrazione controllante, quale soggetto strumentale<sup>272</sup>, come tale annoverabile

---

*controllo, dall'altro, che in tanto potrà concretamente realizzarsi in quanto il soggetto cui sia attribuito il compito di amministrare la holding sia in possesso di competenze manageriali nel campo gestionale delle partecipate e, al contempo, l'ente locale sia soggetto istituzionale deputato a imprimere livelli di qualità ai servizi offerti dalle partecipate”.*

<sup>271</sup> Invero, *“l'art. 3, comma 27, della Finanziaria 2008 è stato modificato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, che, all'art. 71, comma 1, lett. b), ha soppresso le parole «o indirettamente». La modifica parrebbe quindi consentire alle Amministrazioni pubbliche di detenere partecipazioni anche in società aventi a oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, purché, appunto, in via indiretta e, quindi, tramite holding costituite ad hoc. Soluzione che appare ragionevole, considerato che, per l'ente pubblico, la dismissione di partecipazioni non è sempre concretamente realizzabile: si pensi a partecipazioni in società non competitive sul mercato che, intuitivamente, non sono collocabili presso investitori privati e che avrebbero, pertanto, quale unica alternativa, la messa in liquidazione. Il che non sempre risulta funzionale all'interesse dell'ente locale, costretto a liquidare un'impresa redditizia”.* E' bene, tuttavia, evidenziare il diverso avviso espresso dalla magistratura contabile, secondo cui *“l'oggetto sociale della holding deve sempre e comunque rispettare i limiti predefiniti dalla delibera adottata dall'ente locale ai fini della ricognizione delle società partecipate e, dunque, la holding non potrà che detenere partecipazioni che siano in contrasto con le previsioni dell'ente; il che finirebbe per precludere alla holding (e, quindi, all'ente indirettamente) di detenere partecipazioni non strettamente necessarie alle finalità istituzionali dell'ente o di interesse generale”* (cfr. Camporesi R., Di Russo D. e Miele A.,  *Holding pubblica*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 5).

<sup>272</sup> In proposito, si richiamano le considerazioni espresse da attenta dottrina, la quale, dopo aver ricordato che la *holding* è *“un mezzo di governo e soprattutto un sofisticato sistema per l'amministrazione delle partecipate”*, sottolinea che *“la classificazione della società holding...porta a far risaltare la natura strumentale per la produzione dei servizi (a favore dell'ente stesso) che si rendono necessari per l'amministrazione ovvero l'esercizio dei diritti di socio. Il concetto di servizi è da intendersi sia in senso fisico, nel senso di servizi amministrativi, servizi per la gestione dei flussi informativi e per l'analisi e*

tra le partecipazioni strategiche e necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell'Amministrazione stessa, ed inoltre, che tale tipologia societaria parrebbe, peraltro, rientrare tra le società che svolgono attività di intermediazione finanziaria, con conseguente inoperatività, nei suoi confronti, del divieto di detenere partecipazioni in altre società imposto dall'art. 13 del decreto Bersani<sup>273</sup>. Di talché, è possibile affermare, con riferimento alle *holding* regionali e, a maggior ragione, alle *holding* comunali, considerata la loro natura di “mezzo per la più efficace amministrazione delle partecipate e, quindi, per il corretto esercizio dei diritti di società”, che, “volendo seguire la classificazione imposta dall'art. 3, comma 27, della legge finanziaria 2008, trattasi di produzione dei dati economico-finanziari, che in senso intangibile, come per i servizi di management e quindi la messa a disposizione di capacità di know how. La vocazione strumentale, a sua volta, rimanda alla disciplina contenuta nell'art. 13 del decreto Bersani...Trattasi di disciplina di divieto e non positiva, in quanto limitativa della capacità operativa delle società partecipate dagli enti locali cd. strumentali, dedicate esclusivamente ai servizi per il perseguimento dei fini istituzionali dell'ente. Gli elementi caratterizzanti la disciplina di legge...sono eminentemente due: - la finalizzazione (anche dell'oggetto sociale della società) all'esercizio esclusivo di servizi a favore dell'ente locale socio committente; - l'assenza di vocazione commerciale, di per sé contraria alla finalizzazione della strumentalità, che non deve condurre ad esercitare servizi per soggetti terzi né pubblici né privati, né alla partecipazione a gare che a detenere partecipazioni in altre società. Principio già noto per le società affidatarie direttamente di servizi pubblici locali, così come disponeva l'art. 113, comma 6, del T.U.E.L. ed ora il comma 9 dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008. Infatti, risulta che la partecipazione in altre società esalti la vocazione commerciale della società, venendo pertanto a godere dei benefici dell'affidamento diretto in attività a libero mercato con il rischio di alterare le regole concorrenziali” (cfr. Camporesi R., *Holding comunali, attività finanziaria e modelli di governance*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 11).

<sup>273</sup> In proposito, la dottrina ha argutamente evidenziato che, “sulla detenzione di partecipazioni in altre società, occorre soffermarsi in relazione a due deroghe al divieto imposto dalla legge. La prima deroga discende direttamente dalla interpretazione della Corte Costituzionale che ha determinato un temperamento al divieto laddove ha affermato che esso si applica solo alle partecipazioni in quelle società la cui attività avrebbe consentito alla controllante di aggirare i vincoli della norma. La seconda deroga è espressamente prevista dall'ultimo periodo del comma primo della norma in discussione che esclude, appunto dal divieto di partecipare altre società, quelle che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria, prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo n. 385/1993. ...Dalla lettura di tale norma emerge che sono escluse dal divieto di detenere le partecipazioni quelle società strumentali che svolgono queste attività: assunzione di partecipazioni; - concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma; prestazione di servizi di pagamento; - intermediazione in cambi” (cfr. *ivi*).

*società strumentali in quanto strumenti di governance necessari per una corretta azione dell'ente locale tramite e nelle proprie partecipate. Essendo società strumentali debbono essere sottoposte alle stringenti condizioni/limitazioni cui soggiacciono le altre società strumentali (ad eccezione del divieto di detenere partecipazioni in altre società, in quanto le holding svolgono attività di intermediazione finanziaria e, pertanto, rientrano nella deroga espressamente indicata dal più volte cit. art. 13 del decreto Bersani; n.d.r.) e precisamente: - struttura della governance secondo le regole imposte per l'in house providing; - divieto di operare per soggetti diversi dall'ente locale (o dagli enti locali) che ha conferito le partecipazioni”<sup>274</sup>.*

Alla luce delle considerazioni che precedono, pare probabile, anche in considerazione dell'attuale congiuntura economica sfavorevole e della conseguente tendenza a ridurre progressivamente la spesa pubblica, che gli enti locali e regionali, anziché dismettere tutte le partecipazioni in società lucrative non strettamente necessarie al perseguimento delle relative finalità istituzionali (considerato che, in base l'insegnamento della Plenaria, pare doversi ritenere che il mero procacciamento di risorse finanziarie aggiuntive attraverso il tramite di società lucrative non costituisca operazione riconducibile alla *mission* istituzionale dell'ente che detiene dette partecipazioni), preferiscano optare, all'esito del procedimento di riordino, per la dismissione delle sole partecipazioni in società in perdita ovvero, comunque, non remunerative, contestualmente mantenendo le altre partecipazioni ritenute strategiche ovvero in ogni modo redditizie (che sarebbero parimenti “vietate”, almeno in base all'interpretazione assunta dalla Plenaria), attraverso il tramite di una *holding*.

\*\*\*\*\*

---

<sup>274</sup> Cfr. Camporesi R., op. ult. cit.

**14. Le tipologie di società pubbliche a partecipazione regionale e locale nell'attuale assetto ordinamentale e le prospettive future. Conclusioni.**

La prima considerazione che emerge intuitivamente dalla trattazione che precede riguarda la constatazione dell'oggettiva difficoltà riscontrata nell'individuare una *ratio* comune alle numerose disposizioni extra-vaganti, recentemente introdotte in materia di società a partecipazione pubblica. A ben vedere, infatti, ciascuna norma analizzata tende a regolamentare aspetti peculiari della vita delle società pubbliche o, comunque, a regolare ambiti di attività determinati, con la conseguenza che, allo stato attuale, manca completamente una disciplina organica, derogatoria rispetto al diritto comune, del fenomeno della partecipazione pubblica in società di capitali. Di talché, al precipuo fine di individuare una disciplina minima, di carattere pubblicistico, da applicare alle società a partecipazione pubblica (in tal modo, superando la tradizionale, ma ormai inadeguata, impostazione che, enfatizzando le differenti caratteristiche funzionali, finiva col considerare le società pubbliche come soggetti di diritto singolare<sup>275</sup>) non si può prescindere, allo stato attuale dell'evoluzione legislativa, dal procedere alla classificazione dei relativi ambiti di attività.

---

<sup>275</sup> Tale impostazione si fonda(va) su un metodo logico che è possibile definire come "induttivo". Infatti, tale metodo richiedeva di procedere secondo le seguenti tappe. In primo luogo, occorre analizzare le caratteristiche della società, al fine di verificare se essa potesse essere ricondotta nel modulo organizzativo dell'*in house providing* ovvero in quello del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato. In secondo luogo, si procedeva all'individuazione dell'ambito di attività nel quale la società era chiamata ad operare. Infine, si valutavano le caratteristiche peculiari – eventualmente previste: a) da disposizioni normative, regolamentari o da atti amministrativi a valenza generale; b) nello statuto ovvero nei patti parasociali, o ancora, negli altri documenti societari inerenti il funzionamento della società stessa; c) indicate da provvedimenti amministrativi emanati dagli enti soci – relative alla specifica società analizzata. Solo all'esito di tale procedimento e, quindi, una volta individuate le caratteristiche "singolari" della specifica società a partecipazione pubblica considerata, si procedeva alla verifica dell'applicabilità, o meno, delle disposizioni legislative in materia di società pubbliche alla specifica società considerata.

Da ciò, la prospettata tripartizione dei settori in cui operano le società a partecipazione pubblica: *in primis*, servizi pubblici locali; in secondo luogo, i servizi strumentali (rispetto all'attività istituzionale degli enti partecipanti); e infine, le attività meramente lucrative nell'ambito di mercati completamente liberalizzati.

Non è fuori luogo evidenziare che tale modalità di classificazione delle società pubbliche, in funzione della tipologia di attività da queste svolta, è suggerita, in prima battuta, dalla recente evoluzione legislativa, dal momento che, come si è avuto modo di rilevare nel corso della presente trattazione, questa tende sempre di più a definire il relativo campo di applicazione in senso oggettivo, ossia facendo riferimento ai settori di mercato (o extra-mercato<sup>276</sup>) in cui le società a partecipazione pubblica operano. Così, il recente art. 4 del d.l. n. 138/2011, invero coerentemente con la precedente normativa (di cui, prima, all'art. 113 T.U.E.L. e, poi, all'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008), disciplina, in modo pressoché esaustivo, la costituzione, le modalità di affidamento, l'organizzazione, il funzionamento e i limiti alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica (principalmente locale, considerato il relativo ambito di attività) impegnate nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Diversamente, l'art. 13 del decreto Bersani, introduce, invece, innovativamente rispetto al passato, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, una specifica disciplina per le società pubbliche (a partecipazione regionale e locale) nel settore dei servizi strumentali, al precipuo fine di assicurare che queste operino alla stregua di mere strutture di supporto (e non come società commerciali). Infine, l'art. 3, comma 27 e segg., della legge finanziaria per il 2008 impone a tutte le Amministrazioni (comprese quelle regionali e locali) di porre in essere un procedimento di riordino e razionalizzazione delle relative partecipazioni azionarie, limitando il mantenimento a quelle sole partecipazioni considerate strategiche

---

<sup>276</sup> Come, ad esempio, nel caso contemplato dall'art. 13 del decreto Bersani, delle società “*costituite o partecipate...nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative*”.

(*rectius*: strettamente necessarie) al perseguimento delle loro finalità istituzionali, secondo una logica che – stando, almeno, alla (invero non del tutto condivisibile, sebbene attuale<sup>277</sup>) interpretazione fornita dall’Adunanza Plenaria con la cit. sent. n. 10/2011 – dovrebbe portare alla dismissione di tutte le partecipazioni in società commerciali attualmente detenute da enti pubblici privi di scopo di lucro.

Nondimeno, rilevano le pregnanti indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale con le fondamentali sentenze nn. 236/2008 e 148/2009, in base alle quali occorre distinguere le società a partecipazione pubblica a seconda del loro *imprinting*. Così, da una parte, si collocano le società “quasi-amministrazioni”, costituite o partecipate per lo svolgimento di funzioni di natura amministrativa in forma privatistica, mentre, dall’altra parte, si rinvencono i soggetti societari preordinati allo svolgimento di attività di impresa da parte di enti pubblici.

Vien da sé che questi due modalità di classificazione (la prima, concernente gli ambiti di attività, la seconda, relativa alla natura ontologica delle società) tendono a sovrapporsi, finendo sostanzialmente con l’individuare quattro macro-categorie di società a partecipazione pubblica. La prima categoria comprende le società *in house* operanti nel campo dei servizi pubblici locali (e non anche le società miste costituite tramite gara a doppio oggetto, alla luce della recente evoluzione legislativa<sup>278</sup>); la seconda riguarda le

---

<sup>277</sup> Ci si riferisce al fatto che l’interpretazione (strettamente ancora al dato letterale della “stretta necessità” e, quindi, profondamente limitante rispetto alla possibilità degli enti pubblici di mantenere partecipazioni solo “indirettamente” riconducibili al perseguimento delle relative finalità istituzionali) assunta dalla Plenaria, sebbene non del tutto condivisibile alla luce delle considerazioni espresse nel paragrafo precedente, pare in linea con la più recente evoluzione legislativa, la cui idea di fondo, sulla base di scelte (etero)indotte dalla necessità di stabilizzare i conti pubblici a fronte della crisi economica e finanziaria in corso, sembra essere quella di escludere o, comunque, limitare fortemente l’eccessivo ricorso allo strumento societario da parte degli enti pubblici (soprattutto locali, di piccole dimensioni).

<sup>278</sup> Infatti, come si è avuto modo di evidenziare nel corso della presente trattazione, queste sono state escluse dall’ambito (soggettivo) di applicazione dei limiti imposti dall’art. 4, comma 33, del d.l. n. 138/2011.

società a partecipazione pubblica (normalmente miste, ma anche, molto raramente, a integrale partecipazione pubblica<sup>279</sup>) a chiara vocazione imprenditoriale<sup>280</sup>; la terza annovera le società “quasi-amministrazioni” funzionali all’erogazione di servizi strumentali all’attività degli enti che le partecipano ovvero allo svolgimento di funzioni amministrative di pertinenza degli enti medesimi; la quarta e ultima categoria abbraccia, invece, tutte le società lucrative a vocazione commerciale operanti nei settori di attività più disparati (*ivi* compreso anche il settore dei servizi strumentali, almeno nel caso in cui questi siano suscettibili di integrare degli appalti pubblici di servizi, secondo la definizione contenuta nel Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 163/2006).

Invero, la classificazione di cui sopra non assume una valenza meramente definitoria e programmatica, bensì risponde alla precisa esigenza, affermata senza mezzi termini dalla Corte Costituzionale, di evitare la deprecabile e frequente (nella prassi) commistione di attività, ritenuta suscettibile di violare il principio, di derivazione comunitaria, di libera concorrenza.

Detta illegittima commistione si realizza, in particolare, quando società del primo (società *in house* operanti nel campo dei servizi pubblici locali) o del terzo tipo (società strumentali o “quasi-amministrazioni”) svolgono anche attività riconducibili nella seconda (competizione concorrenziale nel campo dei servizi pubblici locali) ovvero nella quarta categoria (attività lucrative di qualsiasi natura, diverse dai servizi pubblici locali), di cui si è detto poc’anzi. Ciò deriva evidentemente dalla configurazione delle società, in particolare di quelle *in house* (operanti, indifferentemente, nel campo dei servizi strumentali ovvero in quello dei servizi pubblici locali), le quali, in ipotesi (ma anche,

---

<sup>279</sup> Ci si riferisce, ovviamente, alle società a partecipazione pubblica integrale prive dei requisiti richiesti per poter beneficiare di affidamenti diretti, secondo la modalità organizzativa dell’*in house providing*.

<sup>280</sup> Ossia, società a partecipazione pubblica orientate a competere nel mercato in regime di concorrenza, attraverso la partecipazione alle gare per l’affidamento dei servizi pubblici locali.

talvolta, nella prassi) possono beneficiare di affidamenti diretti e, quindi, di rendite privilegiate conseguite in virtù dello stretto legame con gli enti pubblici partecipanti (e, al contempo, affidanti), per poi eventualmente (e, in ogni caso, illegittimamente) muoversi nel mercato alla ricerca di nuovi affidamenti pubblici e privati da conseguire attraverso un confronto concorrenziale con gli altri operatori presenti nel mercato. Senonché, detto confronto risulta *ab origine* viziato, con conseguente violazione del principio di libera concorrenza, proprio a causa dei (rilevanti) vantaggi competitivi<sup>281</sup> di cui risultano titolari dette società.

Del resto, non si può omettere di considerare che, per come sono state concepite dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, le società *in house* – indipendentemente dal settore in cui vengono impiegate – costituiscono strumenti di amministrazione diretta in forma privatistica e non, invece, imprese pubbliche, come tali legittimate ad operare sul mercato<sup>282</sup>. La stessa teoria della delegazione interorganica, elaborata dalla Corte per giustificare la possibilità per gli enti pubblici controllanti di affidare direttamente le commesse alle società *in house*, rappresenta in modo chiaro il forte ed inscindibile legame che unisce dette società ai relativi enti pubblici di riferimento. Di talché, è possibile affermare senza riserve che è la configurazione stessa delle società *in house*, così come delineata prima dalla giurisprudenza comunitaria e, poi, dalla legislazione

---

<sup>281</sup> E' di palmare evidenza, infatti, che le società *in house*, fin dal momento della loro costituzione, hanno la certezza di poter contare su una base minima di risorse (il corrispettivo erogato dall'ente per la gestione del servizio affidato direttamente) suscettibile di garantire il loro funzionamento. Nondimeno, in caso di perdite di gestione il ripiano delle stesse è posto, normalmente, a carico dell'ente, considerato peraltro che le società *in house* (in particolare, quelle operanti nel campo dei servizi pubblici locali) sono soggette, al pari degli enti pubblici, al patto di stabilità interno.

<sup>282</sup> Invero, l'*in house providing* è, per definizione, modalità organizzativa alternativa alla concorrenza e, quindi, al mercato.

nazionale<sup>283</sup>, a determinare la loro esclusione dal mercato<sup>284</sup>, e ciò, al di là, dei limiti alla relativa capacità di azione introdotti dalla normativa più recente.

Invero, il problema del travalicamento dei limiti alla loro capacità di azione e la conseguente frustrazione del principio di libera concorrenza derivano, in particolare, dalla circostanza che la prima normativa in argomento – non potendo ancora contare sulle indicazioni comunitarie e, comunque, aderendo ad una concezione (ormai da lungo tempo superata) secondo cui la mera partecipazione pubblica nel capitale sociale di una società consentiva, senz'altro, l'affidamento diretto dei servizi in favore di quest'ultima<sup>285</sup> – considerava il modello societario *in house* alla stregua di qualsivoglia altro metodo di gestione diretta senza tuttavia porre dei limiti precisi al relativo ambito di attività, improvvidamente omettendo di considerare le negative conseguenze, in termini di lesione alla libertà di concorrenza, che avrebbero potuto discendere da un'eventuale ampliamento della loro sfera di attività<sup>286</sup>, anche al di fuori dei confini territoriali degli enti affidanti<sup>287</sup>.

---

<sup>283</sup> Il riferimento è, ovviamente, all'art. 113 T.U.E.L., considerato che il vigente art. 4, comma 13, del d.l. n. 138/2011 prevede che l'affidamento (dei servizi pubblici locali) possa avvenire a favore di società interamente pubbliche che abbiano i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cd. *in house*, senza ulteriormente declinare detti requisiti, evidentemente per consentire l'automatico adeguamento della legislazione nazionale ad eventuali, future nuove indicazioni da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

<sup>284</sup> Salva ovviamente la possibilità di svolgere attività di importanza marginale, sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo, a favore di altri soggetti pubblici o privati (requisito dell'attività prevalente).

<sup>285</sup> Basti pensare che, nella sua prima formulazione, l'art. 22 della legge n. 142 del 1990 consentiva l'affidamento diretto del servizio “*in favore di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio*”. Non solo, quindi, non erano indicati i presupposti dell'*in house* (del resto, non avrebbe potuto essere altrimenti, considerato che detto modello organizzativo era ancora sconosciuto, anche a livello comunitario), ma, addirittura, non era nemmeno richiesta la partecipazione pubblica totalitaria.

<sup>286</sup> Problema che, ovviamente, non poteva riguardare le altre forme di gestione diretta, come ad esempio le aziende speciali, che, per loro stessa natura, stante il legame pubblicistico con gli enti locali di riferimento, non avrebbero, comunque, potuto espandere la relativa capacità di azione, fino a spingersi a competere nel mercato in regime di concorrenza.

E così è, in effetti, avvenuto. Infatti, si sono venute a creare situazioni in cui società originariamente concepite come *in house provider*, sulla scorta di scelte eminentemente imprenditoriali (e, quindi, del tutto avulse rispetto alla loro stessa natura) dei loro amministratori (talvolta poco informati rispetto ad una realtà giuridica – quella dell'*in house* – in continuo divenire, specialmente nel primo quinquennio del nuovo secolo, quando la produzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia comunitaria era particolarmente intensa) e nel (colpevole) silenzio dei relativi enti controllanti (i quali omettevano, in realtà, di esercitare il prescritto controllo analogo<sup>287</sup>), hanno

---

<sup>287</sup> In proposito, sia consentito rinviare alle considerazioni svolte da attenta dottrina, secondo cui “*il panorama si presenta del tutto diverso all’osservatore nei primi cinque anni del nuovo secolo. Nell’ambito dell’attività degli enti locali e delle Regioni, la società è rappresentata non più come modello di cogestione e di partenariato, ma principalmente come strumento privato di azione pubblica. Contrariamente a quanto talvolta si è scritto, sono questi gli anni di massima espansione delle società in house providing e il modello non serve soltanto a fuggire dalle procedure di gara per l’affidamento degli appalti, ma anche e soprattutto a rafforzare e ad espandere il ruolo imprenditoriale degli enti pubblici. Non vengono più costituite solo società per la gestione dei servizi pubblici o per lo svolgimento di attività strumentali per gli enti soci. Vengono invece creati soggetti destinati ad operare, talvolta in modo aggressivo, sul mercato e in competizione, non sempre leale, con le imprese private. Quest’ottica permette di capire perché le sentenze della Corte di Giustizia dirette a ricondurre l’affidamento in house entro i limiti rigorosi della delegazione interorganica (Stadt Halle e Parking Brixen, tra tutte) non siano sufficienti ad arginare in misura significativa l’espandersi del fenomeno della societizzazione dell’azione amministrativa. L’affidamento diretto alla società non costituisce il callido sistema per immettere un privato nella gestione di attività pubbliche, ma rappresenta il modello con il quale si esprime la nuova onda dell’intervento pubblico nell’economia*” (cfr. Dugato M., *Introduzione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 5).

<sup>288</sup> Invero, sarebbe stato sufficiente l’esercizio del controllo analogo per fronteggiare iniziative scriteriatamente imprenditoriali. Del resto, la responsabilità (per omesso controllo) degli enti territoriali affidanti emerge chiaramente dall’esame della giurisprudenza amministrativa in materia di controllo analogo. Infatti, “*deve trattarsi di una relazione equivalente, ai fini degli effetti pratici - pur se non identica in ragione della diversità del modulo organizzatorio - ad una relazione di subordinazione gerarchica, che si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell’ente pubblico sul soggetto societario*”, tanto è vero che si ritiene “*necessario che il consiglio di amministrazione della società affidataria in house non abbia rilevanti poteri gestionali e che l’ente pubblico affidante, eserciti, pur se con moduli societari su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario*”, con la conseguenza che “*le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell’ente affidante*” (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514).

progressivamente abbandonato i confini “domestici”, iniziando a competere nel mercato come veri e propri operatori commerciali (anziché, continuare ad operare come *longa manus* degli enti affidanti, come, invece, avrebbe imposto la configurazione), talvolta addirittura aprendo al capitale privato, senza tuttavia mai rinunciare agli affidamenti diretti (spesso di lunga durata) già conseguiti (peraltro, divenuti illegittimi a seguito della mutata configurazione della società).

Chiaramente, il giudizio rispetto all’ipotesi sopra descritta non può che essere fortemente negativo, considerato che essa, in primo luogo, concreta una patente violazione del regime concorrenziale che dovrebbe presiedere al funzionamento del mercato dei servizi pubblici locali e, in secondo luogo, è suscettibile di determinare l’elusione della specifica *mission*, in funzione della quale dette società *in house* erano state costituite. Parimenti negativa, almeno ad avviso di chi scrive, deve essere la valutazione dei rimedi predisposti dal legislatore per arginare le ricadute negative derivanti dai comportamenti (certamente illegittimi, ma non contrastati, almeno all’epoca in cui si sono verificati, da un’adeguata legislazione di settore) sopra descritti. Infatti, l’atteggiamento compulsivo del legislatore che, negli ultimi quattro anni, ha riformato e contro-riformato il settore dei servizi pubblici locali, senza nemmeno lasciare il tempo per consentire la effettiva implementazione delle nuove regole prima che queste venissero, a loro volta, superate, non solo non ha raccolto i frutti sperati (il settore dei servizi pubblici locali è ancora lungi dall’essere realmente liberalizzato e, inoltre, si registrano ancora asimmetrie informative, economiche e commerciali), ma – al contrario – ha contribuito a rendere ancora più confuso ed incerto il quadro normativo di riferimento<sup>289</sup>.

---

<sup>289</sup> Al riguardo, merita di essere evidenziata la colorita affermazione di autorevole dottrina, secondo cui la legislazione introduce una “*disciplina che tende un po’ ad avvatarsi su sé stessa*” (Travi A., cit.).

Del resto, la recente introduzione di stringenti limitazioni all'*in house providing*, peraltro non del tutto giustificate, alla luce del principio di ragionevolezza, dall'esigenza di promuovere la concorrenza (considerato che l'ordinamento comunitario – da sempre paladino della libera concorrenza – ha costantemente escluso che l'*in house providing* sia suscettibile di determinare una *deminutio* della concorrenza), non vale affatto a risolvere, ora per allora, un problema che, come si è visto, ha radici ben più profonde e la cui soluzione non può che derivare dall'applicazione di un periodo transitorio degli affidamenti già in essere, quanto piuttosto determina, in controtendenza rispetto alle indicazioni espresse dal corpo elettorale<sup>290</sup>, una notevole compressione della discrezionalità, riconosciuta agli enti locali, in ordine all'organizzazione dei rispettivi servizi locali. Del resto, si registra con favore – pur con qualche riserva rispetto alla formulazione letterale, di cui si è detto ampiamente nel corso della presente trattazione – l'introduzione di (stringenti) limiti legislativi alla capacità di azione delle società titolari di affidamenti diretti. Nonostante detta previsione certamente non rappresenti la panacea per risolvere definitivamente il *deficit* concorrenziale riscontrato in detto settore, certamente potrà valere ad assicurare il rispetto di regole concorrenziali minime<sup>291</sup> da parte di quei soggetti societari che, pur continuando a godere di affidamenti diretti, hanno sostanzialmente “scardinato” il legame con gli enti locali di riferimento, per muoversi nel

---

<sup>290</sup> Ci si riferisce, ovviamente, all'esito del *referendum* abrogativo dell'art. 23 *bis*. In tale occasione, infatti, il corpo elettorale ha espresso una forte preferenza rispetto alla possibilità, per gli enti locali, di gestire direttamente (ovviamente, attraverso il modello dell'*in house providing*) i servizi pubblici locali (in particolare, il servizio idrico integrato, considerato che tutta la campagna referendaria si era incentrata su tale specifico servizio), al contempo bocciando la scelta del legislatore di imporre l'esternalizzazione degli stessi. Senonché, come si è visto, le medesime regole sono state immediatamente re-introdotte dal cit. art. 4 del d.l. n. 138/2011 con riferimento alla generalità dei servizi, ad esclusione di quello idrico integrato.

<sup>291</sup> Ci si riferisce al divieto di competere nel mercato in regime di concorrenza, partecipando alle gare, per quei soggetti societari che, per loro stessa natura, costituiscono delle forme organizzative di gestione diretta degli specifici servizi in funzione dei quali sono state costituite.

mercato alla stregua di veri e propri operatori commerciali, conseguentemente destabilizzando l'assetto concorrenziale del settore.

Invero, considerato l'attuale assetto istituzionale, nell'ambito del quale si riscontra una forte sinergia e profonda concordanza di vedute tra le Istituzioni (Governo, Corte Costituzionale e Autorità Garante della concorrenza e del mercato) coinvolte direttamente nell'elaborazione e nella implementazione della liberalizzazione, c'è da scommettere che il processo di progressiva apertura di nuovi mercati concorrenziali non si arresterà, ma anzi proseguirà attraverso l'introduzione di nuove riforme eventualmente ancora più incisive rispetto a quelle analizzate nella presente trattazione.

Chiaramente, le considerazioni che precedono non possono, invece, valere con riferimento alle società *ab origine* costituite o partecipate dagli enti territoriali per svolgere attività imprenditoriale *tout court*. Infatti, dette società, spesso a partecipazione mista pubblico-privato e ad oggetto sociale plurimo e complesso (le cd. *multiutilities*), avevano, fin dall'inizio, il dichiarato obiettivo di competere nel mercato con gli altri operatori privati, senza peraltro poter beneficiare di affidamenti diretti.

Invero, la linea di demarcazione che distingue dette società a vocazione squisitamente imprenditoriale dalle società domestiche "snaturate" è decisamente sottile, soprattutto ove si consideri che, nella prassi, sono frequenti i casi in cui è stata utilizzata la clausola contenuta nell'art. 113, comma 12, T.U.E.L.<sup>292</sup>, che fa salva la durata degli affidamenti già disposti in caso di cessione delle partecipazioni nella società affidataria a soggetti privati, per eludere gli stringenti requisiti dell'*in house providing*<sup>293</sup>. Con la

<sup>292</sup> In forza di tale disposizione, "l'ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere".

<sup>293</sup> Ci riferisce, in particolare, al requisito del capitale pubblico totalitario, necessario, a monte, per poter conseguire l'affidamento diretto. Non è fuori luogo evidenziare come la Corte di Giustizia comunitaria abbia richiesto la previsione dell'incapacità del capitale pubblico, quale condizione legittimante l'*in house*

conseguenza che, all'esito di tale operazione di apertura al capitale privato, eventualmente mediante l'ingresso di un socio privato meramente finanziatore<sup>294</sup>, la società, originariamente concepita dagli enti costituenti come modulo domestico di gestione del servizio, presumibilmente anche sulla base della pressione esercitata in tal senso dal socio privato e, comunque, col (tacito) consenso degli enti controllanti<sup>295</sup>, finiva col configurarsi alla stregua di un operatore commerciale *tout court*, richiedendosi, peraltro, a tal fine, un'apposita modifica dell'oggetto sociale finalizzata all'ampliamento del novero delle attività di pertinenza della società stessa<sup>296</sup>. Di talché, per verificare l'effettiva compatibilità dell'attività svolta da una società a partecipazione pubblica a chiara vocazione imprenditoriale con le regole in materia di tutela della concorrenza, non è sufficiente considerare le caratteristiche presentate, in concreto, dalla società al momento in cui si effettua la verifica, ma occorrerebbe, altresì, analizzare l'evoluzione storica della società stessa, assicurandosi in tal modo che la medesima non abbia progressivamente (e illegittimamente) abbandonato la sua originaria configurazione.

Invero, tali società (a partecipazione pubblica) aventi scopo eminentemente lucrativo sono ancora assolutamente in auge, in quanto la loro attività – anche alla luce delle più recenti riforme – risulta essere perfettamente compatibile con le regole

---

*providing*, proprio per evitare il verificarsi di situazioni del tipo di quella descritta.

<sup>294</sup> Il che configura la relativa partecipazione quale meramente lucrativa, non avendo, in tali casi, il socio privato altri interessi oltre a quello di massimizzare il profitto.

<sup>295</sup> Non pare, infatti, che anche una condotta gravemente colposa da parte degli enti territoriali di riferimento, in termini di omesso controllo sull'attività della società, possa condurre ad esiti come quelli descritti.

<sup>296</sup> Da ciò, il divieto di costituire società “generaliste” rilevato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la nota pronuncia n. 1/2008. Del resto, sarebbe opportuno evitare modifiche dello statuto ad affidamento in corso, considerato peraltro che l'oggetto della gara per l'affidamento della qualità di socio ha sostanzialmente ad oggetto i contenuti dello statuto sociale della società mista, con la conseguenza che eventuali modifiche dello stesso determinerebbero, a posteriori, una violazione della *par condicio* dei concorrenti alla gara medesima, considerato che gli stessi avrebbero presumibilmente adeguato le rispettive offerte proprio alla luce di dette modifiche.

concorrenziali. Infatti, l'ammissibilità della partecipazione degli enti pubblici territoriali in dette società non è compromessa o limitata nemmeno dalle regole contenute nell'art. 3, commi 27 e segg., della legge finanziaria per il 2008<sup>297</sup>, dal momento che detta disciplina contiene una deroga espressa (rispetto all'obbligo di dismissione delle partecipazioni non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali degli enti partecipanti) proprio per le società che svolgono servizi di interesse generale (e ciò, a prescindere dalla caratterizzazione funzionale di tali società: siano esse soggetti imprenditoriali votati a competere nel mercato ovvero "quasi-amministrazioni", costituite per gestire *in house* un determinato servizio).

Del resto, la costituzione di società miste per la gestione di servizi pubblici locali, pare incentivata dalla più recente legislazione di settore<sup>298</sup> (che sembra aver recepito le richieste avanzate, in tal senso, dagli operatori privati<sup>299</sup>), anche quando queste vengono costituite e/o partecipate per lo svolgimento di attività di impresa al di fuori dei confini territoriali degli enti soci, considerato che dette tipologie societarie sono state, da ultimo, escluse dall'ambito di applicazione dei limiti alla capacità di azione dei soggetti titolari di affidamenti diretti<sup>300</sup>. L'unico limite consiste nel divieto – rilevato dalla giurisprudenza

---

<sup>297</sup> Così come interpretate dalla cit. Adunanza Plenaria n. 10/2011.

<sup>298</sup> E' diffusa, anche in dottrina, l'impressione che "*la società a partecipazione mista si stia effettivamente imponendo – non solo nella prassi – quale modello generale, se non addirittura privilegiato, per la realizzazione a livello locale di forme di partenariato tra enti pubblici e soggetti privati*" (cfr. Bonetti T., *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 37).

<sup>299</sup> Si veda, in particolare, il documento "*Progetto delle imprese per l'Italia*", sottoscritto dalle principali associazioni di settore (Confindustria ed altre), con cui gli operatori privati chiedono al legislatore di imporre la trasformazione delle società *in house* in società miste.

<sup>300</sup> Ci si riferisce alle modifiche recentemente apportate al comma 33 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 dalla relativa legge di conversione n. 148/2011. Attualmente, detta disposizione prevede, infatti, che "*il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi del comma 12 e alle società a*

amministrativa, con la nota pronuncia n. 1/2008 dell'Adunanza Plenaria – di prevedere un oggetto sociale “generalista”, dal momento che detta previsione, nella prassi, frequentemente rappresenta la dissimulazione dell'intenzione (celata dagli enti costituenti e/o partecipanti) di disporre affidamenti plurimi e, soprattutto, non preventivamente individuati a favore della società mista.

Ancora, pare che dette società a vocazione imprenditoriale, che di norma hanno raggiunto dimensioni ragguardevoli almeno rispetto alla media nazionale, potranno giovare delle più recenti indicazioni legislative che, al fine di favorire la realizzazione di economie di scala, impongono la riorganizzazione dei servizi sulla base di ambiti territoriali ottimali omogenei<sup>301</sup> e della connessa possibilità di affidamento simultaneo di una pluralità di servizi<sup>302</sup>, dal momento che le società in parola sono le uniche a poter disporre, attualmente, di requisiti dimensionali e risorse sufficienti per competere con le grandi *public utilities* estere.

Le società a partecipazione pubblica regionale e locale impegnate nel settore dei servizi strumentali (rispetto all'attività degli enti affidanti) meritano un cenno a parte, in quanto – come si è visto – sono oggetto di una specifica disciplina legislativa. Come è noto, detta disciplina si rinviene nell'art. 13 del decreto Bersani, che impone severi limiti alla loro capacità di azione, sostanzialmente configurando dette società alla stregua di moduli di gestione (esclusivamente) dello specifico servizio in funzione del quale sono state costituite o partecipate. Al legislatore va, senz'altro, riconosciuto il merito di essersi

---

*partecipazione mista pubblica e privata costituite ai sensi del medesimo comma”.*

<sup>301</sup> In proposito, sia sufficiente ricordare i tratti distintivi della recente riforma: - le Regioni sono tenute ad individuare gli ambiti territoriali ottimali di organizzazione dei vari servizi; - in difetto di tale adempimento, vale il criterio residuale che fa coincidere l'ambito territoriale con la dimensione provinciale; - il procedimento di riorganizzazione è finalizzato alla realizzazione di economie di scala e di differenziazione: si persegue la massimizzazione dell'efficienza del servizio; - la riorganizzazione deve essere effettuata entro il termine del 30 giugno 2012, altrimenti è previsto il potere sostitutivo del Governo.

<sup>302</sup> Al riguardo, si veda l'art. 4, comma 2, del più volte cit. d.l. n. 138/2011.

attivato per tempo – ben prima che fossero introdotte regole analoghe con riferimento al settore dei servizi pubblici locali, nonostante la legislazione relativa a questi ultimi fosse decisamente più evoluta di quella relativa ai servizi strumentali<sup>303</sup> – al fine di scongiurare il pericolo che le società strumentali titolari di affidamenti diretti<sup>304</sup> decidano di sfruttare la loro posizione privilegiata nel mercato per acquisire ulteriori commesse (pubbliche o private).

Del resto, occorre evidenziare che – a differenza del settore dei servizi pubblici locali, rispetto al quale il legislatore ha espresso una chiara preferenza per l'esternalizzazione della gestione, al contempo, limitando fortemente il ricorso all'*in house providing*<sup>305</sup> – il settore dei servizi strumentali non ha una propria disciplina peculiare (e derogatoria) e, quindi, soggiace alle regole generali, di derivazione comunitaria, secondo cui la scelta dell'ente titolare del servizio di esternalizzare ovvero di auto-produrre è libera e non si riverbera affatto sul principio di libera concorrenza, dal momento che tale seconda modalità organizzativa è, per sua stessa natura, estranea al mercato. Pertanto, allo stato attuale dell'evoluzione legislativa, il ricorso alla modalità organizzativa dell'*in house providing* è, senz'altro, più semplice, dal punto di vista degli enti pubblici, nel settore dei servizi strumentali, considerato, peraltro, che le società

---

<sup>303</sup> Invero, al momento dell'approvazione dell'art. 13 del decreto Bersani, risultava ancora vigente l'art. 113 T.U.E.L. in materia di modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, che, ad eccezione del comma 6 (divieto di partecipazione alle gare), non conteneva alcun riferimento ai limiti operativi delle società titolari di affidamenti diretti. Del resto, è indubitabile che la legislazione relativa alle società pubbliche attive nel campo dei servizi pubblici locali fosse più evoluta, dal momento che esse sono contemplate dall'ordinamento a far tempo dalla legge n. 142/1990, quando, invece, le società strumentali non sono mai state oggetto di un'espressa disciplina legislativa (ovviamente, ad eccezione, del cit. art. 13).

<sup>304</sup> A ben vedere, nonostante manchi un riferimento espresso alla titolarità di affidamenti diretti, dalla *ratio* della norma si ricava che questa risulta sostanzialmente finalizzata ad impedire l'attività commerciali delle società strumentali che possono beneficiare di tali vantaggi competitivi.

<sup>305</sup> Sia sufficiente ricordare la previsione della soglia di 200.000 euro annui, al di sopra della quale non sono più ammessi affidamenti *in house*.

operanti in detti settori sono sicuramente funzionali al perseguimento delle finalità istituzionali dei rispettivi enti di riferimento.

Del tutto peculiare è, poi, la posizione delle società miste costituite o partecipate dalle Amministrazioni regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali rispetto alla loro attività. Infatti, diversamente dalle società miste operanti nel campo dei servizi pubblici locali, alle quali – come si è visto – è riconosciuta un’ampia sfera di azione, le società in parola soggiacciono agli stessi, stringenti limiti previsti per i soggetti *in house provider*. Invero, a ben vedere, la scelta del legislatore di limitare (*rectius*: escludere) la loro capacità imprenditoriale potrebbe derivare dalla circostanza che la stragrande maggioranza dei contratti di cui le stesse risultano affidatarie soggiacciono alle regole, di derivazione comunitaria, relative agli appalti pubblici, con la conseguenza che, per evitare elusioni ed aggiramenti della disciplina pubblicistica relativa all’affidamento di detti contratti, il legislatore ha inteso imporre loro l’obbligo di attività esclusiva (nei confronti delle Amministrazioni affidanti), sostanzialmente finendo col configurarle come moduli di gestione dello specifico servizio in funzione del quale sono state costituite o partecipate.

Da ultimo, vengono in rilievo le società a partecipazione pubblica aventi finalità lucrative. In proposito, non si può fare a meno di osservare che l’Adunanza Plenaria, con la più volte cit. sentenza n. 10/2011, ha, di fatto, escluso la possibilità per gli enti pubblici privi di finalità economiche di partecipare a dette società, sul presupposto che dette società, per loro natura, non potrebbero essere annoverate tra quelle strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali degli enti pubblici che le partecipano. Senonché, al di là di quanto rilevato con riferimento ai possibili *escamotage* che gli enti potrebbero utilizzare per evitare di dover cedere le relative partecipazioni, pare, almeno ad avviso di chi scrive, che la massima di diritto espressa dal Supremo

Consesso Amministrativo non sia del tutto condivisibile, specialmente laddove tende a generalizzare considerazioni che, sebbene correttamente espresse con riferimento al caso di specie analizzato dalla Plenaria, non dovrebbero assurgere a rango di principio di diritto.

Invero, occorre considerare che la Carta Costituzionale afferma, all'art. 41, la libertà di iniziativa economica pubblica e privata e che l'ordinamento comunitario riconosce pacificamente agli enti pubblici la possibilità di svolgere attività di impresa, anche per il tramite di società all'uopo costituite, a condizione che la loro azione non contrasti con i principi in materia di tutela della concorrenza. Di conseguenza, anche alla luce della significativa riduzione della spesa pubblica che ha comportato un ingente taglio alle risorse degli enti regionali e locali, sembra corretto ritenere che il perseguimento di finalità lucrative da parte di società a partecipazione pubblica risponda, dal punto di vista degli enti pubblici partecipanti, ad uno scopo almeno mediamente riconducibile alle relative finalità istituzionali: il procacciamento di risorse aggiuntive da destinare alla cura degli interessi pubblici loro affidati.

\*\*\*\*\*

## 15. **Bibliografia.**

Dottrina (articoli, contributi, note a sentenza):

- Acocella C. e Liguori F., *Questioni (vere e false) in tema di società miste ed in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 3;
- Agus D., *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 5, 464;
- Alberti C., *Le società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 23;
- Albissini F.G., *Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 4, 394;
- Albo F., *L'applicazione dell'art. 3 commi 27 e seguenti della legge n. 244 del 2007 negli enti locali*, in *www.lexitalia.it*, 2009, 10;

- Alla L., *La nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo le modifiche introdotte dall'art. 15 del d.l. 135/2009 convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it);
- Archimi L. e Sileoni S., *Le partecipazioni dei Comuni nelle società che gestiscono i servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'art. 14, c. 32, del d.l. 78/2010 ed il principio di specialità dell'art. 23 bis, c. 2, lett. b), e c. 3 del d.l. 112/2008 in subiecta materia*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 11;
- Astegiano G., *Società a partecipazione locale e vincoli di finanza pubblica*, in *Azienditalia*, 2009, 5, 373;
- Atelli M., *L'in house providing fra tradizione e innovazione*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), 2009, 10;
- Avino A., *Quale destino per le società miste alla luce dell'art. 4 del d.l. 138/2011?*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 9;
- Baldi M., *Principio generale della gara e scelta del socio privato*, in *Urb. e app.*, 2008, 9, 1132;
- Barbiero A., *Le società partecipate non possono gestire contestualmente servizi pubblici locali e servizi strumentali*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 11;
- Bartoli L., *Società "in house providing" tra vincoli pubblicistici e compatibilità con l'ordinamento societario. Il caso della Provincia di Firenze*, in *Azienditalia*, 2008, 12, 897;
- Bartolini A., *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23 bis del d.l. 112/2008*, in *Urb. e app.*, 2009, 6, 741;
- Barzazi G., *L'obbligo di dismissione delle partecipazioni societarie e il divieto di costituzione di nuove società previsto dalla manovra finanziaria 2008: i problemi applicativi per gli enti locali*, in *I contr. dello Stato e degli enti pubb.*, 2010, 2, 125;
- Bellomo S., *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali*, in *Lavoro nella giur.*, 2010, 11;
- Bianchini R., *I divieti previsti dal comma 9 dell'art. 23 bis della l. 133/2008 dopo il d.l. n. 135/2009*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2007, 9;
- Bonetti T., *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 37;

- Bonura H., *La qualificazione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 5, 514;
- Boschetti B., *I confini della nozione di società mista*, in *Urb. e app.*, 2011, 2, 182;
- Boschi M.E., *I confini dell'evidenza pubblica nelle procedure costitutive di società miste*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2007, 9;
- Caia G., *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 5, 1568;
- Caia G., *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Ed. Scientifica, Napoli, 2007, 145;
- Camporesi R.,  *Holding comunali, attività finanziaria e modelli di governance*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2010, 11;
- Camporesi R., Di Russo D. e Miele A.,  *Holding pubblica*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2011, 5;
- Capalbo F., *Società partecipate: istituto ai confini tra il diritto pubblico ed il diritto privato – problemi applicativi – Fallimento o Liquidazione coatta amministrativa*, in *www.lexitalia.it*, 2010, 4;
- Caranta R., *Ancora in salita la strada per le società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, 1120;
- Caranta R., *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, in *Giur. it.*, 2010, 5;
- Carbone L., D'Adamo M. e Dell'Oro D., *Limitazioni per le società pubbliche e miste nell'espletamento di prestazioni a terzi*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 321;
- Cartei G.F. e Crea P., *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, 935;
- Casalini D., *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 4, 1158;
- Cavalli R., *Decreto Bersani e società miste. Commento alla sentenza del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 4 agosto 2011, n. 17*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2011, 10;

- Chiantera G. e Pettinato D., *Nuovi modelli organizzativi, con particolare riguardo all'in house providing ed alla possibilità di configurare l'organismo in house a tutto l'apparato centrale*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 3;
- Chiti M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 10, 1115;
- Ciasullo S., *L'affidamento diretto a società miste: condizioni di ammissibilità*, in *Giur. it.*, 2009, 12;
- Clarich M., *Società di mercato e quasi-Amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253;
- Colombari S., *Le società a partecipazione pubblica e loro appartenenza a modelli e regimi giuridici diversificati. Nota critica a Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 9;
- Colombari S., *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, in *Annali dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna, 2009, anno II, vol. 1 – n. 2, 87;
- Colapinto F. e Fraccastoro G., *I servizi pubblici fra società mista e in house providing*, in *Urb. e app.*, 2009, 6, 705;
- Contessa C., *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli Enti locali: verso una nuova nozione di "strumentalità"?*, in *Urb. e app.*, 2010, 4, 459;
- Contessa C., *Le peculiarità applicabili alle concessioni di servizi fra peculiarità disciplinari e lacune normative*, in *Urb. e app.*, 2010, 12, 1437;
- Cuocolo L., *Servizi pubblici locali tra novità legislative e iniziative degli enti territoriali*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 12;
- Dalfino D., *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, in *Società*, 2010, 11, 1361;
- Dani F., *Nuova disciplina e adeguamento statutario delle società prestatrici di servizi pubblici*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 1, 77;
- De Michele A., *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 69;
- De Nictolis R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 10, 1109;
- De Pauli L., *Gli enti in house e l'evidenza pubblica "a valle"*, in *Urb. e app.*, 2009, 9, 1104;

- De Vincenti C., *I servizi pubblici nel decreto-legge n. 135 del settembre 2009: a che punto siamo*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it);
- Della Cananea G., *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia giuridica de "Il Sole 24 ore"*, 2008;
- Della Penna D., *Regolazione e gestione dei servizi pubblici locali. A cento anni dalla legge 29 marzo 1903, n. 103*, Resoconto del Convegno tenutosi a Bologna, il 29 marzo 2003;
- Dello Sbarba F., *La compatibilità degli affidamenti in house con l'art. 23 bis D.L. 112/2008: il g.a. anticipa l'art. 15, D.L. 135/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 2, 227;
- Dello Sbarba F., *Il regolamento attuativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Urb. e app.*, 2011, 1, 22;
- Dello Sbarba F., *L'art. 13 del decreto Bersani e le società di terzo grado tra servizi strumentali e servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2011, 12, 1416;
- Di Giovanni S. e Favoino R., *L'art. 23 bis, comma 9, non si applica alle società miste pubblico-private costituite ai sensi del comma 2, lett. b)*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 6;
- Di Sante N. e Sebastianelli M., *Direzione e coordinamento di società pubbliche nel "decreto anti-crisi"*, in *Azienditalia*, 2009, 12, 818;
- Dugato M., *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. Cassese (a cura di), Diritto speciale amministrativo, Tomo III, Milano, 2003, 2586;
- Dugato M., *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 9, 1289;
- Dugato M., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, 121;
- Dugato M., *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 10, 1051;
- Dugato M., *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 12, 1189;
- Dugato M., *I servizi pubblici locali (art. 23 bis)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 12, 1219;
- Dugato M., *Introduzione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 5;

- Fazioli R., *La liberalizzazione dell'offerta di servizi pubblici orientata all'efficienza di risultato: una proposta operativa*, in *Economia pubblica*, 2007, 1-2;
- Fimmanò F., *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. notariato*, 2009, 4, 897;
- Florenzano D., *Qualche considerazione sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, a margine della recente proposta di modifica degli artt. 112 e ss. del T.U. degli Enti locali*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 1;
- Gagliardi B., *Le sociétés publiques locales e l'in house providing alla francese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 6, 691;
- Gallo C.E., *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *Urb. e app.*, 2009, 10, 1176;
- Giliberti B., *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, in *Urb. e app.*, 2009, 2, 146;
- Giliberti B., Perfetti L.R. e Rizzo I., *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 3, 257;
- Giliberti B. e Rizzo I., *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 11, 2511;
- Glinianski S., *La responsabilità dell'ente socio per omesso esercizio dell'azione di responsabilità sociale nei confronti degli organi societari*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2010, 6;
- Guzzo G., *Società miste: assemblea di Strasburgo e legislazione nazionale (quale diritto?)*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2007, 3;
- Guzzo G., *Società miste: nuovo start up del Consiglio di Stato e successiva evoluzione giurisprudenziale*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2007, 7-8;
- Guzzo G., *I nuovi limiti del "controllo analogo" secondo la più recente teorica del Consiglio di Stato e della Commissione europea*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 5;
- Guzzo G., *Le società costituite e partecipate dagli enti locali tra incertezze giurisprudenziali e codificazione legislativa*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2008, 9;
- Guzzo G., *Articolo 13 del d.l. 223/06 ed extraterritorialità delle società miste nella più recente (e controversa) interpretazione della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 10;

- Guzzo G., *La nuova disciplina “dualistica” dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il nodo gordiano delle società miste alla luce della comunicazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato del 16 ottobre 2008 e dell’articolo 2 della bozza dell’emanando regolamento di attuazione*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2009, 3;
- Guzzo G., *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: tra ripensamenti legislativi e incertezze giurisprudenziali*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2009, 7-8;
- Guzzo G., *La controriforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il problema irrisolto dell’operatività delle società miste*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2009, 10;
- Guzzo G., *Servizi pubblici locali: nulla cambia tutto si trasforma*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 3;
- Guzzo G., *Le nuove regole dei servizi pubblici locali alla luce della disciplina attuativa introdotta dal d.P.R. n. 168/2010*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 10;
- Guzzo G., *L’assetto della disciplina SPL di rilevanza economica all’indomani del risultato del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011: riflessioni minime*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 7;
- Guzzo G., *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n. 138/2011: “nuove” regole e vecchie questioni*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 7-8;
- Guzzo G., *Brevi riflessioni su i nova dei spl dopo la legge di stabilità n. 183/2011*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 12;
- Jori P., *Le società pubbliche: viaggio tra gli affidamenti diretti e l’osservanza delle procedure di evidenza pubblica, alla ricerca della disciplina applicabile*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2008, 11;
- Lanzillotta L., *Per liberalizzare le local utilities cambiare strada e agire su vincoli e sanzioni*, in [www.firstonline.info](http://www.firstonline.info), 2011, 8;
- Lavanda B., *La cessione di quote in società pubbliche: linee guida*, in *Azienditalia*, 2011, 1, 39;
- Limentani M. e Veronelli M., *Privatizzazione di società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 2, 172;
- Lo Biundo L., *Presupposti e limiti della partecipazione dei Comuni in società ed altri organismi*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 12;

- Lo Biundo L., *Per il Consiglio di Stato le società strumentali possono anche gestire servizi pubblici locali*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 2;
- Lolli A., *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 1996, 1, 51;
- Lombardi L., *Società pubbliche e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2009, 8, 940;
- Loria E., *Le società pubbliche dopo la legge 69/2009*, in *Urb. e app.*, 2009, 10, 1164;
- Lucca M., *Procedure concorsuali e cessione di partecipazioni societarie (considerazioni a margine del parere n. 230 del 15 novembre 2010 della sezione regionale di controllo per il Veneto della Corte dei conti)*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 1;
- Mangialardi G., *Scelta del socio operativo, evidenza pubblica e giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 2010, 5, 594;
- Massera A., *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 8, 889;
- Mattalia M., *Società miste e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, 6, 721;
- Mento S., *Società strumentali e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, 4, 412;
- Miriam G., *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 12, 1269;
- Miriam G., *L'in house pluripartecipato e il caso Sea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 2, 127;
- Musolino S., *Per la Corte Costituzionale sono legittime le norme regionali che escludono l'in house*, in *Urb. e app.*, 2010, 4, 409;
- Musolino S., *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urb. e app.*, 2011, 1, 48;
- Neri V., *Il "rischio economico" negli appalti e nelle concessioni di servizio pubblico*, in *Corr. merito*, 2010, 6, 681;
- Nico M., *In house providing, l'azienda speciale alla riscossa*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2007, 9;
- Nico M., *Affidamenti in house: il "controllo analogo" è un requisito da accertarsi in concreto*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 5;

- Nico M., *Parte la riforma dei servizi pubblici locali, ecco le novità su gare ed affidamenti in house*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2008, 10;
- Nicodemo G.F., *Società miste: il Giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urb. e app.*, 2010, 2, 156;
- Nicoletti G., *Gestioni in house difficili o impossibili? Il caso di Zola Predosa*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2009, 4;
- Nicoletti G., *La riforma dei servizi pubblici locali; prime valutazioni sul decreto legge 25 settembre 2009 n. 135*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2009, 9;
- Nicoletti G., *“Inverosimile” l’obbligo di esternalizzare i servizi pubblici locali (a rilevanza economica)*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 3;
- Palazzi F., *Alcune questioni a proposito di controllo delle società partecipate da parte degli enti pubblici soci*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 103;
- Pani M., *I servizi pubblici locali a rilevanza economica: luci e ombre dopo il decreto legge 138/2011 e la legge di stabilità*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 12;
- Pecoraro C., *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell’ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 5, 947;
- Perfetti L.R., *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell’autonomia locale*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 906;
- Pinto A., *Le utilities tra regolazione, concorrenza ed obblighi di separazione societaria*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2009, 11;
- Piperata G., *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5, 498;
- Piperata G., *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all’insegna dell’incertezza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, 1126;
- Piperata G., *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 2, 325;
- Piperata G., *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello “a mosaico” della società in house*, in *Le Regioni*, 2009, 3-4, 651;
- Police A., *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 79;
- Ponte D., *Società miste, responsabilità e giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 2010, 5, 574;

- Ponte D., *Scelta del socio post-affidamento e giurisdizione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2011, 11, 1299;
- Purcaro A., *Servizi pubblici locali: gli affidamenti in house providing dopo la conversione del decreto legge 112/2008. Brevi note all'art. 23 bis*, in *www.lexitalia.it*, 2008, 9;
- Rizzo I., *Affidamento in house e controllo analogo: una certezza irraggiungibile?*, in *Urb. e app.*, 2009, 11, 1345;
- Rizzo I., *Brevi considerazioni a seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis L. 133/2008*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 899;
- Rizzo I., *I servizi pubblici locali dopo il d.l. 138/2011*, in *Urb. e app.*, 2011, 12, 1398;
- Rompicavoli C., *L'affidamento dei servizi pubblici locali. La manovra estiva – decreto legge 13 agosto 2011 n. 138*, in *www.lexitalia.it*, 2011, 7-8;
- Rompicavoli C., *I servizi pubblici locali nel decreto liberalizzazioni*, in *www.lexitalia.it*, 2012, 1;
- Rotigliano R., *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione europea*, in *Urb. e app.*, 2008, 8, 1008;
- Roversi Monaco M., *L'affidamento in house del servizio di gestione dei rifiuti*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 7-8, 2015;
- Salvato L., *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, 5, 603;
- San Mauro C., *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in *Riv. trim. di diritto dell'economia*, 2009, 4, 198;
- Scarpino M., *Le società miste e i divieti previsti dall'art. 23 bis, comma 9, d.l. n. 112 del 2008*, in *Giur. merito*, 2010, 11, 2870;
- Sinisi M., *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo della Corte di Cassazione*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1, 77;
- Spadoni B., *L'evoluzione istituzionale dei servizi pubblici locali tra innovazione, resistenze e arretramenti*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2007, 11;
- Spadoni B., *I servizi pubblici locali tra le "rapide" della riforma*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2009, 2;

- Spadoni B., *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali dal monopolio al... monopolio*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2009, 4;
- Spadoni B., *I presupposti economici, normativi e regolatori per lo sviluppo dei servizi pubblici locali*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 6;
- Spadoni B., *La regolazione dei servizi pubblici locali alla luce dei risultati del referendum*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2011, 6;
- Spattini G.C., *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di "Costituzione economica" (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Ed. Scientifica, Napoli, 2007, 145;
- Staiano S., *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2011, 8;
- Stevanato R., *Non c'è Giudice a Roma per le fusioni delle società degli enti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 3, 972;
- Tenore V., *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1, 92;
- Tessarolo C., *Appalti, concessioni di servizi e art. 23-bis*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2009, 1;
- Tessarolo C., *Il regime transitorio nel nuovo sistema dei servizi pubblici locali*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010, 1;
- Tita A., *La responsabilità degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica: prospettive nel 2011, dopo le novità del 2010, e rimedi assicurativi proponibili*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2011, 1;
- Trenti E., *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 47;
- Sau A., *La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 103;
- Vigneri A., *I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del d.l. n. 135/2009*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it);
- Vitale C., *La gestione congiunta dei servizi pubblici locali. Novità legislative e tendenze del sistema*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 3/4, 563;

- Vitale C., *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 13;
- Volpe C., *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e app.*, 2008, 12, 1401;
- Volpe C., *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. e app.*, 2010, 1, 38;
- Zuccolo A., *L'affidamento della gestione degli impianti sportivi comunali quale concessione di un servizio pubblico di rilevanza economica*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2009, 4, 532;

\*\*\*\*\*

Dottrina (monografie e opere collettanee):

- Benacchio G.A e Cozzio M. (a cura di), *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici*, EDK ed., Rimini, 2010;
- Bruti Liberati E. e Donati F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli ed., Torino, 2010;
- Cameriero L. e De Nictolis R., *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè ed., Milano, 2008;
- Cerbo P., *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella Pubblica Amministrazione*, CEDAM, Padova, 2007;
- Chiti M.P. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni*, Ed. Scientifica, Napoli, 2009;
- Dello Sbarba F., *I servizi pubblici locali – Modelli di organizzazione e di gestione*, Giappichelli ed., Torino, 2009;
- Domenichelli V. e Sala G. (a cura di), *Servizi pubblici e società private quali regole?*, CEDAM, Padova, 2007;
- Domenichelli V. (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 2008;
- Florenzano D., *Le società delle Amministrazioni regionali e locali – L'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, CEDAM, Padova, 2008;

- Giannini M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977;
- Giomi V., *Stabilità economica e privatizzazioni – Profili giuridici*, Giappichelli ed., Torino, 2006;
- Guzzo G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè ed., Milano, 2009;
- Mastragostino F. (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, CEDAM, Padova, 1998;
- Mastragostino F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011;
- Mignone C., Pericu G. e Roversi Monaco F. (a cura di), *Le esternalizzazione – Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*, Bononia University Press, Bologna, 2007;
- Pellizzer F., *Le concessioni di opera pubblica – Caratteri e principi di regime giuridico*, CEDAM, Padova, 1990;
- Perfetti L.R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, CEDAM, Padova, 2001;
- Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè ed., Milano, 2005;
- Pericu G., Romano A. e Spagnuolo Vigorita V., *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè ed., Milano, 1995;
- Renna M., *Le società per azioni in mano pubblica – Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli ed., Torino, 1997;
- Rinaldi R., *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, CEDAM, Padova, 2011;
- Soricelli G., *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008;
- Spattini G.C., *Poteri pubblici dopo la privatizzazione – Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Giappichelli ed., Torino, 2006;
- Torricelli S., *Il mercato dei servizi di pubblica utilità – Un'analisi a partire dal settore dei servizi 'a rete'*, Giuffrè ed., Milano, 2007;

- Villata R., *Pubblici servizi – Discussioni e problemi*, Giuffrè ed., Milano, 2001;