

Capitolo I

I servizi pubblici e le deroghe al diritto comunitario della concorrenza

1.1. Gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria sull'art. 86 del Trattato: i servizi di interesse economico generale.

Costituisce un dato assodato in dottrina che il punto nodale ove si incentrano i delicati equilibri tra mercato e poteri pubblici, così come disegnati nell'ordinamento comunitario, è rappresentato dall'art. 86 (ex art. 90) del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea.¹ Invero, la formulazione generica del disposto normativo in parola risulta essere il frutto di un compromesso fra le opposte tradizioni costituzionali degli Stati membri, non agevolmente riducibili a sintesi, che hanno indotto i costituenti europei ad un atteggiamento prudentiale nella definizione della principale forma di intervento pubblico in economia, ossia i servizi pubblici.²

L'architettura complessiva dei rapporti tra le esigenze di protezione del mercato e la tutela dei bisogni estranei alla logica mercantile, quindi, viene ad essere strutturata in modo tale da consentire un bilanciamento tra valori a volte in antitesi, adattabile alle politiche dei diversi Paesi in ossequio al principio di sussidiarietà che

¹ L'assunto è alla base della ricostruzione dogmatica dei servizi pubblici nell'ambito dell'ordinamento comunitario. Non potendo dar conto della vastissima dottrina che si è interrogata sul punto, sia consentito rinviare a G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2/2004, 201 ss.

² Parla appunto di "timore reverenziale" dei padri fondatori nel disciplinare i servizi pubblici, D. CALDORA in *La dimensione del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in AA.VV. *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001, 126. Oggi, invece, sembrerebbe assistersi alla nascita di veri e propri servizi pubblici di rango comunitario: sul punto, v. N. BASSI, *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, 69 ss.

governa le relazioni tra ordinamenti nazionali ed ordinamento comunitario.

La volontà di non conferire un assetto definitivo alla materia, trasfusa nell'impiego di termini dagli incerti confini applicativi³, tuttavia, seppure originata dall'intento di non incidere oltremodo nelle scelte dei singoli Stati membri, ha permesso di rinvenire mutevoli equilibri a livello europeo, nel momento in cui dall'obiettivo esclusivo di realizzare un mercato concorrenziale, sotteso al Trattato di Roma, si è passati a scopi più ambiziosi da assegnare all'integrazione comunitaria, con una sempre crescente attenzione nei confronti degli interessi sociali, testimoniata dal Trattato di Maastricht e, con forza maggiore, in quello di Amsterdam.

Come noto, infatti, l'art. 86 del Trattato pone una deroga all'applicazione del regime concorrenziale, dando ingresso anche alle prerogative nazionali in materia di politica economica. In tal senso, da un lato, gli Stati membri sono legittimati ad attribuire diritti speciali o esclusivi⁴ a talune imprese, così poste in una condizione di privilegio rispetto ad altri operatori presenti sul mercato, purché ovviamente non vengano adottate misure contrarie alle norme del Trattato (art. 86, primo comma); dall'altro, è previsto che queste ultime, e quindi anche

³ E' noto, infatti, che la nozione di servizio pubblico è sconosciuta all'ordinamento comunitario che, invece, utilizza il termine di servizi di interesse economico generale allo scopo di individuare una deroga giustificabile al regime concorrenziale dei mercati. Come si avrà modo di vedere, sia il fondamento giuridico della disciplina, connotata dalla preferenza accordata alla tutela della concorrenza, sia la terminologia differente impongono la ricerca di un ambito proprio dei servizi pubblici al fine di individuare i principi comunitari applicabili.

⁴ Una compiuta definizione di diritti speciali o esclusivi si rinviene nelle direttive in materia di telecomunicazioni (Direttiva 2002/77/CE del 16 settembre 2002, in GUCE L 249 del 17 settembre 2002; Direttiva 97/33/CE del 30 giugno 1997, in GUCE L 199 del 26 luglio 1997) nonché nella direttiva sulla trasparenza delle relazioni finanziarie (Direttiva 2000/52/CE del 26 luglio 2000, in GUCE L 193 del 29 luglio 2000). In sintesi, comunque, è possibile riportare la nozione del diritto esclusivo a quella del monopolio, mentre quella dei diritti speciali è riferibile genericamente a tutti quei vantaggi suscettibili di compromettere le dinamiche concorrenziali.

le regole della concorrenza, non possano essere invocate qualora la loro applicazione pregiudichi il perseguimento della missione affidata all'impresa incaricata di gestire un servizio economico generale, fermo restando che tale esenzione non deve compromettere lo sviluppo degli scambi comunitari (art. 86, secondo comma).

In considerazione della neutralità della natura giuridica delle imprese⁵, poi, la disciplina derogatoria in questione può essere indifferentemente applicata tanto alle imprese pubbliche che a quelle private.

La norma ha avuto una prima applicazione estremamente limitata, permanendo sin dall'inizio forti resistenze alla spinta liberalizzatrice che pure è sottesa alla enunciazione contenuta nel primo comma, a mente del quale il peculiare legame con il potere pubblico non comporta automaticamente la sottrazione alle libertà comunitarie poste a presidio del mercato⁶. Emblematica in tal senso è la sentenza della Corte di Giustizia cd. *Sacchi*⁷ che, ancorandosi ad un giudizio di prevalenza dell'interesse pubblico, la cui importanza è ritenuta dirimente *ex se*, afferma la legittimità del conferimento di diritti speciali o esclusivi in ragione di una valutazione ampiamente discrezionale dello Stato membro: in tal modo, la mera scelta politica di politica economica consente di escludere l'operatività delle regole concorrenziali, senza alcuna verifica in merito sia alla reale necessità di

⁵ Come noto, l'art. 295 (ex art. 222) del Trattato "*lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*", di talché le imprese pubbliche e quelle private sono poste sullo stesso piano.

⁶ In tal senso, v. P. FATTORI, *Monopoli pubblici e art. 90 del Trattato Ce nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, 129, dove si dà conto appunto della difficoltà di realizzare un'effettiva apertura del mercato a fronte di una condizione prevalentemente monopolistica in cui operavano le imprese assegnatarie della gestione dei grandi servizi nazionali.

⁷ Cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 30 aprile 1974, C 155/73, *Sacchi c. Tele Biella*, in *Racc.*, 1974, p. I-409

un regime speciale, sia all'efficacia della misura adottata in termini di soddisfacimento dell'interesse generale.

Anzi la stessa definizione di servizio di interesse generale è rimessa al libero apprezzamento da parte dello Stato membro, venendo a coincidere con qualsiasi attività economica avente una rilevanza pubblica e posta al centro di uno specifico compito dell'amministrazione⁸, e ciò a prescindere dalla suscettibilità del mercato di approntare prestazioni sufficienti.

Soltanto con il rafforzamento delle politiche comunitarie per la creazione del mercato interno, il sindacato sulla corretta applicazione dell'art. 86 viene ad essere più incisivo e rigoroso, riconoscendosi – in una prospettiva invertita – un ruolo preminente al regime concorrenziale e, di contro, circoscrivendo le scelte nazionali negli ambiti consentiti da un riscontro di stringente proporzionalità tra la misura speciale e l'interesse generale: il nuovo contesto comunitario nel quale si muove la giurisprudenza della Corte di Giustizia si connota, infatti, per un'evidente predilezione verso il mercato, nella convinzione che la concorrenza tra operatori non soltanto non comporti necessariamente la compromissione di valori fondamentali di tipo non economico, ma anzi rappresenti lo strumento più idoneo per perseguire anche la soddisfazione di interessi e bisogni non afferenti propriamente alla logica mercantile⁹. Tale clima,

⁸ In termini si esprime la Corte di Giustizia CE nella sentenza 4 luglio 1971, C-10/71, Mullen, in *Racc.* 1971, p. I-723. Sulla rilevanza dell'atto di assunzione, e quindi sulla riconduzione del servizio nell'alveo dei compiti pubblici, quale *condicio sine qua non* affinché un'attività possa considerarsi di interesse generale, si esprime la Corte di Giustizia CE nella sentenza 2 marzo 1983, C-7/82, GVL, in *Racc.* 1983, p. I-483.

⁹ In tal senso, il mercato avrebbe di per sé la forza e la capacità di garantire valori esterni al mercato di cui la Costituzione richiede adeguata protezione. Sul punto, cfr. T. PADOA SCHIOPPA, *Il Governo dell'economia*, Bologna, 1997. Del resto, è la stessa impostazione

evidentemente, induce la giurisprudenza comunitaria ad incentrare la propria attenzione sul secondo comma dell'art. 86 del Trattato, al fine di giudicare non soltanto l'esercizio ma l'esistenza stessa della condizione di privilegio: abbandonata l'ottica di una presunzione di compatibilità con le norme del Trattato, fondata su un'interpretazione acritica e letterale del primo comma dell'art. 86, il conferimento di un diritto speciale o esclusivo deve, quindi, essere ragionevole e rispondere a circostanze concrete e riscontrabili.

E' espressione di tale mutato atteggiamento la sentenza della Corte di Giustizia cd. *Hofner*¹⁰ che, per la prima volta, riconduce la situazione delle imprese titolari di diritti speciali o esclusivi a quella rinvenibile in caso di posizione dominante, sulla base dell'assunto che l'attribuzione di privilegi di origine pubblicistica può portare tali imprese ad abusare della propria condizione peculiare: il giudizio sulla deroga alla concorrenza attraverso il parametro normativo dettato dall'art. 82 (ex art. 86) del Trattato, comporta così l'affermazione della teorica dell'*abuso inevitabile*. Nel chiarire i margini del proprio apprezzamento, la Corte di Giustizia evidenzia come non debba essere accertata la abusività del comportamento dell'operatore in posizione dominante¹¹, bensì debba essere oggetto di sindacato proprio il conferimento dei privilegi da cui tale posizione origina, in virtù del

politico economica del Trattato a fondarsi sull'assunto che il libero mercato sia lo strumento privilegiato per la giusta allocazione delle risorse.

¹⁰ Cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 26 aprile 1991, C-41/90, *Hoefner c. Maccrottron GmbH*, in *Racc.* 1991, p. I-2018, e in senso conforme sentenza 10 dicembre 1991, C-129/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA c. Siderurgia Gabrielli SpA*, in *Racc.* 1991, p. I-5928.

¹¹ Deve infatti ricordarsi che l'art. 82 del Trattato considera legittima la posizione dominante, sanzionandone soltanto l'abuso. Nel caso di impresa incaricata di un servizio di interesse generale, la posizione dominante deriverebbe dal conferimento dei diritti speciali o esclusivi ai sensi dell'art. 86, primo comma, compatibili con il Trattato purché l'impresa operi secondo le regole del mercato: in tal senso, secondo una interpretazione letterale della normativa comunitaria, il conferimento del diritto dovrebbe ritenersi legittimo purché l'impresa rispetti il principio concorrenziale e le libertà garantite dall'ordinamento comunitario.

loro carattere incentivante condotte pregiudizievoli della concorrenza: senza smentire la astratta legittimità del conferimento ai sensi dell'art. 86, primo comma, la Corte di Giustizia anticipa l'esame di compatibilità con le norme del Trattato¹² ad un momento che si colloca a monte della condotta sanzionabile, mirando a verificare le modalità con le quali viene strutturata la misura statale.

In tale prospettiva, non è più sufficiente il richiamo ad interessi generali per legittimare disposizioni derogatorie, soprattutto se consistenti in una riserva pubblica dell'attività, poiché esse possono determinare irragionevoli effetti distorsivi nelle normali relazioni economiche: l'intervento pubblico nel mercato, invece, deve trovare la propria *ratio* giustificatrice in ragioni imprescindibili che impongono la costituzione di monopoli o privilegi speciali, in assenza dei quali l'interesse generale non potrebbe essere raggiunto, venendosi così ad affermare la tendenza ad ammettere misure derogatorie soltanto se siano strettamente legate ad ipotesi di *market failure*¹³.

Con tutta evidenza si tratta dell'adesione ad un orientamento spiccatamente restrittivo dell'art. 86, secondo comma del Trattato Ce, volto a circoscrivere le prerogative afferenti all'autonomia organizzativa degli Stati membri nell'intento di favorire la politica comunitaria di integrazione dei mercati.

¹² In termini, Corte di Giustizia CE, sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, ERT, in *Racc.* 1991, p. I-2925.

¹³ In questo contesto, i servizi di interesse economico generale sono oggetto di analisi, sia in dottrina che in giurisprudenza, soltanto dal punto di vista della concorrenza, ossia sulla base delle regole del mercato ed in vista della tutela dei soggetti operanti in esso: "il diritto europeo esistente in materia di servizi di interesse generale sembrava concentrarsi sui principi in tema di concorrenza e di accesso al mercato, senza prendere in considerazione il punto di vista dei terzi (gli utenti-consumatori). I singoli, in particolare beneficiavano solo indirettamente dell'art. 86, essendo evidente che da un mercato ben regolato e competitivo discendono dei vantaggi per i consumatori ed utilizzatori (...)", come rilevato da M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *Il Dir. dell'U.E.*, 3/2005, 442-443.

Come visto, tuttavia, la mancanza di una chiara determinazione dell'ambito delle scelte rimesse agli ordinamenti nazionali, ha comportato un'accentuata permeabilità dell'art. 86 ai mutevoli indirizzi di politica comunitaria, di tal che gli assetti e gli equilibri che la norma intende rappresentare si sono costantemente modificati in favore ora degli interessi economici, ora degli interessi generali: ne deriva che l'instabilità normativa viene a riflettersi anche sulla lettura giurisprudenziale della disciplina.

A fronte dell'affermazione del compito comunitario di garantire la coesione sociale¹⁴, non solo quella economica, la giurisprudenza della Corte di Giustizia finisce con il temperare la portata dirompente dell'interpretazione coordinata delle previsioni normative di cui agli artt. 82 e 86 del Trattato, che aveva determinato una sostanziale presunzione di illegittimità del conferimento di diritti speciali o esclusivi. La necessità di assicurare adeguate forme di protezione ad interessi sociali induce, di conseguenza, a riconsiderare l'applicazione della deroga alla concorrenza, seppure attraverso una lettura congiunta di entrambe le disposizioni contenute nell'art. 86, che – è bene rilevare – comporta il vantaggio di potere sindacare direttamente il

¹⁴ E' considerazione ampiamente condivisa che l'art. 16 del Trattato, introdotto con le modifiche di Amsterdam, e l'art. 36 della Carta dei Diritti Fondamentali, rappresentino una svolta dell'ordinamento comunitario in tema di integrazione sociale, delineando non solo un indirizzo programmatico, bensì gettando una base giuridica per interventi della Comunità in tali materie. Sul punto, G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti d'utenza*, Padova, 2001, 237: di diverso avviso, G. CORSO, *I servizi pubblici in ambito comunitario*, in Riv. giur. quadr. dei pubbl. serv., 1999, 19. Di certo, comunque, il nuovo orientamento condiziona la ricerca di nuovi equilibri nell'applicazione dell'art. 86 del Trattato, come rilevato, suscettibile di recepire le diverse sensibilità orientando il bilanciamento vuoi verso la promozione della concorrenza, vuoi verso la protezione di valori estranei al mercato. Secondo, F. CINTIOLI (*Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in Il Dir. dell'U.E., 3/2006, 453 ss. e in particolare 469), dal 1993 la giurisprudenza comunitaria esprime un'innegabile tendenza ad accentuare il profilo sociale nell'istituto dei servizi di interesse economico generale, così comprimendo in modo apprezzabile le libertà economiche. Da ultimo, v. C. BOZZACCHI, *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale. Il percorso comunitario*, Milano 2005.

conferimento del diritto speciale o esclusivo in termini di strumentalità di quest'ultimo al perseguimento dell'interesse generale.

A partire dalle note sentenze *Corbeau* e *Almelo*¹⁵, affermando la natura eccezionale della deroga, la Corte di Giustizia valorizza le finalità cui deve adempiere il conferimento di una posizione di privilegio, escludendone la legittimità non soltanto quando tale misura sia indefettibile, ma anche quando sia semplicemente ragionevole rispetto alla realizzazione degli scopi dell'azione pubblica: in tal senso, la restrizione della concorrenza, anche nei mercati attigui a quello ove si svolge il servizio di interesse economico generale, risponde al criterio di proporzionalità quando l'impresa incaricata è tenuta ad erogare prestazioni anti-economiche, così permettendo di operare in condizioni accettabili di equilibrio economico e di remunerazione dei maggiori costi sostenuti.

Nell'ottica della giurisprudenza comunitaria, quindi, il conferimento di diritti speciali o esclusivi rappresenta uno strumento di compensazione degli obblighi di servizio, di talché la loro legittimazione, prima, e la loro estensione, poi, è da verificare soltanto in relazione alla missione di interesse pubblico¹⁶.

¹⁵ Cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 19 maggio 1993, C-320/1990, *Regie des Postes c. Paul Corbeau*, in *Racc.* 1993, p. I-2533, e sentenza 27 aprile 1994, C-393/92, *Comune di Almelo c. Energiebedrijf Ijsselmij*, in *Racc.* 1994, p. I-1477

¹⁶ E' interessante notare come anche la giurisprudenza in ordine agli aiuti di stato adoperi il medesimo canone interpretativo. In un primo momento, infatti, la misura di sostegno finanziario, di per sé illegittima a differenza del conferimento della posizione di privilegio, era considerata compatibile con il Trattato se necessaria a compensare gli svantaggi derivanti dalla gestione di un servizio di interesse economico generale (cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 15 marzo 1994, C-387/92, *Banco Exterior de Espugna*, in *Racc.* 1992, p. I-877); successivamente, essa è stata ritenuta niente affatto qualificabile come aiuto, non comportando alcun vantaggio qualora commisurata al costo effettivo del servizio anti-economico (cfr. Corte di Giustizia CE, 7 febbraio 1985, C-240/83, *ADBHU*, in *Racc.* 1985, p. I-531). Tale ultima posizione, poi, viene meglio dettagliata nella sentenza 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark*, in *Racc.* 2003, p. I-7747. Su tali aspetti, nonché per una disamina della giurisprudenza comunitaria in tema di servizi di interesse economico generale, v. M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico*

Viene così in risalto il doveroso bilanciamento tra valori diversi, ma posti in posizione paritaria, che la misura derogatoria mira a contemperare qualora l'attività d'impresa consista nell'offerta di servizi in favore della generalità degli utenti ed in condizioni di uguaglianza: ci si trova, pertanto, nell'alveo di attività che possono comportare l'esecuzione di prestazioni che non sarebbero fornite secondo le normali logiche di mercato, ma che sono da ritenersi comunque doverose alla luce di una precisa assunzione di responsabilità da parte del soggetto pubblico¹⁷.

Dall'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁸ sembra di poter giungere ad una conclusione acclarata in tema di applicazione della deroga al regime concorrenziale di cui all'art. 86 del Trattato: se deve essere confermata la competenza nazionale ad individuare gli interessi da soddisfare¹⁹, l'intervento pubblico deve essere confinato soltanto a quelle misure atte a garantire le prestazioni che il mercato non sarebbe in grado di fornire, ma che rispondono alla

generale: una nozione controversa, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario, 2005, 1351 ss.; G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2005, 1219 ss.; L. TESSAROLO, *I servizi pubblici e la politica comunitaria della concorrenza*, in www.dirittodeiservizi pubblici.it, 2005.

¹⁷ Sul punto, per un'interessante disamina giurisprudenziale, nonché per un inquadramento generale della problematica comunitaria circa il rapporto tra interessi pubblici e mercato, si rinvia a F. FERRARIO, *L'efficacia dei principi comunitari sulla concorrenza*, in Il Dir. UE, 4/2005, 669 ss. In particolare, in ordine alla portata del principio in parola, l'A. rileva che «<il principio dell'efficacia della concorrenza previsto dall'art. 3, lett. g), Trattato CE, letto unitamente all'art. 10, contiene indicazioni rilevanti per l'interpretazione e l'applicazione estensiva delle altre norme del Trattato sulla concorrenza, ma non fino al punto di sindacare la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure statali anticoncorrenziali nel perseguire interessi generali, indipendentemente dalle condizioni e dai limiti fissati dagli artt. 81-89 del Trattato CE>> (676-677)

¹⁸ In considerazione del tema di indagine del presente lavoro, si è ritenuto di incentrare l'attenzione soltanto sugli aspetti attinenti i servizi di rilevanza economica. In ordine alla problematica relativa ai servizi sociali, si rinvia a: S. GOBBATO, *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in Il Dir. UE, 4/2005, 797 ss.

¹⁹ Interessi che ovviamente non possono avere una natura economica, la cui soddisfazione dipende dal pieno rispetto del principio concorrenziale, inteso come migliore strumento allocativo delle risorse.

realizzazione dell'interesse pubblico coinvolto dall'esercizio di una determinata attività economica.

Il servizio di interesse economico generale, quindi, è un concetto cui gli ordinamenti nazionali possono richiamarsi per giustificare una deroga al regime concorrenziale del mercato.

Invero, il Trattato prevede altre ipotesi in cui la piena operatività del mercato è esclusa in ragione di interessi estranei ad esso. Basti pensare alle deroghe alla libertà di circolazione, limitabile per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica; ovvero all'esercizio di attività connotate anche occasionalmente dall'esercizio di pubblici poteri, ai sensi dell'art. 45 del Trattato. In tal caso, tuttavia, come di recente rilevato²⁰, si tratta di deroghe che consentono un controllo dall'esterno sull'attività produttive in ragione di un bilanciamento tra valori contrastanti già risolto in via normativa dal Trattato, venendo in rilievo soltanto un apprezzamento della limitazione all'esplicazione delle libertà economiche sulla base di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità.

Nel servizio di interesse economico generale, invece, è la stessa attività economica che permette di dare soddisfazione alle esigenze collettive sottese all'attribuzione di una specifica missione pubblica. In sostanza, il soggetto pubblico non interviene ad impedire o circoscrivere una data attività, bensì assegna ad un'impresa il compito di curare il perseguimento di finalità pubbliche attraverso l'imposizione di obblighi particolari: in tale prospettiva, la deroga al

²⁰ M. LOTTINI, *L'art. 86 e il concetto di SIEG come "strumento diretto di liberalizzazione", "ambito di competenza pubblica" e "ambito di pubblica responsabilità": la necessità di un chiarimento*, in www.giustamm.it, 6/2007.

regime concorrenziale non necessariamente deve ricorrere, ma può legittimarsi se opportuna per l'assolvimento della missione.

Il campo di applicazione della norma, quindi, deve essere individuato in ragione della natura economica dell'attività. L'elemento di distinzione rispetto alle comuni prestazioni di servizio, rientranti invece nel campo di applicazione dell'art. 50 (ex art. 60) del Trattato²¹, è costituito allora dalla doverosità della prestazione dipendente da una scelta pubblica: volendo riassumere, con un'efficace argomentazione proposta, sono da considerare servizi di interesse economico generale *“quelli che i pubblici poteri intendono promuovere in vista di condizioni di offerta informate ai principi di continuità, uguaglianza di trattamento, adattamento ai bisogni, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, rimesse alle valutazioni degli Stati membri, ma sempre sotto la vigilanza della Corte di Giustizia”*²².

L'intrinseca capacità delle attività economiche di soddisfare gli interessi generali, evincibile dalla circostanza che il loro ordinario regime giuridico è quello concorrenziale a mente dell'art. 86, comma 1 del Trattato, consente di ritenere che l'individuazione della nozione non debba essere necessariamente condizionata alla presenza di interventi derogatori del mercato²³: del resto, ai servizi di interesse economico generale corrispondono regimi giuridici diversi che

²¹ Tale disposizione trova invece il proprio ampio e residuale campo di applicazione per le prestazioni normalmente fornite dietro retribuzione, se non disciplinate da altre norme del Trattato. Come costantemente rilevato in dottrina, si tratta di una norma finalizzata espressamente ad estendere le regole della libera concorrenza e, pertanto, non riferibile ad attività comunque connotate da profili di pubblicità: in termini, tra gli altri, B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998, 39.

²² Così sono definiti i contorni della nozione da R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006, 33.

²³ In termini, L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, 324 ss; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 33; *contra*, E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, Padova, 2003, 167.

possono andare dalla riserva nella titolarità pubblica dell'attività, alla creazione di un mercato fortemente regolamentato²⁴.

1.2 Le esternalizzazione dei servizi pubblici: moduli privatistici di gestione ed erogazione delle prestazioni di interesse pubblico.

I nuovi equilibri disegnati a livello comunitario hanno prodotto una spinta, sempre più marcata negli ultimi anni, alla riduzione dell'intervento del soggetto pubblico in numerosi settori, anche di rilevante importanza economica²⁵, recedendo l'amministrazione ad un ruolo di regolatore neutro delle attività rimesse al mercato, piuttosto che di diretto produttore e/o gestore. Tale processo, al momento, risulta caratterizzato da due diverse tendenze di politica legislativa: la prima è tesa ad introdurre ambiti di liberalizzazione, sottraendo determinate attività a regimi di riserva pubblicistica; la seconda, che alla lunga è destinata a produrre il medesimo effetto, consiste nella privatizzazione, prima formale e poi sostanziale, di quegli enti pubblici ai quali era affidato il compito di svolgere le attività riservate all'amministrazione.

In questo contesto, le società per azioni rappresentano lo strumento più idoneo per consentire l'ingresso di operatori privati, aprendo ambiti in precedenza rimessi al monopolio pubblico²⁶, nella

²⁴ E' questa la tesi sostenuta da L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, secondo il quale la nozione comunitaria di servizio di interesse generale si riferisce sia a mercati a titolarità pubblica che a mercati regolati.

²⁵ Sul delicato settore della produzione e distribuzione di energia, v. F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005.

²⁶ A riprova dell'assunto, basti considerare che l'art. 2 della legge n. 137/2002 impone la privatizzazione dei servizi erogabili più proficuamente da parte di imprese private, con la contemporanea trasformazione dei soggetti pubblici erogatori in società per azioni o, comunque, previa razionalizzazione e riorganizzazione dei plessi amministrativi deputati

prospettiva di abbandonare – ancorché lentamente – il ricorso a politiche pubbliche dell'economia non meramente regolative e di affidare la produzione ed allocazione di utilità, beni e servizi a meccanismi concorrenziali.

Il passaggio ad un'economia di mercato, tuttavia, non si presenta immediato e repentino, anche per evitare che la forzata dismissione di importanti *asset* del patrimonio pubblico ne possa conseguentemente diminuire il valore: in tal senso, quindi, come di recente rilevato²⁷, le società miste, assolvendo per lo più a tale compito, sembrano apparire come un fenomeno organizzativo del tutto temporaneo e, quindi, destinato a scomparire.

Eppure, se è vero che le forme di collaborazione tra soggetto pubblico e imprenditore rappresentano un modo per avviare la apertura al mercato di settori dove è ancora consistente l'intervento pubblico (ed in questo senso può essere incerta la loro sopravvivenza), esse comunque attendono anche ad un'ulteriore finalità che ne giustifica la perdurante utilità. La necessità di rispondere ad esigenze sempre più complesse e qualificate nello svolgimento di servizi, così come la scarsità di risorse pubbliche, hanno, infatti, imposto alle amministrazioni di avvalersi dell'apporto fornito da imprenditori privati, certamente più attrezzati dal punto di vista sia finanziario che delle competenze professionali e tecniche.

all'erogazione dei servizi da rimettere al mercato. Su tali aspetti, si rinvia a M.A., *Servizi pubblici e ruolo del privato tra istanze solidaristiche e mercato concorrenziale*, in AA.VV. *Le esternalizzazioni*. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli, Genova, 25-27 maggio 2006 (a cura di C. Mignone, G. Pericu, F. Roversi-Monaco), Bologna, 2007.

²⁷ La tesi è stata espressa da G. CAIA nel seminario tenutosi presso l'Università degli Studi Roma Tre, dal titolo *Il modello di partenariato pubblico-privato alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza nazionale e comunitaria: questioni aperte* (11 ottobre 2007), in occasione della presentazione della nuova edizione del Trattato di diritto amministrativo europeo (a cura di M.P. Chiti e G. Greco), Milano, 2007.

Si tratta, appunto, delle ragioni che, anche a livello comunitario, sono all'origine dell'emersione di modelli di partenariato, nei quali la relazione tra ente pubblico ed operatore privato si stabilizza in vista della realizzazione di opere o di gestione di attività²⁸.

Sebbene tali modalità di collaborazione possano operare in numerosi ambiti dell'azione pubblica, la necessità di sviluppare le suddette sinergie emerge in particolare per la realizzazione di infrastrutture (basti pensare alla finanza di progetto o alla concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche) e per l'approntamento dei servizi pubblici locali, in quest'ultimo caso dovuta alla situazione di notoria penuria di mezzi finanziari ed adeguate professionalità in cui versano gli enti locali.

L'opportunità di ricorrere al partenariato²⁹, evidentemente, rinviene il proprio fondamento nella possibilità di svolgere le attività di servizio con il contributo economico e tecnico fornito dal *partner*, così incrementando il *know how* senza, al contempo, dover necessariamente abbandonare il settore. L'operazione, ovviamente, deve essere condotta nella cornice normativa comunitaria secondo la quale sono

²⁸ Per un'analisi accurata del fenomeno si rinvia agli atti del convegno organizzato dall'I.I.S.A. il 28 gennaio 2005, raccolti nel volume a cura di M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna 2005; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in merito al c.d. Partenariato pubblico-privato (PPP)*, in www.giustamm.it.

²⁹ Si intendono per operazioni di partenariato quelle in cui <<1. è intrinseca al tipo la durata relativamente lunga della collaborazione; 2. il finanziamento del progetto è garantito, anche se non in modo esclusivo, dal settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti; 3. l'operatore economico partecipa a varie fasi del progetto (non solo la sua realizzazione, ma appunto la progettazione, il finanziamento) e il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi e sul controllo del loro rispetto; 4. è caratterizzante il tipo di ripartizione dei rischi tra partner pubblico e partner privato, in relazione alla disciplina della gestione dell'infrastruttura realizzata>>: v. A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2005, 1204. L'A., inoltre, mette in luce come, a livello comunitario, si assista ad una progressiva assimilazione dei servizi pubblici (ossia rivolti al pubblico) con i servizi strumentali (cioè per l'amministrazione).

vietati aiuti di Stato e disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private³⁰: in altri termini, l'attuazione di forme di partenariato non può essere intesa come strumento di aggiramento o elusione delle regole della concorrenza.

Come rilevato, quindi, *“il partenariato pubblico-privato costituisce invero soltanto un'altra espressione della tendenza ad imprenditorializzare la gestione dei servizi di interesse pubblico, in sostituzione non già dell'affidamento a terzi, ma della gestione diretta o attraverso istituzioni o aziende municipalizzate”*³¹.

In tal senso, infatti, va rimarcato che la mera presenza del capitale pubblico nel patrimonio sociale non vale di certo a legittimare privilegi o pratiche anti-concorrenziali, dal momento che la società partecipata, alla pari di qualsiasi altro operatore del settore, è soggetta al rischio di impresa, dovendo conseguire i minimi obiettivi di redditività.

Sul punto, deve considerarsi che, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, il principio concorrenziale rientra appieno tra i fondamenti della costituzione economica³², costituendo ormai un

³⁰ Del resto, è noto che il processo di privatizzazione delle imprese pubbliche si è in concreto realizzato una volta che queste sono state poste realmente in parità con le imprese private, essendo venuta meno la ragion d'essere dell'intervento pubblico in economia, ossia la presenza di un regime derogatorio della concorrenza. Su questi aspetti, v. V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario 2006, 747 ss.

³¹ v. M.A. SANDULLI, op. ult. cit., 68.

³² In ordine alla incidenza dei principi comunitari sulla disciplina costituzionale delle attività economiche, così come delineata dagli artt. 41 e 43 della Costituzione, si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *I servizi pubblici di rilievo economico*, in AA.VV. *Le esternalizzazione*. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli, Genova, 25-27 maggio 2006 (a cura di C. Mignone, G. Pericu, F. Roversi-Monaco), Bologna, 2007, 109 ss. In particolare, l'A. rileva come i <<principi costituzionali (invero al loro interno contraddittori), nel vigente ordinamento risultano almeno in parte sostituiti dai principi che nella nostra materia pone il Trattato europeo, e ancora più incisivamente la giurisprudenza della Corte di Giustizia>> (112). Per un'attenta disamina, anche storica, circa la valenza del principio concorrenziale in rapporto agli equilibri con gli altri valori di rango costituzionale, nonché sull'individuazione del corretto

cardine necessario delle discipline legislative relative ad attività produttive o commerciali, ancorché connotate da profili di interesse pubblico³³.

Il nuovo testo dell'art. 117, comma 1, della Costituzione, al riguardo, prevede che la tutela della concorrenza sia di competenza esclusiva dello Stato³⁴. Come rilevato dalla Corte Costituzionale nelle recenti sentenze pronunciate in materia³⁵, la concorrenza – quale competenza trasversale incidente in ogni ambito di rilevanza economica – comporta interventi normativi non soltanto volti alla protezione di assetti competitivi, ma altresì ad incentivare il superamento di regimi monopolistici attraverso adeguate forme di promozione. Ne consegue che la tutela della concorrenza di cui all'art. 117 Cost. non si limita alla sola accezione statica del termine, ossia alla predisposizione di garanzie di tipo regolatorio con le quali assicurare il

ancoraggio normativo, si rinvia a: M. ANTONIOLI, *Concorrenza e antitrust: aspetti pubblicistici*, in Trattato di diritto amministrativo europeo (a cura di M.P. Chiti e G. Greco), Milano, 1997, Parte Speciale, Vol. I, 601 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, relazione tenuta al Convegno Analisi economica e diritto amministrativo, Venezia, 28-29 settembre 2006, pubblicata sul sito dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. In considerazione della vastità di tale argomento, ai fini del presente lavoro si ritiene sufficiente semplicemente accogliere il naturale portato dell'affermazione del principio concorrenziale, a prescindere dall'inquadramento costituzionale, con il conseguente recepimento degli indirizzi giurisprudenziali della Corte di Giustizia.

³³ In merito, per un'interessante ricostruzione di tale questione, si rinvia a: L. LAMBERTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali nella costituzione riformata e la tutela della concorrenza*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

³⁴ In ordine al rapporto tra valore costituzionale della concorrenza e servizi pubblici locali, v. A. ZITO, *Questioni "vecchie" e "nuove" in tema di servizi pubblici locali: considerazioni introduttive*, in Studi in onore di Giorgio Berti, Napoli, 2005, Vol. III, 2607 ss.

³⁵ Cfr. Corte Costituzionale, 1 febbraio 2006, n. 29; Corte Costituzionale 3 marzo 2006 n. 80; Corte Costituzionale, 27 luglio 2004, 272, con i commenti di A. POLICE – W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in Serv. pubbl. e appalti, 2004, 831 ss.; G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in www.lexitalia.it, 7/8, 2004; Corte Costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14. Per un esame complessivo della giurisprudenza della Consulta in tema di servizi pubblici, si rinvia a: E. BOSCOLO – M. CAFAGNO, *Lo "Stato dispensatore": le prestazioni di servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in AA.VV. *Diritto amministrativo e Corte costituzionale* (a cura di G. della Cananea e M. Dugato), Napoli, 2006.

ripristino di precedenti equilibri violati; essa, invece, intesa in senso dinamico, deve comprendere le misure di riduzione di tali squilibri e, quindi, lo sviluppo del mercato anche in settori coperti da riserva.

Nei pronunciamenti della Consulta, in sostanza, è dato cogliere il processo evolutivo che impone alle amministrazioni, in conformità con le indicazioni comunitarie, di assumere il ruolo di arbitro del corretto andamento di mercati liberalizzati, privilegiando la previsione di poteri di regolazione e vigilanza, piuttosto che quello di concreto produttore di beni o di gestore di attività attraverso il ricorso ad imprese pubbliche³⁶.

Del resto, un maggiore coinvolgimento dei privati – principalmente nella erogazione di servizi pubblici – trova ulteriore conforto nel principio di sussidiarietà³⁷, affermatosi a livello comunitario e recepito nell'art. 118 della Carta costituzionale, secondo il quale va privilegiata l'autonoma iniziativa dei cittadini nello svolgimento di attività di interesse generale: per quanto attiene tale settore, quindi, non è soltanto la rinnovata costituzione economica a spingere verso l'apertura al mercato, ma anche il modello solidaristico di tipo partecipato a giustificare l'ingresso dei privati nella gestione dei servizi.

³⁶ L'esigenza di pervenire a profonde riforme legislative volte alla liberalizzazione di settori riservati, soprattutto in riferimento ai servizi pubblici locali, è stata più volte sottolineata dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato nelle note del 19 settembre 2005 e del 28 marzo 2006, ed è alla base del disegno di legge delega A 772/06, cd. ddl Lanzillotta, meglio analizzato nel successivo Capitolo IV del presente lavoro.

³⁷ In tema di sussidiarietà si rinvia a: G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in AA.VV. Studi in onore di Giorgio Berti, Napoli, 2005, I, 179 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in Enc. Giur., agg., XII, Milano 2004; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in Quaderni cost. 2001, 13 ss.; P. DURET, *Sussidiarietà e auto-amministrazione dei privati*, Padova, 2004; G. PASTORI, *Le trasformazioni dell'amministrazione e il principio di sussidiarietà*, in Quad. reg., 2002, 59 ss. Del resto, lo stesso Libro Bianco della Commissione europea sui Servizi di interesse generale afferma che questi <<devono essere organizzati e regolati nella maniera più prossima possibile ai cittadini e che il principio di sussidiarietà deve essere strettamente rispettato>>.

1.3 Il servizio pubblico: nozioni, caratteri e innovazioni.

Il rapporto tra servizi di interesse generale e concorrenza ha determinato la riconsiderazione della stessa nozione di servizio pubblico, di cui si ritiene opportuno dare conto, dovendo necessariamente definire il panorama giuridico nel quale individuare le legittime modalità di attuazione delle forme di partenariato per quanto attiene la gestione ed erogazione delle prestazioni di interesse pubblico. In tale ambito, infatti, si sono poste all'attenzione degli operatori le problematiche più complesse scaturenti dall'interrelazione tra esigenze pubblicistiche e libertà economiche private, con riferimento particolare agli affidamenti *in house* ed a società partecipate, anche alla luce di un quadro normativo farraginoso e di orientamenti della giurisprudenza, nazionale e comunitaria, di difficile lettura³⁸.

Come noto, l'assenza di una nozione forte di servizio pubblico in Italia ha determinato sovente l'impiego di tale categoria per ricondurre ad unità settori dell'azione amministrativa, accomunati unicamente dalla circostanza di essere soggetti a discipline derogatorie o speciali³⁹: anche la recente riforma costituzionale, di cui alla legge costituzionale n. 3/2001, non ha introdotto nella principale fonte normativa alcuna menzione dei servizi pubblici, essendo invece

³⁸ Sul punto, v. M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in Giorn. dir. amm., 9/2003, 930 ss.

³⁹ E' comune in dottrina il rilievo secondo il quale la nozione si caratterizzerebbe per la propria indeterminatezza: v. F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 7. L'assunto, del resto, è risalente nel dibattito dottrinale: v. A. DE VALLES, *I pubblici servizi e gli utenti*, in Riv. dir. pubbl. 1934, 435; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, III ed., 1912, 357.

“disgregata nei singoli settori in essa tradizionalmente ricompresi o dissimulata dietro al formula dei livelli essenziali delle prestazioni”⁴⁰.

Del resto, la stessa sopravvivenza della nozione – in quanto ancorata alla sussistenza di un regime di riserva – è stata posta in dubbio in conseguenza della consistente influenza esercitata dal diritto comunitario sull’accentuazione del processo di eliminazione di monopoli pubblici⁴¹.

Al fine di definire un parametro normativo comune per tradizioni giuridiche notevolmente differenziate, l’Unione europea ha esaltato l’aspetto funzionale del servizio pubblico⁴², ossia il perseguimento di una missione di interesse generale, ricollegandolo però ad un assetto economico concorrenziale, ove, a presidio delle libertà dei privati, valgono i principi di non discriminazione e di neutralità della veste pubblica dell’imprenditore⁴³. Degli aspetti proprio del *service public*, invero, rimangono le garanzie rappresentate dagli obblighi di servizio imposti ai gestori, con i quali si intende assicurare le esigenze pubbliche di continuità, uguaglianza di trattamento ed adattamento ai bisogni della comunità.

⁴⁰ v. A MASSERA, *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici: verso una nuova stagione?*, in AA.VV. *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali* (a cura di G. Falcon), Padova, 2005, 170, cui si rinvia anche per l’ampia bibliografia ivi citata.

⁴¹ L’argomento è trattato in modo approfondito in G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, 289 ss.; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003, 159 ss.; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, 147 ss.

⁴² Nello stesso senso, l’approccio pragmatico è tipico degli organi comunitari, come dimostrato dall’adesione alla logica funzionale anche nella definizione della nozione di pubblica amministrazione: basti al riguardo considerare l’evoluzione della categoria dell’organismo di diritto pubblico, su cui infra.

⁴³ Sul punto, v. G. DI GASPARE, *Monopolio e competizione nei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it; G. PITTALIS, *Regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici locali: un principio vincolante per Stato e Regioni*, in www.giustamm.it.

Nella corposa giurisprudenza comunitaria formatasi sull'applicazione dell'art. 86 del Trattato⁴⁴, nonché sugli aiuti di Stato, quindi, sembra emergere un quadro nitido circa i compiti ed i ruoli propri di ciascun soggetto coinvolto nella gestione del servizio pubblico. In questo contesto, nel voler sinteticamente riassumere le conclusioni cui è giunta la Corte di Giustizia, il soggetto pubblico è chiamato a svolgere soltanto funzioni di regolazione al fine di contemperare le esigenze privatistiche di conseguimento di utilità economiche con gli interessi della comunità, anche favorendo la realizzazione di condizioni di piena concorrenzialità tramite il superamento dei assetti monopolistici; l'affidatario del servizio svolge il compito di gestione del servizio adottando i comportamenti propri di un normale soggetto economico; gli utenti, in quanto destinatari di prestazioni di interesse pubblico soddisfatte attraverso l'imposizione di obblighi di servizio, sono posti in posizione paritaria rispetto al gestore e, quindi, titolari di veri e propri diritti all'erogazione dei servizi⁴⁵.

Sebbene le recenti evoluzioni dell'ordinamento comunitario testimonino una crescente attenzione al modello europeo di società, nel quale l'equilibrio del rapporto amministrazione (poteri pubblici) - amministrati (iniziativa economica) è fortemente influenzato dal ruolo fondamentale svolto dal servizio pubblico, quale fattore di coesione

⁴⁴ Su tutte, v. le conclusioni raggiunte nelle sentenze della Corte di Giustizia, cd. *Corbeau e Altmark*, già analizzate nel primo paragrafo.

⁴⁵ Sui rapporti di utenza, si rinvia a G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001; nonché a A. MASSERA – C. TACCOLA, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici*, (a cura di A. Massera), Pisa, 2004.

sociale⁴⁶, pur tuttavia si ritiene che la predetta ripartizione di compiti non sia affatto stata superata, venendosi soltanto ad imporre una maggiore considerazione dei poteri attribuiti al soggetto pubblico nella regolazione “forte” del settore⁴⁷. Ciò soprattutto per un aspetto essenziale, ossia l’adattamento del servizio ai bisogni, in ragione del quale l’amministrazione non può che recuperare quelle prerogative pubblicistiche sottese a strumenti giuridici di diritto amministrativo, piuttosto che di diritto civile. La stabilità del vincolo contrattuale, infatti, non può costituire ostacolo al mutamento delle condizioni di svolgimento del servizio, purché, evidentemente, le deroghe alla disciplina pattizia siano adeguatamente motivate sulla base di certe, dimostrate e sopravvenute esigenze dell’utenza, nonché sia indennizzato il sacrificio economico imposto al gestore⁴⁸.

Allo stato, la disquisizione sull’autonomia della nozione di servizio pubblico sembra avere una portata minore per i grandi servizi nazionali o, comunque, per i servizi caratterizzati dalla presenza di reti ed infrastrutture non duplicabili, in quanto il quadro normativo si compone di direttive comunitarie specifiche che lasciano residui margini di adattamento a livello nazionale, soprattutto per quanto concerne la netta separazione del regime giuridico relativo agli impianti rispetto a quello di erogazione delle prestazioni al fine di

⁴⁶ Sono molti i commenti che danno conto di tale evoluzione, i cui cardini essenziali sono rappresentati dall’art. 16 del Trattato, dall’art. 36 della Carta europea dei diritti e dall’art. III-6 del progetto di Costituzione europea.

⁴⁷ Efficace, in tal senso, è il rilievo secondo cui «Lo Stato senza qualità dell’era post-moderna sembra così poter (ri)trovare un suo centro nelle forme di uno Stato responsabile, che sappia predisporre e vigilare sulle condizioni opportune per una adeguata valorizzazione dell’individuo e della sua pluralità sociale: (...)»>, in A. MASSERA, op ult. cit. 180.

⁴⁸ Sul punto, quindi, si dimostra imprescindibile una definizione dei contenuti del contratto di servizio che non irrigidisca, oltre lo stretto necessario, il rapporto tra amministrazione e gestore, prevedendo modalità di revisione delle clausole pattizie trasparenti e partecipate. Del resto, il servizio pubblico si connota per la scelta politica sulla quantità e qualità delle prestazioni da erogare in rapporto alle esigenze della comunità.

superare le condizioni di monopolio naturale. Diversamente a dirsi, invece, per i servizi pubblici locali, la cui ristretta dimensione non consente all'ordinamento comunitario di intervenire direttamente⁴⁹, anche se, come autorevolmente rilevato, quest'ultimo produce comunque effetti riflessi, esportando un modello cui tendono a conformarsi anche le realtà locali⁵⁰.

In tale ambito, sottratto all'applicazione del diritto comunitario derivato, ma comunque conformato ai principi generali espressi dal Trattato, l'amministrazione pubblica continua a godere di una consistente possibilità di intervento, rappresentata, prima ancora che dall'affidamento della gestione, proprio dalla potestà di assumere una determinata attività quale servizio⁵¹: un potere che, tuttavia, viene ad essere sempre più eroso sia da processi di aggregazione economica che tendono a spostare le decisioni verso livelli di governo superiore, sia dalla diretta applicazione delle normative speciali dettate per i servizi a

⁴⁹ La considerazione secondo la quale i servizi pubblici locali non sono investiti dalla normativa comunitaria, non costituendo un mercato rilevante in tal senso, è pacifica in dottrina: v. A. TRAVI, *Servizi pubblici locali tra diritto comunitario e modelli nazionali*, in AA.VV. *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali* (a cura di G. Falcon), Padova 2005.

⁵⁰ In relazione all'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali in rapporto al diritto comunitario, v. F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007; nonché, L. AMMANNATI – F. DI PORTO, *I servizi pubblici locali in Italia: quale regolazione?*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

⁵¹ Sul punto, si ritiene di aderire alla nozione soggettiva “temperata” di servizio pubblico, così come rielaborata dalla recente dottrina, secondo la quale – ai fini dell'individuazione di tale categoria – è dirimente il momento soggettivo dell'assunzione del servizio, potendo poi le attività di interesse pubblico essere concretamente gestite dal privato a seguito di affidamento. Il profilo pubblicistico, quindi, rileva nella decisione di attrarre attività economiche ad un regime di riserva sottraendole al mercato, fermo restando che tale possibilità deve comunque essere rispettosa dei principi di proporzionalità e ragionevolezza in rapporto al perseguimento della missione, diversamente incorrendosi in una palese violazione dell'art. 86.2 del Trattato. In merito al vasto dibattito dottrinario sulla nozione soggettiva o oggettiva del servizio pubblico, non potendo dar conto esaurientemente di tutte le posizioni affermatesi, sia consentito rinviare a: A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Dir. amm.* 1/2007, 79 ss.

rilevante contenuto economico (basti pensare ai settori dei trasporti, dell'acqua, dell'energia e del gas ovvero ai rifiuti urbani)⁵².

Ad ogni modo, si ritiene che l'emersione a livello comunitario della nozione di servizio pubblico (*recte* servizio di interesse economico generale) fortemente ancorata al mercato⁵³, costituisca comunque un limite insuperabile anche per le amministrazioni locali in ordine alla decisione sull'opportunità di assumere in mano pubblica alcune attività di natura economica. La scelta pubblica di sottoporre un mercato alla titolarità pubblica ovvero ad una etero-regolamentazione (ossia l'imputazione soggettiva), infatti, riposa su valutazioni contingenti e storicamente determinate relative alla sufficienza del mercato ad assicurare le finalità di interesse pubblico (ossia l'elemento oggettivo della proporzionalità e della ragionevolezza): il soggetto pubblico, quindi, non arretra a fronte della valorizzazione del principio

⁵² Chiara sul punto appare la notazione secondo la quale i mercati comunali sono di dimensioni modeste, non in grado di sopportare i costi di una regolazione pro-concorrenziale e, pertanto, alla realizzazione di un regime concorrenziale si perviene per altra via, atteso che «Il legislatore ha preso atto che il mercato rilevante non può essere comunale e ha fatto rinvio alle normative di settore, cioè a normative che identificano mercati rilevanti per singoli servizi pubblici anche erogati in sede locale»: v. F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in Dir. amm., 1/2004, 50.

⁵³ E di tanto ne è prova l'architettura complessiva che ha a fondamento l'art. 86 del Trattato, nella lettura datane dalla costante giurisprudenza comunitaria, laddove ogni offerta di beni e servizi costituisce un'attività potenzialmente economica. La missione di interesse generale, quindi, risulta neutra rispetto alla natura del servizio, potendo anche coesistere aspetti economici con profili sociali. In breve, quindi, quando una prestazione non ha mercato (*market failure*) si legittima l'intervento derogatorio rispetto alle regole della concorrenza: in tale ottica, diviene essenziale definire la soglia del mercato di riferimento, posto che «se si può variare il perimetro del mercato rispetto all'attività concretamente in atto, si consente più facilmente ad uno Stato, invocando l'art. 86, comma 2, del Trattato, di escludere la concorrenza anche per l'ambito del settore che ha carattere tipicamente economico», B. BOSCHETTI – A.D. CORTESI – R. MASSARO - I. SEVERINO, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza*, in AA.VV. Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali, (a cura di G. Falcon), Padova, 2005, 206, cui si rinvia anche per un generale inquadramento della tematica sia dal punto di vista giurisprudenziale che dottrinario.

concorrenziale, ma da questo è condizionato nella scelta degli ambiti e delle forme dell'intervento⁵⁴.

⁵⁴ Si consideri quanto acutamente rilevato da autorevole dottrina che, nel commentare in senso critico la cd. contro-riforma dei servizi pubblici locali, operata con l'art. 14 della legge 24 novembre 2003 n. 326 s.m.i., ha precisato come, in assenza dell'individuazione di un preciso contenuto di tale nozione, il richiamo al principio di sussidiarietà comporta che << la definizione di un limite all'intervento pubblico è conseguente all'applicazione delle regola che gli enti locali dovrebbero occuparsi dei servizi soltanto se lo svolgimento in regime di concorrenza "nel" mercato non garantisce la regolarità, continuità e qualità del servizio. (...) In tal caso ad essi sarebbe affidato il compito di individuare la forma più adeguata di regolazione all'interno di una gamma di strumenti che include la concorrenza "per" il mercato mediante gara, il sostegno alle attività attraverso la erogazione di sussidi e compensazioni oppure la regolazione diretta del monopolista (in particolare dei prezzi e della qualità del servizio) o altre forme ancora>>: v. L. AMMANNATI, *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 8/2004, 907.

Capitolo II

L'in house providing

2.1. L'evidenza pubblica come strumento per garantire sia il rispetto del principio concorrenziale che l'imparzialità e il buon andamento.

Nella creazione del mercato unico, il processo di integrazione comunitaria ha comportato sin dalle origini una forte attenzione al ruolo svolto dalle pubbliche amministrazioni in ragione della consistente influenza esercitata sulla determinazione della domanda di beni e servizi. Come noto, infatti, la rilevanza economica della spesa pubblica per l'approvvigionamento di risorse e prodotti strumentali allo svolgimento delle attività istituzionali incide profondamente sui livelli di produzione, al punto tale che gli stessi comportamenti negoziali degli enti pubblici, variamente considerati, possono assumere la funzione di veri e propri strumenti di politica economica⁵⁵.

Alla stregua di qualsiasi attività avente rilievo economico, pertanto, l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni è soggetta al rispetto dei principi fondamentali contenuti nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea, così da limitare entro confini ristrettissimi la discrezionalità delle scelte effettuate dalla pubblica committenza e prevenire possibili abusi e/o privilegi in favore di operatori nazionali, frutto di politiche protezionistiche degli Stati membri.

⁵⁵ I recenti dati forniti dalla Commissione dell'Unione europea in ordine alla domanda pubblica di beni e servizi evidenziano come questa raggiunga una quota rilevante del mercato europeo, pari quasi al 14% del prodotto interno lordo sviluppato nel continente. Sul punto, v. G. CUSUMANO – F. GATTUCCIO, *Gli appalti pubblici nelle norme internazionali e comunitarie: affidamenti diretti ex art. 6 della direttiva 92/50*, in *Amministrare*, 3/2006, 299.

Vengono in gioco, di conseguenza, i principi di *non discriminazione fondata sulla nazionalità*, sancito dall'art. 12.1 (ex art. 6.1) e posto a presidio della libertà di iniziativa economica degli operatori dei paesi appartenenti all'Unione, la cui piena esplicazione richiede la sussistenza di concrete ed effettive condizioni di parità di trattamento; di *libera circolazione delle merci*, di cui agli artt. 28 e 29 (ex artt. 30 e 31), diretto a contrastare qualsiasi intervento di restrizione quantitativa delle importazioni; di *libertà di stabilimento*, previsto dall'art. 43 (ex art. 52), attraverso il quale si riconosce ai cittadini dell'Unione il diritto di impiantare la propria attività in qualsiasi Stato membro, di talché è fatto divieto di disporre politiche di differenziazione diretta (ad esempio, imponendo obblighi particolari soltanto per le imprese straniere) ovvero indiretta (garantendo posizioni di vantaggio per le imprese nazionali); in ultimo, di *libera prestazione dei servizi*, contenuto nell'art. 49 (ex art. 59), a fronte del quale le imprese dell'Unione devono essere messe in condizione di erogare le proprie prestazioni, anche temporaneamente, nel territorio di qualsiasi Stato membro.

Nella cornice delineata dalle disposizioni del Trattato, sicuramente vincolanti ma non abbastanza precise da individuare specifiche regole di comportamento, l'obiettivo della creazione del mercato unico è stato perseguito con l'introduzione di discipline normative tese a conferire un assetto normativo comune alla materia degli appalti pubblici. L'intento di tale processo normativo, evidentemente, è stato quello di implementare, in una prima fase, e consolidare, in una successiva, condizioni di piena concorrenzialità tra gli operatori interessati a competere per la fornitura di servizi e beni in

favore della pubblica committenza, così sostanziando quelle libertà economiche solennemente sancite nel Trattato⁵⁶.

L'evoluzione della disciplina derivata ha portato alla predisposizione di procedure sempre più stringenti e vincolanti: se in un primo momento, intorno agli anni '70, con le direttive cd. di prima generazione, si è fornito un primo *corpus* normativo in materia di appalti di lavori, servizi e forniture nonché nei servizi esclusi, la costante violazione degli obblighi di pubblicità ed il ricorso ad aggiudicazioni non concorrenziali hanno fatto emergere la necessità di accentuare il tasso di precisione dei meccanismi di gara, meglio specificati nelle direttive di cd. seconda generazione (ossia le direttive 93/36/Cee per le forniture, 92/50/Cee per i servizi, 93/37/Cee per i lavori e 93/38/Cee per i settori esclusi). Il processo, poi, è culminato nella predisposizione di un testo coordinato (direttiva 2004/18/Ce per i settori ordinari e 2004/17/Ce per i settori speciali⁵⁷), che consente di superare possibili discrasie ed incongruenze tra i sistemi di gara, in precedenza disciplinati dalle varie normative con alcune irragionevoli differenze non giustificate dalla diversità dei settori di intervento, nonché permette di semplificare le procedure, con modifiche e snellimenti finalizzati a velocizzare gli affidamenti.

Il presupposto essenziale perché trovino applicazione le norme comunitarie in materia di appalti pubblici è la sussistenza di un'attività

⁵⁶ Costituisce un'affermazione costante della Corte di Giustizia che le direttive in materia di appalti si pongono l'obiettivo <<di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nelle attribuzioni di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali, o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche>> (cfr. Corte di Giustizia, 22 maggio 2003, C-18/01, in Foro amm. CDS, 2003, 2497 con nota di L. PERFETTI; in termini anche, Corte di Giustizia 3 ottobre 2000, C-380/98, in Urb. e app. 2001, I, 45).

⁵⁷ Le direttive di ultima generazione sono state recepite nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici),

contrattuale da parte delle pubbliche amministrazioni. Esse, in sostanza, fissano una serie di garanzie procedurali e sostanziali intese ad evitare discriminazioni nella stipulazione di negozi sinallagmatici a carattere oneroso, di modo che i comportamenti dell'amministrazione, quale acquirente di beni e prestazioni presenti sul mercato, siano necessariamente improntati a finalità di massimizzazione dell'efficienza economica e di imparzialità, garantite in via preminente dalla realizzazione di condizioni di piena concorrenzialità: in tal senso, la disciplina comunitaria appare esclusivamente diretta ad assicurare la neutralità delle scelte che conducono alla determinazione della "domanda pubblica" di beni e servizi.

Si è in presenza di un ambito di azione della pubblica amministrazione privo di connotati pubblicistici se non per la peculiare natura del soggetto acquirente: le finalità di interesse generale, quindi, incidono sui comportamenti negoziali soltanto in via mediata, ossia per la circostanza che questi sono tesi all'acquisizione di quell'insieme di dotazioni, beni e servizi strumentali all'esercizio dei compiti istituzionali. Le ragioni della concorrenzialità, quindi, finiscono per il collimare con le esigenze sottese alle procedure ad evidenza pubblica: il confronto trasparente e paritario fra più operatori se, da un lato, costituisce la condizione imprescindibile per assicurare l'esplicazione delle libertà economiche dei privati, dall'altro permette di reperire sul mercato prodotti selezionati unicamente sulla base di valutazioni fondate sui profili qualitativi e del prezzo, così favorendo il contenimento dei costi e l'efficienza amministrativa. Si può dire, pertanto, che il principio di concorrenza di derivazione comunitaria non soltanto non è in contrasto, ma anzi si pone in linea con i principi

costituzionali di imparzialità e buon andamento, che informano l'amministrazione.

2.2. L'ampliamento della nozione di pubblica amministrazione: l'organismo di diritto pubblico e la deroga alla gara in caso di affidamento di servizi ai sensi dell'art. 6 della direttiva 92/50/Cee

In questa prospettiva ben si comprende lo sforzo della giurisprudenza comunitaria e, di riflesso, di quella nazionale, volto ad ampliare il campo di applicazione della normativa in materia di contratti pubblici, mediante un'interpretazione estensiva della nozione di amministrazione aggiudicatrice ed, in particolare, di organismo di diritto pubblico⁵⁸.

Come noto, il ricorso a tale figura soggettiva nasce dalla necessità di individuare una nozione residuale di committente pubblico onde prevenire facili elusioni della normativa comunitaria⁵⁹, consentendo di ricollegare ad essa anche soggettività non agevolmente inquadrabili qualora si acceda ad una lettura fortemente dicotomica tra pubblico e privato. Di qui, evidentemente, una formulazione normativa dei requisiti integranti la fattispecie oltremodo generica e

⁵⁸ L'elaborazione dottrina sugli organismi di diritto pubblico è oramai sconfinata, annoverando saggi di autorevoli studiosi che, anche sulla spinta della continua opera ermeneutica effettuata dalla Corte di Giustizia al fine di darne contorni compiuti e certi, si è interrogata sugli elementi definatori e caratterizzanti tale figura soggettiva. Non potendo dar conto in modo esaustivo della produzione in materia, sia consentito rinviare a L.R. PERFETTI – A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di giustizia della Comunità europee, Sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in Dir. amm., 1/2004, 135 ss.; D. MARRAMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico*, in Dir. amm. 2000, 585 ss.

⁵⁹ Le direttive di prima generazione, infatti, conoscevano soltanto la figura degli enti "equivalenti" a quelli pubblici: l'incertezza che sussisteva in ordine alle condizioni di equivalenza aveva consentito la sottrazione dell'applicazione della disciplina sugli appalti con riferimento alle soggettività ibride, non agevolmente riconducibili alla nozione di ente pubblico.

flessibile, intesa a favorire i necessari adattamenti agli ordinamenti interni al fine di meglio rispondere alla predetta ottica “inclusiva”, così da assicurare l’effetto utile della disciplina sugli appalti pubblici⁶⁰.

Si tratta di organismi che, anche se aventi veste societaria: a) siano istituiti per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; b) abbiano personalità giuridica; c) espletino attività finanziate in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure siano gestiti sotto il controllo di tali enti, ovvero siano governati da organi (consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza) costituito in maggioranza da componenti designati da enti pubblici. Si è in presenza di requisiti che, per giurisprudenza costante, devono ricorrere cumulativamente⁶¹.

Allo stato, una precisa definizione degli elementi costituenti la fattispecie si rinviene nella sentenza della Corte di Giustizia, 23 maggio 2003, resa nella causa C-18/01, *Taitotalo*⁶², con la quale sono

⁶⁰ Le discipline di aggiudicazione costituiscono, in tal senso, un controllo artificiale sull’impiego delle risorse pubbliche, non essendo attuabile quel controllo naturale proprio dei mercati perfettamente concorrenziali. In merito, v. A. CALLEA, *Gli affidamenti in house*, in *Amministrare*, 3/2006, 350, laddove si rileva che «<nei confronti di tali organismi, invero, permane la convinzione che le regole di mercato non riescano ad affermarsi naturaliter, anche ove si tratti di organizzazioni per gran parte disciplinate dal diritto privato, ma utilizzate e strutturate dalle pubbliche amministrazioni per il perseguimento di interessi pubblici>>».

⁶¹ Cfr. Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, causa C-360/96, *Bfi Holding*, in *Foro amm.* 1999, 1675 con nota di B. MAMELI; Corte di Giustizia, 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e 260/99, *Agorà ed Excelsior*, in *Giorn. dir. amm.* 2001, 9, 899 con nota di M.P. CHITI; Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley*, in *Giuri. it.* 2003, 1687 con nota di R. CARANTA.

⁶² Corte di Giustizia, Sez. V, 22 maggio 2003, causa C-18/01, in *Foro amm. CdS*, 2003, con nota di L. PERFETTI, *Organismi di diritto pubblico e rischio di impresa*, 2498 ss. La Corte di Giustizia delinea un preciso criterio metodologico da seguire per accertare in concreto se un determinato soggetto possa o meno rientrare nella categoria di organismo di diritto pubblico, dovendosi compiere due operazioni distinte, l’una consequenziale rispetto all’altra. In primo luogo, occorre verificare se un ente – ovviamente dotato di personalità giuridica e soggetto ad influenza pubblica – svolga attività diretta a soddisfare interessi generali: successivamente, appurata la prima condizione si deve procedere a valutare se tali bisogni abbiano o meno carattere industriale o commerciale.

state fornite risposte all'esigenza, fortemente avvertita, di chiarezza in merito al primo dei requisiti richiesti, ossia al carattere dei bisogni che l'ente mira a soddisfare.

L'arresto giurisprudenziale afferma che i bisogni di interesse generale aventi natura industriale o commerciale costituiscono una sotto-categoria dei bisogni di interesse generale, posto che diversamente opinando, e cioè ritenendo che tutti i bisogni di interesse generale siano di per sé privi di carattere economico, la previsione normativa non avrebbe senso alcuno. Ne deriva che sia l'attività diretta alla cura dell'interesse pubblico, sia quella strumentale a tale fine, perché ne determina le condizioni di realizzazione, assumono rilievo ai fini qualificatori in quanto entrambe sono idonee a perseguire finalità pubbliche: ciò, del resto, a prescindere dalla circostanza che il soggetto in questione abbia veste privata, costituendo il regime concorrenziale unicamente un indizio della natura industriale o commerciale del bisogno di interesse generale⁶³.

Al riguardo, la Corte evidenzia che *“se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue uno scopo di lucro, e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale”*⁶⁴. In tal senso,

⁶³ Nella ricostruzione fornita dalla Corte di Giustizia, il bisogno di interesse generale non commerciale o industriale di regola non è garantito dall'ordinario funzionamento del mercato, secondo le logiche concorrenziali di produzione ed offerta di beni e servizi: di talché è lo Stato a provvedere direttamente al soddisfacimento di tali bisogni, conservando un'influenza determinante. Tuttavia, ciò non vuol dire che l'esistenza di un regime concorrenziale costituisca una condizione ostativa a che un ente segua logiche anti-economiche, come – di converso – non è necessario che i bisogni per i quali sia istituito l'organismo di diritto pubblico non possano essere soddisfatti da imprese private, altrimenti la nozione non avrebbe alcun senso.

⁶⁴ Cfr. Corte di Giustizia, 23 maggio 2003, causa C-18/01, punto 51. Viene così abbandonato il criterio finalistico – funzionale che aveva caratterizzato la giurisprudenza comunitaria ma che aveva determinato evidenti perplessità interpretative (sul punto cfr. F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? Brevi note*

l'elemento discriminante per verificare la ricorrenza del primo dei requisiti qualificatori della nozione di organismo di interesse pubblico è dato dalle concrete modalità operative del soggetto, dalle condizioni in cui agisce e quindi da tutte quelle circostanze che permettono di evidenziare se il soggetto persegua uno scopo di lucro e, in ragione di questo, assuma i correlativi rischi economici: se il finanziamento pubblico soccorre ad evitare che un ente fallisca, evidentemente l'interesse generale è prevalente, ipotesi che vale ad escludere di per sé che il bisogno abbia carattere commerciale o industriale.

E' il metodo economico, inteso come copertura dei costi di produzione tramite i corrispettivi derivanti dalla collocazione sul mercato dei beni o dei servizi, a qualificare l'ente come soggetto privato, come tale avulso dalla logica sottesa alla normativa appalti. Un'azione improntata alle regole proprie dell'operatore imprenditoriale, infatti, si dimostra sufficiente garanzia della correttezza e della trasparenza dei comportamenti, posto che ogni eventuale conseguenza pregiudizievole ricade sul medesimo soggetto in termini di perdite economiche.

L'aspetto più controverso della nozione di organismo di diritto pubblico, invece, attiene all'oggetto dell'attività e agli scopi dell'ente: in particolare, se questo possa svolgere anche compiti diversi ed ulteriori rispetto alla cura dei bisogni di interesse generale, anche qualora essi

sull'organismo di diritto pubblico, in www.giustamm.it/new2004), in favore invece di un parametro gestionale così da <<pervenire ad una distinzione gestionale (ancorché sostanzialistico e non formale), che distingue imprese (e società) vere da imprese (e società) false o apparenti: per ricomprendere queste ultime nella nozione di organismo di diritto pubblico, escludendo viceversa le prime>> (così G. GRECO in *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?* In Riv. it. Dir. Pubbl. Comunitario, 2005, 67). Dovrebbero pertanto evitarsi quelle sovrapposizioni tra le figure comunitarie di impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico, originate dall'incerto criterio finalistico-funzionale.

costituiscono la parte predominante del campo di intervento del soggetto.

Sul punto, la Corte di Giustizia⁶⁵ si è pronunciata rilevando che le direttive appalti non impongono affatto che la cura dei bisogni di interesse generale costituisca l'unico oggetto dell'attività dell'organismo di diritto pubblico, laddove la norma indica che l'ente deve essere istituito specificatamente per tali compiti, ma non certo esclusivamente per essi. Ne discende l'impossibilità di condizionare la qualificazione dell'ente sulla base dei settori di attività, così da escludere l'applicazione della normativa appalti per quegli ambiti di azione improntati al metodo economico: in sostanza, viene disconosciuta la possibilità di configurare un organismo di diritto pubblico *in parte qua*.

L'estensione della nozione di amministrazione aggiudicatrice, soprattutto con riferimento agli organismi di diritto pubblico, sebbene mossa dall'evidente intento di incentivare il rispetto delle regole di trasparenza e concorrenzialità nel campo della pubblica committenza, determina un effetto controproducente, rappresentato dall'ampliamento delle possibilità di derogare alle medesime regole nell'ipotesi di prestazioni di servizio.

⁶⁵ L'orientamento della giurisprudenza comunitaria – che trae spunto dalla sentenza della Corte di Giustizia, *Manesmann* – impone l'assoggettamento alle regole comunitarie dell'evidenza pubblica tutti i soggetti che svolgono attività a carattere non commerciale o industriale, ancorché, almeno in parte, tale tipo di attività rientri nell'oggetto dell'azione sociale. Come rilevato, «La tesi – portata all'estremo – comporterebbe un inammissibile assoggettamento alla regole del diritto pubblico anche delle attività sicuramente di diritto privato di un soggetto che è privato e quindi avente tutti i requisiti dell'impresa, sul piano soggettivo e su quello oggettivo dell'attività in concreto presa in considerazione» (cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione, organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 1/2006, 30). I medesimi rilievi critici al mancato riconoscimento di organismi di diritto pubblico *in parte qua* erano stati mossi da M.A. SANDULLI in *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 167.

Il diritto derivato, infatti, conosce un'eccezione all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, qualora si tratti di affidamenti di servizi ad un'amministrazione aggiudicatrice che goda di un diritto esclusivo di cui benefici in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, se ed in quanto compatibili con il Trattato: la previsione, prima contenuta nell'art. 1, lett. b) della direttiva 92/50/Cee, è ora ribadita nell'art. 18 della direttiva 2004/18/Ce.

In questo caso, appare chiaro come la norma sia finalizzata a dare ingresso in tale contesto a considerazioni che prescindono da valutazioni meramente economiche e che, invece, attengono più direttamente al perseguimento di interessi pubblici, la cui realizzazione è idonea a giustificare deroghe all'ordinario regime concorrenziale. Ci si trova a cospetto di situazioni dove, a differenza di quanto accade normalmente nella settore degli appalti pubblici, le finalità istituzionali alla cui cura è preposta l'amministrazione e quelle di garanzia del mercato possono porsi in antitesi, richiedendosi la ricerca di equilibri mediati dalla concessione di un diritto speciale o di esclusiva⁶⁶.

La particolare posizione di privilegio goduta dall'amministrazione aggiudicatrice in ragione della titolarità di una privativa di matrice pubblicistica, permette altresì di essere affidataria diretta della prestazione di servizi richiesti da altra amministrazione. La *ratio* di tale norma pare risiedere nella peculiarità del settore in parola rispetto a quello delle forniture e dei lavori, poiché è nel primo ambito che si affermano le esigenze di raggiungimento di maggiori economie

⁶⁶ In merito al rapporto tra poteri pubblici e mercato, nel sistema delineato dall'art. 86 del Trattato, si rinvia a quanto rilevato nel primo capitolo, laddove è stato approfondito il tema dei servizi di interesse economico generale e della deroga al regime concorrenziale qualora questo sia di ostacolo al perseguimento della *mission* di interesse pubblico.

di scala, conseguibili unicamente con l'integrazione tra varie amministrazioni (ad esempio, mediante gestioni consortili o associate).

Va tuttavia sottolineato che tale affidamento diretto rimane comunque nell'alveo dell'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni, trattandosi di prestazioni che – almeno in via astratta – sono ottenibili attraverso il ricorso al mercato: la posizione di privilegio che caratterizza l'amministrazione titolare del diritto di esclusiva, infatti, è idonea a giustificare una modalità di acquisizione priva di una preventiva contrattazione, ma non è affatto suscettibile di modificare la natura delle prestazioni, né il rapporto di alterità tra il soggetto che produce e quello che acquisita il servizio. In altri termini, si tratta della fornitura di servizi e non dell'affidamento di servizi pubblici che – come argomentato – si collocano su un piano diverso.

2.3. La deroga generale all'evidenza pubblica: l'in house providing

L'affidamento diretto previsto dall'art. 6 della direttiva 92/50/Cee non costituisce l'unica deroga al mercato. La suddetta previsione normativa, infatti, costituisce un'eccezione alla disciplina degli appalti, consentendo a due amministrazioni di interagire senza l'espletamento di una gara⁶⁷: ma si tratta pur sempre di relazioni intersoggettive tra enti dotati di propria personalità, ossia di rapporti

⁶⁷ Un'ulteriore deroga eccezionale si rinviene nella disciplina relativa ai settori esclusi. L'art. 13 della direttiva 93/38/Cee che, disciplinando gli appalti nel settore idrico, espressamente esenta dalle gare per l'affidamento di servizi le amministrazioni tra loro collegate, purché il soggetto controllato sviluppi almeno l'80% del proprio fatturato in favore del soggetto controllante. La norma in parola è stata spesso impiegata per definire l'aspetto quantitativo del controllo analogo nell'ipotesi di *in house providing*: cfr. S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in Urb. e app., 2003, 1151.

giuridici di diritto pubblico aventi ad oggetto la prestazione di servizi normalmente prodotti da operatori economici in concorrenza.

Ipotesi del tutto distinta, invece, è quella che va sotto la definizione di *in house providing*⁶⁸, con la quale si intende riferirsi a quelle modalità organizzative di acquisizione di beni e servizi che si connotano per non avere alcuna rilevanza esterna, non richiedendo il coinvolgimento di soggetti estranei all'organizzazione dell'ente committente e, pertanto, non istaurando alcun rapporto giuridico di tipo contrattuale.

La prima formulazione di tale concetto si trova nel Libro Bianco sugli appalti del 1998, laddove la Commissione europea chiarisce che per appalti *in house* devono intendersi “*quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata*”. Si fa quindi riferimento alla distinzione – di matrice anglosassone – tra *in house providing*, quale modello di organizzazione in cui la pubblica amministrazione provvede ai propri bisogni mediante lo svolgimento dell'attività interna all'amministrazione stessa, e *out-sourcing*, nel caso in cui invece l'amministrazione si rivolge al privato esternalizzando la produzione e

⁶⁸ La letteratura scientifica formatasi sul tema dell'*in house providing* ha assunto dimensioni notevoli, passando al vaglio tutti gli aspetti di tale fattispecie organizzativa, in particolare per quanto concerne gli elementi caratterizzanti, anche sotto l'impulso della mutevole giurisprudenza comunitaria. Per un primo inquadramento dogmatico della figura si rinvia a: G. GRECO, *Gli affidamenti in house dei servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2000, 1461 ss.; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in Il Dir. U.E., 2001, 537 ss.; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2001, 494 ss.; B. MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in Urb. e app., 12/2003, 1419 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; L. VALENTINO, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in Il Dir. UE, 4/2005, 739 ss.; L. MANGIAVACCHI, *L'affidamento "in house" tra capitale pubblico e partecipazione privata*, in www.giustamm.it.

il reperimento delle risorse necessarie al compimento delle finalità istituzionali⁶⁹.

L'in house, quindi, si caratterizza per la mancanza di una relazione intersoggettiva tra il produttore delle prestazioni ed il destinatario delle medesime, di talché viene a mancare il presupposto essenziale di giustificazione della gara.

Come noto, l'ordinamento comunitario non fornisce precisa definizione normativa dell'istituto, i cui contorni, pertanto, sono stati individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, chiamata di volta in volta a sindacare la correttezza di affidamenti diretti operati da amministrazioni nazionali. Anzi, si può rilevare che la stessa matrice pretoria dell'istituto sia stata la causa principale di una continua rincorsa tra giudice europeo e Stati nazionali: questi ultimi, infatti, approfittando della breccia aperta dalla stessa Corte in materia di affidamenti, si sono spinti verso sempre più estese applicazioni dell'ipotesi derogatoria in questione, inducendo la giurisprudenza comunitaria – di riflesso – ad arginare la crescita del fenomeno attraverso interpretazioni rigorose dei presupposti giustificativi. La mancanza di un certo e predefinito equilibrio normativo tra le esigenze sottese all'esternalizzazione e quelle caratteristiche dell'auto-produzione, pertanto, ha favorito l'affermarsi di un approccio fortemente restrittivo, in verità causato da una casistica connotata da applicazioni patologiche dell'istituto, spesso utilizzato dagli Stati come strumento per aggirare gli obblighi di trasparenza e concorrenzialità.

Ad ogni modo, occorre rilevare che l'istituto in questione non appartiene alla logica propria della disciplina degli appalti, non

⁶⁹ Cfr. F. CARINGELLA, *L'affidamento in house*, in AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici* (a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli), Milano, 2005, 231 ss.

rappresentando una deroga al ricorso alla gara, alla stregua della fattispecie di cui all'art. 6 della Direttiva 92/50/Cee: la decisione di porre in essere un affidamento *in house* esprime l'intenzione dell'amministrazione di escludere il mercato in relazione alla prestazione di cui necessita per la realizzazione delle proprie attività istituzionali⁷⁰. In altri termini, non si tratta di comprendere la *ratio* dell'istituto cercando di individuare le ragioni oggettive che legittimano la deroga alla gara, bensì di investigare i limiti consentiti dal diritto comunitario di esercizio del potere dell'amministrazione di organizzare le proprie attività, escludendo l'apertura al mercato di determinati settori⁷¹.

Il processo di integrazione comunitario, infatti, impone la definizione di modelli organizzativi della pubblica amministrazione che siano compatibili con la tutela della concorrenza e delle libertà economiche, sancite dal Trattato quali condizioni imprescindibili per la realizzazione di un'economia aperta di libero mercato⁷². La pervasività delle regole della concorrenza ha senz'altro influenzato molteplici aspetti attinenti l'azione degli enti pubblici, favorendo trasformazioni organizzative tese a conformare l'amministrazione al

⁷⁰ Come rilevato di recente, «La creazione di un mercato comune e l'applicazione delle regole di tutela della concorrenza per garantirne il mantenimento incontrano il limite del potere di organizzazione della pubblica amministrazione riconosciuta agli Stati membri dalle istituzioni comunitarie. Tale limite non rappresenta una deroga alla disciplina europea delle libertà economiche tutelate nel mercato comune, ma è definizione di ciò che non è mercato» (cfr. R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 1/2006, 59).

⁷¹ Costituisce affermazione costante della giurisprudenza, del resto trasfusa nel Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati, che l'*in house providing* costituisca espressione della facoltà di auto-produzione dell'amministrazione: la scelta operata dall'amministrazione in tal senso non assume rilevanza per il diritto comunitario perché la prestazione, che in linea generale ed astratta è da considerare economica ed ottenibile anche da operatori privati, non è rimessa al mercato, di talché non operano i principi e la normativa derivata posta a presidio delle libertà economiche. Cfr. Libro Verde sui partenariati pubblico-privati, COM (2004) 327.

⁷² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 23

mercato, attraverso non già la netta separazione tra quest'ultimo e gli interessi pubblici, bensì mediante commistioni tra profilo pubblico e privato, invero talvolta non del tutto chiare⁷³.

Tale processo, tuttavia, non implica affatto la sottrazione all'amministrazione del potere di determinare quali prestazioni siano acquisibili tramite la negoziazione con operatori privati e quali, invece, possano essere prodotte tramite proprie articolazioni organizzative. La normativa derivata in tema di appalti pubblici, infatti, non costituisce uno strumento di liberalizzazione, ma unicamente un sistema di garanzie della concorrenza che opera a valle della decisione dell'amministrazione di esternalizzare l'acquisizione di determinate risorse⁷⁴.

L'affidamento *in house*, infatti, costituisce concreta esplicitazione della libertà di auto-produzione, componente essenziale di quell'autonomia organizzativa pubblica ritenuta estranea alla sfera di applicazione del diritto comunitario⁷⁵. Qualsiasi imposizione di esternalizzazione, in tal senso, comporterebbe un'evidente violazione

⁷³ Mette in luce come la commistione tra interesse pubblico e mercato abbia dato luogo a differenziati fenomeni in cui sono presenti momenti privatistici (attinenti l'organizzazione) e momenti pubblicistici (relativi all'attività), E. SCOTTI, in *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in Dir. amm. 4/2005, 919, evidenziando la sussistenza di società pubbliche che svolgono compiti estranei al mercato o vere e proprie funzioni amministrative, così come vi sono società che svolgono servizi di interesse economico generale o società che effettuano prestazioni prive di connotazioni di interesse collettivo.

⁷⁴ In tal senso le conclusioni degli avvocati generali Cosmas (causa C-107/98 *Teckal*), Lèger (causa C-94/99, *Arge*) e Kokott (causa C-458/03), ma anche le considerazioni espresse nello stesso Libro Verde sui partenariati pubblico-privati cit.

⁷⁵ Ciò non di meno, è stato argomentato che la potestà di scelta sui modelli di gestione, sebbene riconosciuta a livello comunitario (cfr. il già richiamato Libro Verde sui Partenariati) e costituzionale (cfr. art. 114 sull'autonomia degli enti locali), vada comunque temperata dal doveroso rispetto dai principi di libera concorrenza e sussidiarietà. Al riguardo, tra i tanti, v. L. AMMANNATI, *La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del modello comunitario*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario, 2005, 1709 ss.

dell'autonomia pubblica delle amministrazioni committenti, così come della stessa capacità giuridica di diritto privato⁷⁶.

2.4. L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto: le pronunce della Corte di Giustizia

Come noto, la prima formulazione di un'ipotesi derogatoria della disciplina in tema di contratti pubblici si rinviene nelle cause *Arnhem* e *Ri.San*⁷⁷, dove viene configurata, quale causa di giustificazione dell'esenzione dalle procedure di gara, una situazione di stretta dipendenza tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'affidataria, assimilabile sostanzialmente ad un rapporto di delegazione interorganica ed individuabile sulla base di due indici rivelatori: da un lato, come condizione essenziale ma non sufficiente, la sussistenza di un vincolo di tipo finanziario tra i soggetti dell'affidamento; dall'altro, una relazione amministrativa di soggezione ai poteri del committente,

⁷⁶ Sul punto, R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit, 62. Ritene, invece, che l'affidamento diretto possa essere incompatibile con l'ordinamento comunitario, non tanto perché in contrasto con le regole della concorrenza, ma perché strumento non idoneo ad assicurare il mantenimento di finanze pubbliche sane (art. 4, III del Trattato) nonché un'efficace allocazione delle risorse (art. 98), G. MARCHEGANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. "affidamenti in-house"*, in Riv. It. Dir pubbl. comunitario, 2004, 987.

⁷⁷ Si tratta dei giudizi conclusi con le sentenze della Corte di Giustizia 10 novembre 1998, nella causa C-360/96 e 9 settembre 1999, nella causa C-108/98, in *Racc.* 1998, p. I-6821. In particolare, nella sentenza *Ri.San*, argomentando sulla base dell'art. 45 del Trattato, a mente del quale «<sono escluse dal presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio di pubblici poteri>>, la Corte di Giustizia afferma che le disposizioni comunitarie a presidio delle libertà economiche non si applicano ad una situazione «<i cui elementi sono tutti confinati all'interno di uno Stato membro e che pertanto non presenta alcun nesso con una delle situazioni considerate dal diritto comunitario nel settore della libera circolazione delle persone e dei servizi>>. Le conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale Alber, del resto in linea con quelle già espresse dal collega La Pergola nel giudizio *Arnhem*, specificavano i due aspetti determinanti per qualificare una vicenda come interna all'amministrazione committente: il rapporto finanziario e, soprattutto, il vincolo di dipendenza amministrativa, sia organizzativa che gestionale, tra affidante e affidatario.

inquadrate sotto il profilo di una dipendenza sia amministrativa che gestionale.

In altri termini, la sussistenza di entrambi i presupposti, ancorché con un maggiore accento da porsi sull'influenza dominante esercitabile dall'amministrazione aggiudicatrice, comportano l'assenza di quel rapporto di terzietà che ontologicamente deve ricorrere nei contratti di appalto⁷⁸, dal momento che il prestatore di servizi, proprio in quanto posto in una condizione di penetrante dipendenza, deve intendersi quale mera articolazione organizzativa dell'ente: e ciò, peraltro, indipendentemente dalla veste societaria assunta.

Si afferma così una griglia di valutazione della legittimità di affidamenti diretti a società partecipate, nella quale il profilo della dipendenza economica risulta integrato con la sola titolarità della maggioranza del capitale societario: le potestà conseguenti alla maggioranza in seno agli organi dell'ente aggiudicatario, infatti, permetterebbero di svolgere un penetrante controllo sull'attività, così da ritenere operante una vera e propria immedesimazione funzionale tra l'amministrazione committente e la società affidataria.

Una compiuta e decisiva definizione dell'istituto dell'affidamento *in house*, tuttavia, viene fornita dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza *Teckal*⁷⁹, in particolare per quanto concerne le

⁷⁸ La nozione comunitaria di appalto, più volte ripresa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si rinviene attualmente nell'art. 1.2 a) della Direttiva 2004/18/Ce, che circoscrive l'ambito oggettivo di applicazione della normativa ai contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici. Per una disamina della nozione, si rinvia a R. CARANTA, *Nozioni di appalto, lavori, servizi e forniture*, in AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005* (a cura di R. Garofoli e M.A. Sandulli), Milano, 2005, 23 ss.

⁷⁹ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, resa nella causa C-107/98, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario 2000, 1393 con nota di G. GRECO. La sentenza ha dato origine ad un ampio dibattito sulla legittimità degli affidamenti diretti, soprattutto perché l'individuazione dei presupposti e dei limiti dell'*in house providing* si ricava da un'argomentazione incidentale

condizioni di applicazione della deroga all'espletamento di procedure ad evidenza pubblica. E' con tale arresto che la Corte di Giustizia – riprendendo le argomentazioni degli Avvocati Generali Alber e La Pergola – getta le basi per l'inquadramento generale della nozione di affidamento *in house*, delinendone i contorni applicativi e dettando i criteri che consentono di escludere l'obbligo di indizione di gare pubbliche⁸⁰.

Il giudice comunitario, infatti, afferma che affinché possa effettivamente escludersi la terzietà dell'aggiudicatario, anche a fronte di una distinta soggettività giuridica, devono ricorrere cumulativamente due presupposti: l'amministrazione aggiudicatrice deve poter esercitare un "controllo analogo" a quello da essa esercitato sui propri servizi; l'affidatario deve realizzare la parte più importante della propria attività nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice che la controlla.

La contemporanea presenza di entrambi i presupposti, venendo meno la sussistenza di una relazione intersoggettiva, permette di escludere che l'affidamento si poggi su un consenso formato tra entità

della Corte, certamente non sufficiente per fare chiarezza in merito alle condizioni necessarie per ricorrere alla deroga in questione. La produzione scientifica formatasi sull'*in house*, pertanto, è vasta ed autorevole: tra i tanti, C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2001, 495 ss.; D. CASALINI, *Appalti pubblici ed organizzazioni in house*, in Foro amm. CdS 2003, 3544; A. MASSARI, *Gli appalti in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in Comuni d'Italia, 2004, 21; S. , *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, in Foro amm. CdS, 2004, 2416 ss.; G. GUCCIONE, *Affidamenti in house e nozione di organismo di diritto pubblico*, in Riv. trim. appalti, 2004, 1073 ss.; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i cd. affidamenti in house*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario 2004, 945.

⁸⁰ E' interessante notare come la sentenza sia stata occasionata proprio dalla necessità di chiarire se nel caso di specie, trattandosi di contratto misto di servizi e forniture, potesse operare la deroga di cui all'art. 6 della direttiva 92/50/Cee: la Corte di Giustizia, dopo aver affrontato la questione attinente la qualificazione del contratto escludendo che si trattasse di un contratto di fornitura, affermava che l'affidamento diretto ad una struttura interna esprime un principio di ordine generale, valido a prescindere dall'oggetto della prestazione.

distinte sul piano sostanziale, poiché l'affidatario risulta privo di una concreta autonomia decisionale: di talché, la mancanza di una libera facoltà di autodeterminazione, precludendo la formazione di una spontanea volontà contrattuale, impedisce di fatto che possa ritenersi conclusa una fattispecie contrattuale.

L'argomentazione prospettata dalla Corte è finalizzata ad individuare un proprio e specifico fondamento dell'affidamento *in house*, del tutto distinto rispetto all'ipotesi derogatoria peculiare dell'appalto di servizi, di cui all'art. 6 della direttiva 92/50/Cee.

L'esenzione dall'obbligo di espletare gare deriva dalla circostanza che – trattandosi di una vicenda del tutto interna alla stessa amministrazione committente – non ci si trova di fronte ad una fattispecie contrattuale, bensì ad una modalità di approvvigionamento assimilabile al ricorso a propri servizi e/o uffici⁸¹. L'ingerenza esercitabile nei confronti dell'operatore, dunque, consente di considerare le prestazioni erogate quali compiti delegati all'interno della stessa amministrazione, alla stregua di un'ordinaria relazione di subordinazione gerarchica che, ovviamente, si caratterizza per l'esistenza di poteri di direzione, coordinamento e supervisione in favore del soggetto sovraordinato.

L'affidatario si configura quale *longa manus* dell'amministrazione committente, in una posizione simile alla delegazione interorganica, e non come operatore economico, produttore di beni ed utilità

⁸¹ In tal senso, comunemente si suole distinguere tra affidamenti *in house*, laddove l'amministrazione si rivolge a strutture afferenti al proprio apparato organizzativo, e affidamenti *quasi in house*, qualora la prestazione sia fornita da un soggetto distinto sul piano formale, perché dotato di propria personalità, ma in posizione di dipendenza rispetto all'amministrazione concedente. Sul punto v. G. MARCHEGIANI, *La Corte di Giustizia europea ignora la sua giurisprudenza in materia di organismi di diritto pubblico quando esamina casi di affidamenti quasi in house*, in www.giustamm.it.

liberamente spendibili sul mercato⁸²: la circostanza che nella prestazione sia assente il carattere di onerosità, priva di senso l'applicazione di procedure ad evidenza pubblica.

Il passaggio argomentativo seguito dal giudice comunitario nella definizione delle due condizioni per l'affidamento *in house*, si palesa tuttavia oltremodo scarno, essendo omessa una chiara definizione degli elementi integrativi del cd. "controllo analogo", da un lato, e della prevalenza di attività in favore dell'affidante, dall'altro. La genericità ed elasticità delle locuzioni impiegate, pertanto, sin da subito si è prestata ad interpretazioni estensive, favorendo l'inclinazione di alcuni Stati membri a sottrarre al mercato ambiti consistenti di attività economiche svolte per conto o in favore delle amministrazioni pubbliche.

Una risposta volta a contrastare tale atteggiamento, peraltro assunta senza una chiara indicazione da parte della Corte di Giustizia, viene data dalla Commissione europea che, nella comunicazione del 26 giugno 2002 al Governo italiano in relazione alla procedura di infrazione aperta con riferimento alla disciplina dei servizi pubblici locali, precisa che il controllo analogo a quello sui propri servizi deve garantire una situazione di dipendenza organica, parificabile a quella che sussiste tra le articolazioni di un'amministrazione.

In questa prospettiva, evidentemente, la sola partecipazione totalitaria alla società affidataria non basta a legittimare il conferimento di utilità economiche senza un preventivo confronto concorrenziale,

⁸² Ricordano come la giurisprudenza comunitaria abbia sin da subito incentrato la valutazione della legittimità dell'affidamento *in house* sulla base della verifica in concreto di un rapporto di dipendenza formale, economica, amministrativa e di destinazione dell'attività, L. AMMANNATI – F. DEL PORTO, *I servizi pubblici locali in Italia: quale regolazione?*, in www.amministrazioneincammino.it.

in quanto – rileva la Commissione – “*affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario*”: in tal modo, l’organo comunitario perviene alla conclusione che la sentenza *Teckal* abbia aggravato la posizione di subordinazione necessaria per ricorrere all’affidamento diretto, richiedendo condizioni più stringenti di quelle emerse nel corso dei giudizi *Arnheim* e *Ri.San*. L’influenza determinante, infatti, costituisce un *quid pluris* rispetto al controllo analogo che, invece, può ricorrere soltanto quando l’amministrazione controllante possa esercitare “*un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato e che riguarda l’insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo*”.

Il deciso punto fermo posto dalla Commissione per arginare il proliferare di affidamenti *in house* viene recepito dalla Corte di Giustizia nel corso del 2005, con una serie di pronunce che pervengono a dettagliare gli elementi del cd. controllo analogo, determinando un andamento sempre più restrittivo e fortemente condizionato dalla casistica di volta in volta sottoposta all’attenzione del giudice comunitario⁸³.

La mancanza di una base normativa espressa ha indotto la giurisprudenza comunitaria a specificare i requisiti indicati nella sentenza *Teckal* onde evitare che, sotto lo schermo della deroga in questione, possano nascondersi pratiche anti-concorrenziali⁸⁴.

⁸³ Del resto, proprio l’impiego patologico dell’affidamento diretto ha indotto il giudice comunitario a circoscrivere sempre più le ipotesi di legittimo ricorso a tale istituto, invero ideato dalla stessa Corte di Giustizia, sino a prevedere requisiti talmente stringenti da rendere di fatto impossibile la costituzione di società *in house*.

⁸⁴ Va considerato che il percorso seguito dalla giurisprudenza ha portato ad enucleare i caratteri di un istituto che si è affermato nello specifico settore degli appalti, ma che poi ha assunto la natura di modello trasversale, sino ad estendersi anche nell’ambito dei servizi pubblici, invero

Con la sentenza *Stadt Halle*⁸⁵ viene affrontata una questione cruciale, ossia la rilevanza della partecipazione azionaria pubblica nel caso di società a capitale misto. Con affermazioni invero apodittiche ed in netta controtendenza rispetto al *favor* espresso dall'Unione Europea verso forme di partenariato pubblico - privato⁸⁶, la Corte di Giustizia afferma l'incompatibilità ontologica tra la finalità lucrativa propria dell'imprenditore e la cura dell'interesse pubblico, obiettivo esclusivo dell'amministrazione: un conflitto di interessi che minerebbe in radice la possibilità di costituire società partecipate da parte di enti pubblici.

Al riguardo, l'argomentazione principale offerta a sostegno della decisione non lascia alcun margine, adombrando la fine di un modello organizzativo largamente utilizzato per attuare quel processo di privatizzazione, prima formale e poi sostanziale, sorto proprio sotto l'impulso dell'ordinamento comunitario: viene rimarcato, infatti, che *“il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale*

retto da principi e discipline diverse ed afferenti ai diritti di esclusiva. In ordine al notevole sviluppo applicativo che ha avuto, nell'ordinamento nazionale, la figura dell'affidamento *in house* per quanto attiene ai servizi pubblici locali, cfr. L. AMMANNATI, *La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del modello comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario 2005, 1709 ss.

⁸⁵ v. Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, resa nella causa C-26/03. Per la rilevanza ed innovatività delle conclusioni ivi rassegnate, la sentenza è pluriannotata. Tra i più interessanti commenti si segnalano: G. GUCCIONE, *Affidamento diretto a società mista*, in Giorn. dir. amm. 2005, 271 ss.; A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it; R. DE NICTOLIS, *La Corte si pronuncia in tema di tutela della trattazione privata, negli affidamenti in house a società miste*, in Urb. e app. 2005, 295 ss.; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico e privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in Foro amm. CdS 2005, 666 ss.; V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in-house providing proposto dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario 2005, 1004 ss.

⁸⁶ Si fa riferimento al citato Libro Verde su Partenariato, Com (2004) 327.

privato in un'impresa, obbedisce a considerazioni proprie di interessi privati e persegue obiettivi di natura differente'.

Nella rinnovata ottica assunta dalla Corte di Giustizia, caratterizzata da una rigorosa verifica dei presupposti di applicazione del modello *in house*, l'affidamento diretto a società miste viene considerato uno strumento atto a pregiudicare *“l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata e il principio di parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti”*.

Nonostante le apparenze, tuttavia, il suddetto pronunciamento non si presenta quale tassativo giudizio di incompatibilità del ricorso a società miste rispetto al diritto comunitario, se si tiene conto che, nella vicenda scrutinata, la scelta del partner privato era avvenuta in via del tutto fiduciaria: l'assenza di un confronto concorrenziale nella selezione dell'imprenditore con il quale svolgere le prestazioni affidate, evidentemente, si prestava alle valutazioni di segno critico espresse dalla Corte di Giustizia, integrando una palese violazione delle regole di trasparenza e parità di trattamento che presidiano l'attività della pubblica Amministrazione aventi rilevanza economica.

La medesima posizione viene, poi, mantenuta dalla Corte di Giustizia nella successiva sentenza *Coname*⁸⁷, dove viene ribadito il fermo giudizio negativo in ordine ad ipotesi di affidamenti diretti in favore di società partecipate, sulla base della considerazione che la presenza di capitali privati nell'assetto societario, con le conseguenti prerogative del privato nella conduzione e gestione delle attività,

⁸⁷ Corte di Giustizia, 21 luglio 2005, resa nella causa C-231/03, con commento di S. MENTO, *Servizi pubblici e affidamenti trasparenti*, in *Giorn. dir. amm.* 2006, 405 ss.

impedirebbe l'esercizio, da parte dell'amministrazione committente, di un controllo analogo a quello possibile nei confronti dei propri servizi. Ancora una volta, quindi, il sindacato della Corte di Giustizia investe una modalità di affidamento diretto ad un soggetto costituito sulla base di scelte fiduciarie, in aperto contrasto con i principi concorrenziali informanti l'ordinamento comunitario e, a seguito del processo di integrazione, quello nazionale.

L'orientamento teso a restringere le maglie della valutazione di compatibilità degli affidamenti *in house*, giunge a conclusioni ancora più rigide nella sentenza *Parking Brixen*⁸⁸, che rappresenta un punto di svolta nel sindacato sugli affidamenti *in house* talmente rigoroso ed intransigente da sfociare quasi in un vero e proprio giudizio di incapacità del modello societario a rispondere ai requisiti integranti il presupposto del controllo analogo.

In verità, l'importanza dell'arresto giurisprudenziale è duplice. Se la sentenza si colloca nel processo giurisprudenziale di approfondimento della tematica del controllo analogo, essa, per la prima volta, affronta altresì una questione dirimente e di estrema rilevanza nell'individuazione dei settori di impiego del modello *in house*: si fa riferimento alla disamina offerta in ordine all'applicabilità dei principi elaborati dal giudice comunitario anche nell'ipotesi di concessione di servizi pubblici.

⁸⁸ Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, resa nella causa C-458/03, in *Giorn. dir. amm.* 2006, 133, con nota di G. PIPERITA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*. Per un primo approfondimento sulle questioni poste nella sentenza in parola, si rinvia a: A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in-house*, in www.giustamm.it; P. LOTTI, *Concessioni di servizi pubblici, principi dell'in house providing e situazioni interne*, in *Urb. e app.* 2006, 31 ss.; D. ALESSANDRO, *Affidamenti in house in senso ampio: la Corte mette in crisi l'idea della neutralità dello strumento societario*, in *Serv. pubbl. e app.* 2006, 103, ss.; M. BALDINATO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 2006, 227 ss.

Si è in precedenza rilevato che l'istituto in parola nasce nell'ambito dei contratti pubblici, quale deroga generale alle procedure di gara fondata sull'assunto che l'amministrazione è libera di scegliere i modi di acquisizione di utilità economiche (beni, servizi, prestazioni o lavori), optando per il ricorso all'appalto ovvero, in alternativa, all'impiego di strutture "interne", quindi a proprie articolazioni organizzative dotate o meno di distinta soggettività giuridica (affidamenti *in house* in senso proprio ed affidamenti *quasi in house*).

In verità, il proliferare di affidamenti diretti si è avuto diffusamente nell'ambito dei servizi pubblici, in prevalenza quelli locali, a fronte della propensione manifestata dalle amministrazioni pubbliche a temperare il processo di liberalizzazione in atto, conservando un ruolo importante nella stessa erogazione delle prestazioni: in tal modo, ben si comprende il *favor* espresso per modelli di gestione dei servizi totalmente pubblicistici o, più ancora, verso forme di partenariato, dove l'ingresso del privato nel settore è fortemente condizionato dalla presenza di un'amministrazione che, non limitandosi affatto a svolgere soltanto compiti di regolazione, intende preservare le prerogative proprie dell'imprenditore pubblico.

Al riguardo, la Corte di Giustizia, non senza censurare la prassi costante dei giudici nazionali di demandare la qualificazione giuridica delle operazioni al giudice comunitario, riprende la propria giurisprudenza affermatasi in tema di distinzione tra appalto e concessione, chiarendo che l'elemento discriminatorio è da rinvenirsi nell'assunzione del rischio di impresa: se nell'appalto, questo è a carico dell'amministrazione che eroga il corrispettivo, nel caso di concessione, la circostanza che la remunerazione delle attività avviene

attraverso il pagamento di compensi da parte dei fruitori del servizio fa sì che sia il concessionario a sopportare le eventuali conseguenze negative dell'attività imprenditoriale⁸⁹.

L'argomentazione, nel solco di consolidati precedenti, vale ad escludere l'applicazione della normativa comunitaria in tema di contratti pubblici che, come noto, non si estende anche a fattispecie concessorie. Pur tuttavia, richiamandosi al proprio insegnamento, la Corte di Giustizia rileva che l'affidamento di servizi tramite concessioni deve comunque essere rispettoso delle norme fondamentali poste dal Trattato e, in modo principale, del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità, sancito dall'art. 12 del Trattato⁹⁰.

⁸⁹ In ordine alla distinzione tra appalto di servizi e concessione si rinvia a R. CORI, *La concessione di servizi*, in www.giustamm.it 6/2007. Ad ogni modo, come chiarito dalla stessa Corte di Giustizia, la distinzione trova allo stato un preciso fondamento normativo nell'art. 1.4 della direttiva 2004/18/CE laddove si dispone che «<la concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo >>».

⁹⁰ Le motivazioni della Corte di Giustizia sono esaustive sul punto. Viene, infatti, chiarito che «< Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è sancito dall'art. 12 CE. Le norme del Trattato più specificamente applicabili alle concessioni di pubblici servizi comprendono in particolare l'art. 43 CE, il cui primo comma dispone che le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro sono vietate, e l'art. 49 CE, che dispone, al primo comma, che le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione (punto 47). Secondo la giurisprudenza della Corte, gli artt. 43 CE e 49 CE sono specifica espressione del principio della parità di trattamento (v. sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione/Italia, Racc. pag. 4035, punto 8). Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità è parimenti un'espressione specifica del principio generale della parità di trattamento (v. sentenza 8 ottobre 1980, causa 810/79, *Überschär*, Racc. pag. 2747, punto 16). Nella sua giurisprudenza relativa alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, la Corte ha precisato che il principio della parità di trattamento degli offerenti ha lo scopo di consentire che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità (v., in questo senso, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-2043, punti 33 e 54). Ne risulta che il principio della parità di trattamento tra offerenti deve applicarsi alle concessioni di pubblici servizi anche quando non vi sia discriminazione in base alla nazionalità (punto 48)>>».

In tal senso, pertanto, anche nel caso di concessioni, pur non dovendo seguire le procedure indicate nella direttiva appalti, l'amministrazione è tenuta ad espletare gare pubbliche così da consentire a tutti gli operatori privati di concorrere per l'affidamento del diritto di gestire il servizio, traendone evidentemente un profitto adeguato. E ciò indipendentemente dalla natura delle prestazioni, ossia anche qualora l'amministrazione decida di affidare servizi pubblici, poiché i principi comunitari a presidio delle libertà economiche concernono lo svolgimento di qualsiasi attività economica: *“l'art. 86, n. 1, CE stabilisce che gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 CE e 81 CE - 89 CE (punto 51). Ne consegue che gli Stati membri non devono mantenere in vigore una normativa nazionale che consente l'attribuzione di concessioni di pubblici servizi senza gara, giacché una simile attribuzione viola gli artt. 43 CE o 49 CE o i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (punto 52).*

Se l'affermazione di principio è chiara, oltremodo problematica risulta invece la definizione dei contenuti e delle forme minime che la procedura selettiva deve presentare per assolvere l'obbligo di trasparenza: in altri termini, si tratta di individuare meccanismi concorsuali che – pur non appiattendosi sul formalismo estremo delle modalità indicate nella direttiva appalti – contengano elementi di flessibilità non elusivi delle norme comunitarie a presidio della concorrenza, sub specie di *par condicio* fra i possibili operatori interessati al servizio. Sul punto, tuttavia, la Corte di Giustizia non fornisce alcun elemento utile.

Il secondo profilo di rilevanza della sentenza *Parkin Brixen* attiene, invece, ai presupposti necessari affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa svolgere un controllo analogo sull'affidatario, in grado di integrare il requisito per l'affidamento diretto. I principi elaborati sono espressamente estesi anche alla concessione di servizi, con effetto generalizzante del modello dell'*in house providing* anche oltre il confine dei contratti di appalto nel quale era sorto⁹¹.

Al riguardo, il giudice comunitario precisa che la mera titolarità dell'intero pacchetto azionario della società affidataria, non è di per sé sufficiente a permettere l'esercizio di un'influenza determinante, dovendo effettuare una verifica sul concreto esercizio di tale controllo, ossia tenendo in considerazione tutte le disposizioni normative e le circostanze pertinenti: dal complesso di tali fattori deve risultare che l'amministrazione committente è in grado di “*esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti*”.

Dopo una attenta e scrupolosa verifica circa gli assetti societari, la Corte di Giustizia precisa che “*ad integrare il controllo analogo non è sufficiente una partecipazione totalitaria in capo all'ente affidante, allorquando lo statuto dell'affidataria conferisca al consiglio di amministrazione poteri teoricamente illimitati, senza che l'ente affidante possa influirvi, e configuri un oggetto sociale ampio, esteso in teoria a molteplici attività, da esercitare in ambito*

⁹¹ In particolare, si afferma che le considerazioni espresse con riferimento all'*in house providing* << possono essere trasposte alle disposizioni del Trattato e ai principi che si rapportano a concessioni di pubblici servizi escluse dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici. Infatti, nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi, il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità e degli artt. 43 CE e 49 CE trovano applicazione nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo. Al contrario non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne >>(punto 61).

nazionale, e in teoria anche internazionale, del tutto estraneo a quello dell'ente affidante stesso'. Nel pervenire a tale affermazione, disattendendo peraltro le conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale Kokott, la sentenza muove dall'analisi di un complesso di indici rivelatori dell'autonomia goduta dall'affidataria rispetto all'amministrazione committente, a riprova della sussistenza di una vocazione commerciale confliggente con una situazione di dipendenza gerarchica. Sono passati in rassegna elementi quali: la circostanza che la società derivasse dalla trasformazione di un'azienda speciale comunale; la possibilità di operare in settori economici diversi ed ulteriori rispetto a quello originariamente rimesso all'azienda, grazie ad un oggetto sociale articolato e complesso; l'apertura obbligatoria e entro breve tempo del capitale sociale alla partecipazione di privati; l'espansione territoriale della società sul territorio nazionale ed estero; i consistenti poteri conferiti al Consiglio di Amministrazione in assenza di concrete ed effettive possibilità di intervento da parte del soggetto pubblico conferente.

Si possono cogliere due profili innovativi nel sindacato sul controllo analogo: da un lato, l'attenzione posta sui poteri gestionali derivanti dal modello societario quale strumento di esercizio di influenza determinante (come detto, del tutto insufficienti); dall'altro, il divieto di apertura del capitale ai privati, onde evitare che l'affidamento diretto a società interamente pubbliche possa costituire un primo passaggio di una manovra elusiva degli obblighi comunitari.

Tale ultimo aspetto viene poi chiarito con la sentenza *Modling*⁹², nella quale la vicenda posta all'attenzione della Corte di Giustizia lasciava trasparire la chiara volontà dell'ente concedente di sottrarsi agli obblighi comunitari attraverso la costituzione di un soggetto gestore interamente pubblico nel momento dell'affidamento, ma il cui capitale azionario era previsto che sarebbe stato ceduto a privati per il 49% a distanza di sole due settimane dal conferimento.

La Corte di Giustizia, quindi, precisa che per preservare l'effetto utile delle direttive appalti le decisioni delle amministrazioni in tale ambito devono essere oggetto di una valutazione unitaria, ancorché l'affidamento si sviluppi in fasi distinte, chiarendo che i requisiti per legittimare il ricorso all'*in house providing* devono sussistere durante l'intero arco di gestione delle attività affidate: diversamente opinando *“la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, sarebbe compromessa se le autorità aggiudicatrici potessero ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista”*.

Con le sentenze brevemente passate in rassegna, la Corte di Giustizia è pervenuta a conferire un assetto definitivo alla problematica, seguendo un percorso logico via via più restrittivo⁹³.

⁹² Corte di Giustizia, 10 novembre 2005, resa nella causa C-29/04, con commento di M. GIOVANNELLI, *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società miste e l'ulteriore restrizione dell'in house providing*, in Urb. e app. 2006, 160 ss.

⁹³ Del resto, sin dalla sentenza *Stadt Halle*, la Corte di Giustizia, chiamata a contrastare fenomeni sempre più patologici, costantemente riprende un assunto basilare sul quale incentrare il sindacato di compatibilità con l'ordinamento comunitario, ossia che i requisiti dell'*in house providing*, in quanto ipotesi derogatoria, deve essere interpretati restrittivamente e, di conseguenza, spetta all'ente che intende avvalersi della deroga dimostrarne la ricorrenza nel caso concreto. Nell'esprimere l'esito del processo evolutivo della giurisprudenza comunitaria, viene giustamente rilevato che << al di là delle affermazioni di principio secondo cui l'amministrazione è libera di autoorganizzarsi senza l'obbligo di ricorrere ad entità esterne, la Corte ha inteso porre un freno all'espansione degli affidamenti *in house*, visti come

I contorni della figura sono poi confermati nelle sentenze successive che, in verità, in nulla mutano le linee fondanti in precedenza elaborate. In particolare, con la sentenza *AMTAB*⁹⁴, la Corte di Giustizia ribadisce l'impossibilità di configurare un controllo analogo nel caso di società partecipate, sottolineando come i criteri legittimanti la fattispecie dell'*in house* (ossia, la totale partecipazione pubblica, il controllo analogo e la realizzazione della parte più importante della propria attività in favore dell'autorità committente) debbano permanere anche successivamente all'affidamento del servizio, onde evitare pratiche elusive. Nella sentenza *Carbotermo*⁹⁵, invece, sono riprese le considerazioni già ampiamente svolte in tema di contenuto del controllo analogo, quale capacità di incidere in maniera determinante sulle scelte strategiche del soggetto affidatario, da verificare alla luce di tutte le circostanze di diritto e di fatto rinvenibili nel caso concreto: sulla scorta di tale impianto, la Corte di Giustizia perviene a giudicare illegittimo il conferimento a società

eccezionali deroghe alle regole del mercato e della concorrenza >> (cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano 2006, 298)

⁹⁴ Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, resa nella causa C-410/04, in *Giorn. dir. amm.* 2006, 6, 641. Per un commento a tale sentenza, v. G.F. FERRARI, *In house providing: le sentenze della Corte di Giustizia 6 aprile 2006 e 11 maggio 2006*, in www.giustamm.it; G. GUZZO, *Servizi pubblici locali e affidamenti in house nella più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in www.lexitalia.it, 7-8/2006. In realtà, il pronunciamento era molto atteso posto che il giudice comunitario era stato chiamato a valutare la questione di compatibilità dell'art. 113 del D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, nella formulazione dettata dall'art. 14 del D.L. n. 269/03, nella parte in cui assegna all'amministrazione un'ampia facoltà di scelta tra i modelli di gestione dei servizi pubblici locali ivi disciplinati, così sancendo l'equiparazione tra l'affidamento a soggetti privati e quello in favore di società in house o miste. Su tale aspetto, tuttavia, la Corte di Giustizia non si pronuncia limitandosi ad osservare la compatibilità con il diritto comunitario di modelli formalmente rispettosi dei dettami espressi in tema di deroga al mercato e rimettendo al giudice nazionale la verifica, caso per caso, sull'impiego distorto ed elusivo di tali modelli. Per alcune valutazioni critiche su tale omissione, v. F. DELLA SBARBA, *Affidamenti in house e società miste: confermata l'incompatibilità tra le due categorie. Discrezionalità riconosciuta all'ente affidante nella scelta del modello di gestione del servizio pubblico locale: una mancata pronuncia*, in www.federalismi.it, 13/2006

⁹⁵ Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, resa nella causa C-340/04, in *Urb.e app.* 2006, 9, 1047, con nota di P. LOTTI, *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*.

interamente partecipate da enti pubblici, qualora il servizio sia nella titolarità di un'amministrazione che non ha modo di influenzare direttamente le scelte di gestione, ad esempio perché tale controllo viene esercitato attraverso una società *holding*.

Il quadro giurisprudenziale emerso a livello comunitario, quindi, può dirsi consolidato su alcuni capisaldi ormai chiariti e ripresi nelle successive pronunce rese in materia⁹⁶: il possesso della totalità del capitale sociale, il divieto di sub-ingresso di operatori privati successivamente all'affidamento, la sussistenza di forme di controllo ulteriori rispetto a quelle proprie della qualifica di socio.

Occorre, tuttavia, dar conto di una recente sentenza resa dalla Corte di Giustizia⁹⁷, nella quale si offre uno spunto parzialmente diverso, laddove si privilegia una lettura del fenomeno che valorizza l'assenza di autonomia decisionale per escludere l'incontro di volontà (del resto, in linea con la *ratio* stessa dell'istituto che si giustifica sul presupposto logico secondo il quale mancando il contratto non vi è obbligo di gara), piuttosto che sul controllo analogo: in tal modo, il giudice comunitario ha legittimato un affidamento diretto effettuato in favore di una società per azioni composta, per la quasi totalità (99%), dallo Stato, e per la restante parte da amministrazioni locali.

La Corte, quindi, senza richiamare il proprio insegnamento consolidato in tema di controllo, sembra ritornare a porre l'accento più sull'effetto della relazione organica (assenza di un autonomo

⁹⁶ Cfr., da ultimo, Corte di Giustizia, 18 gennaio 2007, resa nella causa C-220/05, *Jeanne Auroux c. Comune de Roane*, rinvenibile sul sito istituzionale della Corte di Giustizia, www.curia.eu.

⁹⁷ Si fa riferimento proprio a Corte di Giustizia, 19 aprile 2007, resa nella causa C-295/05, *Tragsa*, in Edil. e territorio, 19/2007. Per un commento si rinvia a R. MANGANI, *Affidamenti in house e modello societario tra controllo analogo e conflitto di interessi*, in www.giustamm.it, 7/2007.

centro di imputazione) che sugli strumenti atti ad assicurare tale condizione.

La tecnica argomentativa appare senz'altro discostarsi dalla precedente elaborazione, pur tuttavia le conclusioni cui si perviene non paiono in aperta contraddizione con essa.

Orbene, il giudice conferma l'importanza del possesso dell'intero capitale da parte dell'amministrazione affidante, sebbene questo rappresenti un indizio in merito alla effettiva sussistenza del requisito del controllo analogo, poiché l'eventuale assenza può essere superata da una specifica disciplina della relazione giuridica e dell'attività espletata, in ragione della quale non residuino margini di scelta discrezionale in capo all'affidatario.

Nella vicenda scrutinata, infatti, la società *in house* non aveva la possibilità di scegliere gli incarichi, negoziare le condizioni di espletamento, né il prezzo delle prestazioni.

Al riguardo, tuttavia, non può non considerarsi come il minore rigore della verifica sul controllo sia dipeso dalla peculiarità della fattispecie, dal momento che la società era pressoché interamente detenuta da un'unica Amministrazione e collocata fuori dal mercato a causa del particolare regime giuridico imposto: gli altri enti costituenti ed affidanti, poi, venivano a beneficiare dell'attività del soggetto/organo secondo una logica consortile, piuttosto che societaria.

Orbene, come si avrà modo di rilevare in prosieguo, se tale è la condizione di legittimazione dell'affidamento diretto, sembrano persistere i dubbi circa l'utilità del ricorso alla veste societaria

2.5. Gli orientamenti del giudice amministrativo

La continua evoluzione del processo di ricostruzione sistematica dell'istituto in questione, anche in ragione della sua origine pretoria, ha finito per condizionare la giurisprudenza nazionale che ha costantemente adeguato le proprie valutazioni ai contenuti ed agli indirizzi elaborati dalla Corte di Giustizia: così, nel corso degli anni, si è assistito ad un formale parallelismo tra le pronunce del giudice comunitario e quelle dei giudici amministrativi⁹⁸.

Anzi, forse con una non giustificata “fuga in avanti”, di recente il Consiglio di Stato⁹⁹ si è spinto anche oltre le conclusioni del giudice comunitario, laddove – in contrasto con la stessa funzione dell'istituto dell'*in house*, quale clausola generale di esclusione dell'obbligo di gara, giustificata dall'assenza di un incontro di volontà – ha ritenuto necessaria una specifica previsione normativa di legittimazione dell'affidamento diretto.

⁹⁸ Vi è, tuttavia, un aspetto ancora controverso nella giurisprudenza nazionale, che concerne la corretta lettura delle conclusioni raggiunte nella sentenza Modling relative all'apertura del capitale sociale della società affidataria. Se, in un primo momento, il Consiglio di Stato ha affermato che la mera ed astratta previsione statutaria della cedibilità delle quote azionarie rappresentasse un ostacolo all'affidamento diretto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 13 luglio 2006 n. 4440; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072), di recente il massimo organo della giustizia amministrativa si è espresso nel senso di ritenere incompatibile con il modello dell'*in house providing* soltanto l'effettiva apertura del capitale ai privati, dovendosi verificare la sussistenza del requisito del controllo analogo al momento della cessione delle azioni (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007 n. 1514): su tali aspetti, v. G. GUZZO, *Consiglio di Stato e giurisprudenza comunitaria: prove tecniche di intesa in tema di “controllo analogo”*, in www.lexitalia.it, 5/2007. La questione, attenendo soltanto al momento in cui va condotta la verifica, non scalfisce la determinazione dei presupposti del controllo analogo e pare di scarsa rilevanza pratica: in tal senso, difficilmente un'amministrazione intenzionata a realizzare forme di gestione interne disciplinerebbe, negli statuti societari, clausole di apertura del capitale sociale, ben sapendo che – nel caso di effettiva cessione delle azioni – il soggetto decadrebbe dell'affidamento.

⁹⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007 n. 1514, rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it.

Ad ogni modo, appare corretto rilevare che gli orientamenti seguiti dal giudice nazionale si sono andati progressivamente collocando nel solco delineato dal giudice comunitario.

Come noto, in una prima fase le posizioni espresse anche dal Consiglio di Stato tendevano ad affermare la legittimità di affidamenti diretti a società miste, purché la partecipazione al capitale da parte dell'ente pubblico fosse prevalente rispetto all'apporto dell'imprenditore privato e quest'ultimo fosse selezionato mediante gara: secondo un approccio foriero di molteplici ambiguità, l'impiego del modello della società partecipata, qualificato come ipotesi di gestione diretta del servizio da parte dell'amministrazione, viene assimilato all'affidamento *in house* di matrice comunitaria. I poteri del soggetto pubblico, quale socio di maggioranza, pertanto, sono ritenuti sufficienti ad integrare una relazione di dipendenza organica¹⁰⁰.

Il requisito in merito alla totalità di partecipazione pubblica al capitale della società *in house* – espressamente prescritto dalla normativa nazionale relativa alla gestione dei servizi pubblici locali¹⁰¹ in un momento in cui tale condizione non si era ancora affermata a

¹⁰⁰ Come espressione di tale indirizzo, tra le tante pronunce, si rinvia a: Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2003 n. 3864 in Cons. St. 2003, I, 1434, analizzata da A. MASSERA, *L'in house providing: una questione da definire*, in Giorn. dir. amm. 2004, 852; Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2003 n. 5316, in Urb. e app. 2003, 1417, con nota di B. MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, 1419 ss.; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 6 novembre 2003 n. 1494, in www.giustizia-amministrativa.it. In alcuni casi, il giudice amministrativo si spinge a considerare altri parametri di verifica dell'influenza, facendo riferimento ai criteri di dipendenza amministrativa espressi nei giudizi Arnhem e Ri.San. senza tuttavia porre in dubbio l'utilizzo del modulo societario, bensì limitandosi a richiedere strumenti di controllo ulteriori rispetto ai poteri derivanti dal possesso della maggioranza del pacchetto azionario: sul punto, v. TAR Toscana, Sez. II, 28 luglio 2004 n. 2833, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰¹ Si tratta appunto dell'art. 113, comma 5, del D.Lgs. 18 agosto 200 n. 267, nella formulazione dettata dalla riforma operata con D.L. n. 269/03, nel tentativo di ottemperare alle prescrizioni comunitarie imposte dalla Commissione nel procedimento di infrazione aperto contro lo Stato italiano. Sul punto, si rinvia a quanto già rilevato nel Capitolo I.

livello comunitario – impone alla giurisprudenza nazionale un’inversione di rotta in merito agli affidamenti diretti a società miste.

In ossequio al disposto di cui all’art. 113 del D.Lgs. n. 267/00, la sussistenza del controllo analogo, quindi, viene verificata indipendentemente dalla consistenza della partecipazione azionaria: ciò evidentemente impone di sottoporre ad un sindacato più stringente i poteri esercitabili all’interno della società, non essendo sufficienti quelli previsti dall’ordinamento civile¹⁰².

L’orientamento giurisprudenziale che si va affermando, sebbene con alcune pronunce che paiono in netta quanto inspiegabile controtendenza¹⁰³, tende ad apprezzare con particolare attenzione il grado di influenza esercitabile dal soggetto pubblico in termini di condizionamento delle decisioni, coordinamento e supervisione delle

¹⁰² *Contra*, v. TAR Campania, Sez. I, 30 marzo 2005 n. 2784, in Foro amm. TAR, 2005, 1164, con nota di O.M. CASOLARO, *In house providing*, laddove si afferma che le disposizioni statutarie per la composizione e la nomina del presidente e della maggioranza dei componenti sia del Consiglio di Amministrazione che del Collegio Sindacale rappresentino presupposti idonei per configurare un penetrante controllo economico e gestionale da parte dell’ente pubblico affidante.

¹⁰³ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2005 n. 7345, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Per un primo commento a tale pronuncia, si rinvia a R. GOSO, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e in house providing*, in Urb. e app. 2006, 586 ss. In contrasto con la cornice di legittimità elaborata dal giudice comunitario, il Consiglio di Stato conclude affermando che la presenza nel capitale sociale di una quota esigua nella titolarità di un soggetto privato (nella fattispecie, il comune possedeva oltre il 99% capitale sociale), non valga ad escludere la sussistenza del requisito del controllo analogo. Deve tuttavia rimarcata una considerazione di certo non peregrina, ma che va alla base della stessa opzione legislativa in favore di modelli societari, laddove si precisa che gli strumenti di controllo devono essere analizzati secondo criteri coerenti con la peculiarità dell’istituto in parola: in tal senso, deve essere esclusa l’applicazione di un modulo che riproduca, tra amministrazione e soggetto affidatario, una forma di dipendenza gerarchica tipica degli uffici interni, alla stregua della nota distinzione tra *in house* e quasi *in house contracts*. Il possesso della totalità delle azioni della società *in house*, quindi, consente <<l’esercizio di una funzione di direzione e controllo della gestione, che, seppure non identico nelle modalità, sia sostanzialmente equivalente a quello svolto sulle unità operative direttamente dipendenti>>: il diritto societario, infatti, offrirebbe strumenti idonei a permettere all’ente locale <<sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l’approvazione di opportune deliberazioni, di imporre, o meglio, di svolgere, ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente e la mano pubblica che le affida il servizio>>.

attività del soggetto partecipato, oltre a quanto conseguibile con i consueti controlli societari.

In merito, infatti, gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza amministrativa sembrano ricalcare appieno i dettami comunitari, almeno per ciò che concerne l'aspetto dirimente della presenza di capitali privati quale condizione di esclusione automatica dell'affidamento diretto.

In tal senso, un dato assodato nelle pronunce dei giudici nazionali è rappresentato dalla necessità di individuare forme di condizionamento delle scelte societarie ulteriori rispetto agli ordinari poteri societari¹⁰⁴.

Come si avrà modo di approfondire, l'elevato livello di incidenza richiesto dalla giurisprudenza, comunitaria e nazionale, per integrare il requisito del controllo analogo pone evidenti problemi di inquadramento dogmatico della figura organizzativa dell'*in house*, tradizionalmente realizzata mediante il ricorso al modulo societario che, invero, mal si presta al rispetto delle condizioni imposte a livello

¹⁰⁴ Rappresentative di tale indirizzo ormai consolidato possono essere la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 13 luglio 2006 n. 4440, in www.lexitalia.it ovvero la sentenza del TAR Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006 n. 422 in www.giustizia-amministrativa.it. Per un'approfondita analisi circa le evoluzioni della giurisprudenza nazionale, si rinvia a: S. DELIA, *Ancora sull'affidamento in house: gli sforzi della "nostra giurisprudenza e "le regole generali del diritto comunitario*, in www.lexitalia.it 5/07; I. MOSCARDI, *In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di controllo analogo*, in Foro amm. TAR, 6/2007, 2199 ss. Un aspetto sul quale la giurisprudenza mostra ancora incertezze riguarda, invece, il momento in cui valutare il controllo analogo in relazione all'apertura del capitale ai privati, ossia se sia ostativa all'affidamento la mera possibilità o soltanto l'obbligo di collocamento sul mercato delle azioni. Un approccio meno restrittivo è stato di recente proposto dal Consiglio di Stato che, con sentenza della VI Sezione, n. 1514 del 3 aprile 2007, ha affermato la legittimità dell'affidamento *in house* qualora lo statuto preveda un'astratta cedibilità delle azioni. Per un'analisi di tale profilo, si rinvia a G. GUZZO, *Consiglio di Stato e giurisprudenza comunitaria: prove tecniche di intesa in tema di controllo analogo*, in www.lexitalia.it 5/2007. Al riguardo, occorre considerare come la lesione dei principi concorrenziali si attualizzi solo nel momento in cui la costituzione di un soggetto *in house* mascheri una manovra elusiva degli obblighi di gara, e quindi con l'effettiva trasformazione dell'affidatario in società mista senza una procedura concorsuale nella scelta del partner.

comunitario, soprattutto in considerazione dell'accentuata autonomia organizzativa e gestionale che connota tale tipologia di ente ¹⁰⁵.

In tal senso, la casistica giurisprudenziale sinora intervenuta offre interessanti spunti per individuare gli strumenti necessari che si devono accompagnare agli ordinari poteri del socio totalitario. Alcuni di questi traggono origine comunque dal diritto civile, sebbene le pronunce che constano afferiscono al modello tradizionale di *governance* e non alle nuove tipologie introdotte dalla riforma societaria¹⁰⁶: altri, invece, sono esterni all'organizzazione societaria, fondandosi su prerogative strettamente pubblicistiche.

In ordine ai controlli interni, esemplificativa è senz'altro la pronuncia del TAR Puglia¹⁰⁷, resa nel giudizio ove era stata sollevata la questione pregiudiziale risolta con la sentenza *AMTAB*. In particolare, scendendo nell'esame del concreto assetto societario definito nello statuto dell'ente affidatario, il giudice ravvisa la sussistenza dell'influenza determinante del Comune, socio unico, nelle regole di composizione e nomina degli organi sociali (Assemblea dei soci, Consiglio di amministrazione e Collegio sindacale) che, se soppesate insieme ai vincoli derivanti dal contratto di servizio nonché ai peculiari obblighi imposti alla società, garantiscono un penetrante controllo delle scelte gestionali. In particolare, la vigilanza dell'amministrazione committente passa attraverso alcuni adempimenti quali: la trasmissione mensile dei verbali delle riunioni del Consiglio di

¹⁰⁵ In tal senso, v. M. DI DONNA, *Il caso chiuso degli affidamenti in house*, in Urb. e app. 2006, 377 ss.; M. CHIAPPETTA, *L'in-house providing alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria*, in www.lexitalia.it 4/2006; R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*, in Foro it. 2005, 137 ss.

¹⁰⁶ Per un approfondimento di tali aspetti si rinvia *infra*.

¹⁰⁷ Si fa riferimento a TAR Puglia, Bari, Sez. I, 12 aprile 2006 n. 1318, in www.giustizia-amministrativa.it.

Amministrazione e del Collegio Sindacale; la trasmissione dell'ordine del giorno delle riunioni dell'organo di gestione al Sindaco ed all'Assessore competente al ramo; la trasmissione trimestrale al Sindaco ed all'Assessore competente al ramo di una relazione avente ad oggetto l'andamento della società, con una specifica attenzione alla quantità e qualità dei servizi resi ed ai costi di gestione, parametrati agli obiettivi prefissati.

Un ulteriore esempio di modalità di controllo interno si può ricavare dalla circolare del Ministero dell'Ambiente¹⁰⁸, laddove – nel delineare le condizioni essenziali per ricorrere all'affidamento *in house* in materia di servizio idrico integrato – viene precisato che la disciplina pattizia, contenuta nello statuto o nell'atto costitutivo, devono circoscrivere l'autonomia finanziaria e decisionale della società affidataria, sottoponendo all'approvazione da parte degli enti locali partecipanti le deliberazioni relative all'amministrazione straordinaria nonché quelle concernenti gli aspetti più rilevanti dal punto di vista gestionale: a titolo esemplificativo, si deve prevedere un consenso espresso in merito alle determinazioni aventi ad oggetto il bilancio, la relazione programmatica, l'organigramma, il piano degli investimenti o il piano di sviluppo.

Parte della dottrina¹⁰⁹, ravvisa la possibilità di conformare lo statuto societario, così da realizzare un assetto di *governance* compatibile con l'affidamento *in house*, nelle facoltà consentite dall'art. 2497 *sexies*

¹⁰⁸ V. Circolare del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio, 6 dicembre 2004, pubblicata nella G.U.R.I. Serie generale, n. 291 del 13 dicembre 2004. Per un'analisi del testo di tale circolare si rinvia a: J. BERCELLI, *Le società miste e la società in house per i servizi pubblici locali. La legge e le ipotesi interpretative*, in Urb. e app. 2005, 640 ss.

¹⁰⁹ M. ATELLI – C- D'ARIES, *La public governance nei servizi pubblici locali*, Milano, 2006, 356.

c.c. e, quindi, attraverso l'inserimento di apposite clausole con le quali l'amministrazione affidante si riserva poteri di direzione e vigilanza.

Le modalità di controllo esterno, invece, si caratterizzano per la costituzione di organismi esterni alla società partecipata, collocati in una posizione intermedia tra l'amministrazione e la società affidataria¹¹⁰.

In tal caso, si tratta di strumenti di natura amministrativa il cui fondamento normativo deve ricercarsi nelle forme di coordinamento individuate nell'ordinamento delle autonomie locali. Viene in rilievo, in primo luogo, la stipulazione di convenzioni ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, finalizzate allo svolgimento integrato di funzioni e servizi: in tali accordi, infatti, le amministrazioni potrebbero concordare i profili essenziali del controllo, determinando fini, durata, modalità di consultazione, rapporti finanziari, e complessivamente l'insieme degli obblighi e delle garanzie reciproche. In tal senso, al fine di rendere maggiormente efficiente l'influenza determinante sulle società partecipate, le amministrazioni potrebbero prevedere la costituzione di uffici comuni ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche di vigilanza e controllo, ovvero delegare ad un solo ente, eventualmente l'amministrazione più grande o più attrezzata, le medesime funzioni pubbliche, da esercitare anche in nome e per conto degli altri enti partecipanti.

Altre forme organizzative, disciplinate dal Testo Unico degli enti locali ed idonee ad assolvere la funzione di controllo esterno, possono rinvenirsi nel consorzio di cui all'art. 31 e nell'unione di

¹¹⁰ Per un'approfondita disamina delle modalità di controllo esterno sinora realizzate, v. A. VIGNERI, *Il controllo del Comune sui servizi pubblici locali*, in *Amministrare*. 3/2003, 407 ss.

comuni di cui all'art. 32: in entrambi i casi, viene a costituirsi un ente autonomo ed indipendente, il cui compito appunto è quello di sovrintendere alla gestione delle società partecipate.

La medesima finalità, tuttavia, può essere perseguita anche attraverso meccanismi di raccordo che non prevedono affatto una soggettività distinta da quella delle amministrazioni partecipanti: al riguardo, basti pensare alla possibilità di esercitare in modo associato tali funzioni mediante metodi di concertazione istituzionale, soprattutto qualora i comuni siano di modeste dimensioni, così come prevede l'art. 33 del Testo Unico, ovvero all'accordo di programma di cui al successivo art. 34, mediante il quale gli enti interessati possono operare il coordinamento delle azioni, degli interventi e dei finanziamenti necessario allo svolgimento dei servizi da parte delle società partecipate.

Nella casistica giurisprudenziale sinora formatasi sulle modalità di controllo esterno, constano soltanto pronunce relative all'applicazione delle convenzioni disciplinate dall'art. 30 del Testo Unico, valutate favorevolmente dal giudice amministrativo quali modi di esercizio integrato delle funzioni di controllo nell'ipotesi di società *in house* partecipata da più enti locali¹¹¹.

E' stato, ad esempio, considerato legittimo l'affidamento diretto ad una società partecipata da più amministrazioni proprietarie che, per

¹¹¹ Per quanto attiene alle altre forme organizzative previste dal Testo Unico degli enti locali, parte della dottrina si è espressa in senso fortemente critico, non ritenendole agevolmente utilizzabili: per quanto riguarda il consorzio sarebbe, le procedure di costituzione di un soggetto sostanzialmente analogo all'azienda speciale e la stipulazione delle accessorie convenzioni renderebbero impraticabile o, almeno, difficilmente attuabile l'integrazione delle funzioni di controllo; in ordine invece all'unione di comuni ex art. 32 ed all'esercizio associato di cui all'art. 33, la stessa limitazione del loro impiego ai soli comuni e non anche agli altri enti locali, determina una consistente riduzione del campo di applicazione. Si esprimono in termini di forte perplessità, A. LE DONNE – C. PIEROTTI, *op. ult. cit.*

realizzare in modo integrato il controllo analogo, avevano dato luogo alla costituzione di un'Assemblea di coordinamento intercomunale dotata di poteri di ingerenza sul soggetto affidatario¹¹². Un'ingerenza che si traduceva, tra l'altro, nella consultazione tra gli enti locali circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società pluri-partecipata e circa il suo andamento generale, con audizione degli organi gestori (Presidente e Direttore Generale); nella delega all'approvazione del bilancio di esercizio, del piano industriale e degli altri documenti programmatici, obbligatoriamente trasmessi dalla società all'organismo di controllo; nella modifica e/o integrazione degli atti fondamentali, quali il contratto di servizio o lo stesso statuto, con successiva adozione degli adempimenti di competenza delle singole amministrazioni affidanti; nel controllo sullo stato di attuazione degli obiettivi, con verifica del rispetto dei criteri di efficacia, efficienza ed economicità, tramite una propria commissione.

Dibattuta appare invece la idoneità del contratto di servizio ad integrare il requisito del controllo analogo. Al riguardo, infatti, se è vero che tale accordo, avendo ad oggetto le modalità di esecuzione del servizio pubblico, rappresenta di per sé una significativa forma di controllo, è da rilevare che comunque la mera disciplina degli obblighi di servizio è indifferente rispetto alla natura del soggetto gestore (sia esso privato, interamente pubblico o partecipato), conservando una valenza prettamente contrattuale: del resto, in tal senso sembra muoversi la giurisprudenza laddove esprime perplessità circa la

¹¹² Cfr. TAR Friuli, 15 luglio 2005 n. 634, in www.giustizia-amministrativa.it.

sufficienza dello strumento pattizio a realizzare un'influenza decisiva sulle scelte di gestione del servizio¹¹³.

2.6. Il difficile inquadramento degli organismi in house nella disciplina delle società di capitali.

L'inquadramento del fenomeno dell'*in house providing*, i cui contorni sono in costante evoluzione, è fortemente condizionato dalle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza comunitaria, tuttavia oramai irrigidita su posizioni restrittive che sembrano originate più dalla necessità di arginare un fenomeno dilagante, che di chiarire i giusti equilibri tra esigenze pubblicistiche di auto-produzione e interessi privati alla tutela delle libertà economiche.

In assenza di una solida base normativa, la dottrina ha cercato di definire la natura giuridica del controllo analogo, seguendo di volta in volta gli episodici chiarimenti offerti dalla Corte di Giustizia.

In particolare, vi è chi ha evidenziato come vadano distinte due forme di controllo: la prima, di tipo strutturale, si realizza mediante la nomina dei componenti degli organi gestori della società affidataria e, rispetto ad essa, risulta determinante l'entità del finanziamento pubblico; la seconda, sull'attività, consiste nella verifica costante e

¹¹³ In senso contrario alla sufficienza del contratto di servizio ad integrare il requisito del controllo analogo, si pone M. GRECO, *Strumenti di controllo extrasocietario nella gestione in house*, in www.appaltiecontratti.it. A considerazioni analoghe sembra accedere anche la giurisprudenza: cfr. TAR Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006 n. 433, in www.giustizia-amministrativa.it, laddove si precisa che le clausole che attribuiscono all'amministrazione pubblica poteri di indirizzo, vigilanza e controllo sulla gestione del servizio sono riconducibili agli ordinari poteri di verifica dell'esatto adempimento, come tali identici a quelli riconosciuti a qualunque controparte contrattuale e, quindi, non idonei a consentire l'esercizio di un'influenza determinate sulla gestione sociale.

continua della conformità della gestione rispetto a parametri legali preterminati¹¹⁴. Nella ricostruzione offerta, tali tipologie di influenza sull'affidataria devono cumularsi per legittimare affidamenti diretti, ancorché la possibilità di incidere sugli assetti societari, e principalmente sulla composizione del Consiglio di Amministrazione, rappresenti una condizione essenziale. Al riguardo, tuttavia, occorre considerare che il bilanciamento tra le due forme di controllo deve essere riconsiderato alla luce degli attuali orientamenti giurisprudenziali: l'integrale proprietà del capitale sociale e, di riflesso, la nomina degli organi sociali, non è sufficiente ad integrare il controllo analogo, essendo necessario prevedere strumenti ulteriori ed esterni all'organizzazione dell'ente.

Altri, invece, hanno ripreso le conclusioni rassegnate dagli avvocati generali nelle sentenze fondative dell'istituto, ritenendo integrata la soggezione organica in presenza di una dipendenza formale, economica ed amministrativa¹¹⁵.

Da ultimo, invece, è stato sostenuto che ciò che conta per l'affidamento *in house* è la posizione del gestore al di fuori del mercato, a prescindere dalla veste organizzativa assunta, di modo che se l'impresa incaricata si trova in un rapporto di esclusiva relazione con l'amministrazione titolare del servizio, ne deriva che essa è *naturaliter* sottoposta ad un potere assoluto del soggetto pubblico¹¹⁶: alla luce delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia, si afferma che la

¹¹⁴Per un'analisi di tale bipartizione del controllo analogo, v. D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 257 ss.

¹¹⁵Sul punto, v. G. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario 2001, 344 ss.

¹¹⁶V. L.R. PERFETTI, *Mito e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in Dir. amm. 2006, 420; B. GILBERTI, *In house providing: questioni vecchie e nuove*, in Foro amm. CDS, 2006, 42 ss.

delimitazione dell'oggetto sociale in uno al divieto di operare nei confronti di altre amministrazioni, costituirebbe una valida fonte di legittimazione di affidamenti diretti.

Il maggiore peso attribuito al secondo dei requisiti dell'*in house* (prevalenza dell'attività), a discapito del primo (controllo analogo), evidentemente finalizzato a consentire la costituzione di soggetti pluri-partecipati od anche società miste¹¹⁷, non può essere accolto, a fronte del chiaro tenore delle pronunce del giudice comunitario, invero tese a rimarcare la necessità di una stretta relazione di dipendenza organica, possibile solo con un controllo analogo interno all'ente affidatario¹¹⁸.

Se quindi il modello comunitario prevede l'affidamento diretto soltanto in favore di soggetti privi di concreta autonomia decisionale, ne deriva la sostanziale impossibilità di configurare tale relazione con società per azioni.

A seguito della riforma del diritto societario¹¹⁹, infatti, i soci sono sempre più estromessi dalla gestione dell'impresa, dal momento che sono stati fortemente circoscritti (se non del tutto eliminati) i poteri dell'assemblea volti a vincolare il management nell'assunzione delle principali decisioni e strategie imprenditoriali.

In tal senso depongono numerose circostanze: l'eliminazione della facoltà di riservare all'assemblea, attraverso apposite clausole statutarie, il potere di deliberare su oggetti attinenti alla gestione della società, di cui alla precedente formulazione dell'art. 2364, comma 1,

¹¹⁷ Per le quali, come si avrà modo di approfondire, la cornice normativa è totalmente diversa rispetto a quella dell'*in house*.

¹¹⁸ In questi termini, v. R. URSI, *Le cd. società in house*, in AA.VV. Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita, vol. III, Napoli, 2007, 1649 ss.

¹¹⁹ V. *ex multis* A. BARTALENA, *Le competenze dell'assemblea*, in Società, 2005, 1093 ss.; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia, (a cura di F. Galgano) vol. XXIX, Padova, 2003, 203.

cod. civ.; il ruolo preminente svolto nell'assetto societario dall'organo di amministrazione, cui spetta la competenza esclusiva su ogni aspetto gestionale, ai sensi dell'art. 2380 bis cod. civ.; la netta separazione tra proprietà e controllo della società, solo attenuato dalla previsione di cui all'art. 2364, comma 1, n. 5 cod. civ.¹²⁰.

Né, del resto, la piena autonomia goduta dagli amministratori in virtù del disposto di cui all'art. 2380 bis (evidentemente incompatibile con l'*in house providing*), può essere scalfita dalla attività di direzione e coordinamento così come prevista dall'art. 2497 cod. civ. ovvero dai poteri di direttiva deducibili dall'art. 2449 cod. civ.

Anche nel caso di modello dualistico, la frapposizione del consiglio di sorveglianza tra assemblea e amministratori non sembra idonea a configurare il controllo analogo, alla luce dei poteri attribuiti a tale organo dall'art. 2409 terdecies, comma 1, cod. civ.¹²¹.

Sul punto, basti considerare che, pur assicurando una perfetta corrispondenza tra ente pubblico/socio e consiglio di sorveglianza (attraverso meccanismi di composizione e selezione dei membri, invero, di difficile definizione), comunque la ferma responsabilità gestionale dell'organo di amministrazione, ossia il consiglio di

¹²⁰ Secondo tale disposizione, nelle società prive di consiglio di sorveglianza l'assemblea "*delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti*". E' palese, tuttavia, che tale facoltà in capo all'assemblea di esprimere autorizzazioni sugli specifici atti di gestione è insufficiente ad integrare il requisito del controllo analogo, come definito a livello comunitario, a mente del quale la complessiva determinazione degli indirizzi gestionali deve essere individuata, in modo vincolante, dal socio pubblico.

¹²¹ La norma richiamata prevede che << Il consiglio di sorveglianza: a) nomina e revoca i componenti del consiglio di gestione; ne determina il compenso, salvo che la relativa competenza sia attribuita dallo statuto all'assemblea; b) approva il bilancio di esercizio e, ove redatto, il bilancio consolidato; c) esercita le funzioni di cui all'articolo 2403, primo comma; d) promuove l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione; e) presenta la denuncia al tribunale di cui all'articolo 2409; f) riferisce per iscritto almeno una volta all'anno all'assemblea sull'attività di vigilanza svolta, sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevati>>.

gestione, insieme alla mera indicazione di scelte generali da parte del consiglio di sorveglianza, ostano alla configurazione di efficaci strumenti di controllo analogo da parte del soggetto pubblico.

In tal senso, quindi, residuerebbe la possibilità di impiegare soltanto il modello della società a responsabilità limitata¹²² che, invece, consente l'adattamento alle rigide condizioni imposte a livello comunitario. In tale veste societaria, infatti, non sussistendo alcuna separazione tra proprietà e controllo, i soci sono titolari dell'interesse imprenditoriale e, proprio grazie ad un modello personalistico e flessibile, possono essere assegnatari di concreti poteri gestionali in virtù del combinato disposto degli artt. 2468, 3 comma cod. civ. e 2479, comma 1, cod. civ.¹²³

A prescindere dalla determinazione delle modalità consentite dall'ordinamento civile per realizzare adeguate forme di controllo analogo, tuttavia, deve rilevarsi che la veste societaria presenta profili di indubbia criticità ai fini di una legittima gestione in casa¹²⁴: in primo luogo, la forte limitazione dell'oggetto sociale e dell'ambito di

¹²² In tal senso, v. M.G. URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house. Rilevanza o indifferenza del tipo societario?*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2006. Sugli assetti di *governance* nel caso di società a responsabilità limitata, dopo la riforma del diritto societario, si rinvia a C. DI NANNI, *L'amministrazione e i controlli nella nuova società a responsabilità limitata*, in AA.VV., *La "nuova" società a responsabilità limitata* (a cura di M. Miola), Napoli, 2005, 201 ss.

¹²³ Secondo il primo, infatti, <<Resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili>>: il secondo, invece, dispone che << I soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione>>.

¹²⁴ Di diverso avviso, R. MANGANI, *op. cit.*, secondo il quale l'attenuazione del rigore dimostrato dalla Corte della valutazione del controllo analogo nella sentenza *Tragsa*, aprirebbe spazi per l'impiego del modello societario, purché si dia adeguata motivazione della scelta favorevole all'*in house* e si risolva il potenziale conflitto di interessi sussistente in seno all'amministrazione al contempo soggetto affidante ed ente gestore. Un conflitto che, secondo l'A., va risolto, da un lato, stabilendo un rapporto esclusivo dell'affidatario con l'amministrazione committente, dall'altro, imponendo al soggetto *in house* di produrre effettivamente le prestazioni affidate.

esplicazione delle attività imprenditoriali incide sulla stessa causa contrattuale; inoltre, l'irrigidimento del regime giuridico cui viene ad essere sottoposto il soggetto affidatario mina alla base la stessa ragione del ricorso a moduli privatistici, quali strumenti finalizzati a dare ingresso alle logiche economiche di redditività, di semplificazione dell'azione e snellimento delle procedure, nonché di netta separazione fra gli organi di indirizzo e quelli di gestione.

Capitolo III

Le società miste

3.1. *Premessa*

Nel precedente capitolo si è analizzata la figura dell'affidamento *in house*, quale ipotesi di conferimento diretto di servizi e prestazioni in favore di soggetti solo formalmente distinti dall'amministrazione affidante, perché legati ad essa da vincoli di dipendenza talmente strutturati e penetranti da dare luogo ad una relazione assimilabile alla delegazione interorganica. Si è rilevato, poi, come i requisiti integranti tale fattispecie, principalmente per quanto attiene al cd. << controllo analogo >>, siano stati oggetto di un processo di definizione giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia e, di riflesso, dei giudici amministrativi nazionali, che ha portato ad un notevole restringimento delle possibilità applicative dell'istituto, sino quasi a determinare una vera e propria sconfessione della deroga ai principi concorrenziali.

All'indomani del *reinvirement* del giudice comunitario rappresentato dalla sentenza Stadt Halle, con la quale è stata appunto sancita l'illegittimità di affidamenti diretti in favore di società di capitali partecipate anche da imprenditori privati, si è ipotizzata la netta incompatibilità del modulo organizzatorio delle società miste rispetto ai principi concorrenziali e di tutela delle libertà economiche previsti dal Trattato¹²⁵. Il giudizio di netta chiusura in merito alle società

¹²⁵ V. R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in Dir. Amm., 1/2005, 179 ss.; M.P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in Foro amm. TAR, 2006,

partecipate, tuttavia, sembra essere la conseguenza di un'assimilazione forzata di tale istituto con l'*in house providing*, forse dipesa da una lettura affrettata delle motivazioni offerte dal giudice comunitario in relazione ad una vicenda che, invero, nel caso di specie presentava caratteristiche diverse: in quel giudizio, infatti, si trattava di valutare la legittimità del conferimento di un servizio ad una società partecipata, non preceduto da una selezione pubblica né a valle, ossia per l'affidamento stesso, né a monte, nella scelta del partner privato.

E' notazione comune che il giudice comunitario non ha avuto ancora l'occasione di pronunciarsi in ordine al modello della società a capitale misto pubblico-privata, nella conformazione conosciuta nell'ordinamento nazionale. Ne deriva, pertanto, l'esigenza di ripercorrere l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto, al fine di rappresentarne i presupposti e connotati essenziali, così da dare conto della netta distinzione sussistente rispetto all'affidamento interno. Anche perché – come si avrà modo di analizzare *funditus* nel prossimo capitolo – i recenti interventi normativi in materia, basti pensare al decreto Bersani e al disegno di legge di riordino dei servizi pubblici locali, sembrano accomunare entrambe le modalità organizzative allo stesso regime giuridico.

1161 ss., anche in AA.VV. *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali* (a cura di M.P. Chiti), Bologna, 2006. L'A.si interroga circa l'opportunità di escludere la terza via tra esternalizzazione e gestione *in house*: l'erosione dell'autonomia organizzativa degli Stati ad opera della Corte di Giustizia, infatti, in assenza di una chiara politica legislativa, finisce con l'impedire alle amministrazioni di utilizzare una forma di gestione nata per evitare che nei mercati, dove gli operatori sono pochi o di dimensioni modeste, entrino quei grandi colossi stranieri che, protetti dalle legislazioni nazionali, sono in grado di determinare condizioni di oligopolio.

3.2. Origine del modello organizzativo delle società miste in relazione alla gestione di servizi pubblici.

La facoltà di costituire società di capitali deve ricondursi alla capacità di diritto privato di cui è titolare la pubblica amministrazione, in ragione della personalità giuridica ad essa riconosciuta dall'ordinamento¹²⁶. Storicamente si è assistito al passaggio da una marcata attenzione sui fini di interesse generale cui è preposto l'ente pubblico, quali limiti alle prerogative disciplinate dal diritto comune intimamente connessi alla stessa natura del soggetto¹²⁷, ad una visione nella quale sono valorizzati gli aspetti derivanti dall'inserimento dell'organizzazione amministrativa tra i soggetti giuridici, così da riconoscerle una generale parificazione con i soggetti di diritto privato¹²⁸: secondo quest'ultimo inquadramento, l'amministrazione è ritenuta titolare di un'autonomia privata sostanzialmente piena, ferme restando specifiche ed eccezionali deroghe espressamente previste da discipline speciali.

¹²⁶ Per un inquadramento del tema, si rinvia a: F.G. COCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Il Dir. dell'economia*, 2/2005, 239 ss.; C. DEODATO, *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, in www.giustamm.it.

¹²⁷ Sostengono che la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione abbia un contenuto circoscritto, perché privato di quelle prerogative in contrasto con gli scopi generali da essa perseguiti, C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1934 (ristampa del 1954), nonché AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.* 1938, 36 ss.

¹²⁸ In termini, tra gli altri, G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 23, A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974, 71 ss. Per una sintesi di tali aspetti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 446 ss. Ad ogni modo, anche la dottrina propensa a ritenere sussistente una piena capacità giuridica ha, comunque, chiarito che l'esercizio dell'autonomia privata debba essere funzionalizzato al perseguimento di scopi pubblici: cfr. E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, cit., 78; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 75 ss. Per un'analisi di tali aspetti si rinvia anche a S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 138 ss.

Orbene, per quanto attiene alle modalità di costituzione di società di capitali bisogna appunto rifarsi alla normativa nazionale sulle forme di gestione dei servizi pubblici, precipuamente quelli locali, che – in assenza di un assetto giuridico generale – ha finito per assurgere a parametro di riferimento per la comprensione dell'istituto delle società partecipate: del resto, rispetto a tale fattispecie, occorre considerare che la disciplina nazionale costituisce anche la cornice normativa esclusiva, dal momento che il diritto comunitario derivato non si occupa dei rapporti tra concedente e concessionario del servizio, residuando soltanto l'applicazione dei principi generali del Trattato¹²⁹.

Come noto, lo schema societario viene introdotto con la legge di riordino delle autonomie locali, n. 142 del 1990, che, all'art. 22, prevede la società a capitale pubblico maggioritario quale forma di gestione dei servizi pubblici locali, alternativa alla concessione a terzi ed alle altre modalità interamente pubblicistiche¹³⁰. L'intento del legislatore, evidentemente, è quello di favorire un processo di privatizzazione formale ritenuto fattore di crescita del settore e garanzia di trasparenza¹³¹: da un lato, si creano le condizioni per una netta separazione tra indirizzo politico-amministrativo, dettato dagli

¹²⁹ Sul punto, cfr. M. CAMMELLI – A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, 319 ss.; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998, 438.

¹³⁰ Già in precedenza le amministrazioni locali erano ricorse alla costituzione di società di diritto privato, sebbene il r.d. 15 ottobre 1925 n. 2578 non le prevedesse espressamente tra le forme di gestione dei servizi pubblici locali. Sul punto, v. V. MARTINELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997, 21 ss.; M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province, regioni*, Rimini, 1989, 57 ss.

¹³¹ Per una ricostruzione dell'incerto andamento dei processi di liberalizzazione e privatizzazione nel settore dei servizi pubblici, si veda, da ultimo, G. NAPOLITANO, *La difficile apertura dei servizi pubblici all'iniziativa economica privata*, in AA.VV. *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Vol. II, Napoli, 2007, 777 ss. L'Autore, in particolare, evidenzia i benefici che comunque la privatizzazione formale ha apportato in termini di gestione commerciale dell'attività, oramai necessaria per tutelare gli interessi lucrativi dell'investitore privato, così da ridurre drasticamente gli interventi distorsivi del soggetto pubblico.

organi rappresentativi dell'ente locale, ed espletamento del servizio in forma imprenditoriale, rimesso alle libere scelte del gestore; dall'altro, l'ingresso di capitali privati, di esperienze e conoscenze maturate dagli operatori economici, la conformazione a logiche operative maggiormente flessibili, favoriscono un più adeguato ed efficiente utilizzo delle risorse pubbliche, garantendo il conseguimento dell'equilibrio economico.

Il suddetto processo di privatizzazione, infatti, origina dalla necessità di superare un modello di regolazione pubblicistica fondato sulle aziende speciali che, in precedenza, aveva prodotto un ingente deficit finanziario¹³².

Nella prima fase, le società partecipate sono legate all'amministrazione locale da un chiaro vincolo di dipendenza finanziaria, dal momento che è richiesta la presenza maggioritaria del soggetto pubblico al capitale sociale: ciò, evidentemente, consente una forte influenza in tutte le scelte gestionali attraverso gli strumenti propri del diritto societario, posto che la maggioranza negli organi dell'ente di per sé è garanzia di piena rispondenza delle decisioni sul servizio rispetto alla volontà dell'amministrazione, già espressa in sede di programmazione¹³³.

¹³² La crisi del modello di regolazione pubblicistica dei servizi è ben messo in luce da F. ASTONE, *Brevi note in tema di autoproduzione dei servizi*, in AA.VV., *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali* (a cura di F. Astone, M. Calcarea, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta), Torino, 2005, 224. In tema, v. anche G. DI GASPARE, *Esternalizzazione (tramite contratti e figure soggettive delle attività amministrative) societarizzazioni e privatizzazioni: un approccio teorico*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

¹³³ E' da ricordare, infatti, che con il d.p.r. n. 902 del 1986 si introduce uno strumento di indirizzo e programmazione con il quale dettare le linee fondamentali di gestione dei servizi da parte dei soggetti erogatori, allora individuati nelle aziende speciali. In tal modo, tuttavia, si è dato ingresso ad una prima, seppur tenue, distinzione tra programmazione e gestione del servizio, che viene rafforzata con la creazione di soggetti societari, collocati in posizione di tendenziale parità con l'amministrazione.

Il modello societario, poi, si è nel tempo esteso sino alla previsione di società a capitale pubblico minoritario, introdotte con la legge n. 498 del 1992 e regolamentate dal d.p.r. n. 533 del 1996, per incentivare processi di privatizzazione anche in quegli ambiti nei quali sono necessari consistenti investimenti, soprattutto infrastrutturali, certamente non affrontabili da amministrazioni comunali di modeste dimensioni. Pur tuttavia, permane un'incisiva influenza del soggetto pubblico al quale sono riconosciuti poteri speciali, derogatori rispetto al comune modello societario disciplinato dal codice civile: in tal modo, si scongiura il rischio di una vera e propria dismissione del servizio.

Un'ulteriore tappa del processo di privatizzazione è segnata dalla legge n. 127 del 1997, con la quale, da un lato, si semplifica il procedimento di trasformazione delle aziende speciali in società di capitali, dall'altro, si attribuisce la facoltà di costituire società a responsabilità limitata: alle predette società di capitali, peraltro, possono partecipare anche enti locali che non sono stati anche i promotori della costituzione.

L'introduzione del modello societario ha sin da subito sollevato molteplici questioni intimamente connesse al rapporto tra amministrazione affidante e società. In particolare, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate circa le regole da dover rispettare per l'affidamento del servizio alla partecipata. Al riguardo, la dottrina pressoché maggioritaria ha ritenuto che la scelta del modello societario

non si conciliasse con l'adozione di un successivo formale provvedimento concessorio¹³⁴.

La legittimità dell'affidamento diretto del compito di gestione di un servizio viene fondata appunto sulla sussistenza di un controllo pubblico dell'ente sulla società, facendosi così ancora riferimento al preteso carattere recessivo della concorrenza rispetto all'interesse generale.

L'inquadramento delle società miste quali forme di gestione diretta del servizio, così come prospettata all'indomani dell'introduzione di tale modulo organizzativo, tuttavia, muove da considerazioni ancora attuali, in quanto dipendenti dalla *ratio* stessa del ricorso alla costituzione di una società partecipata.

Dalla elencazione delle forme di gestione contenuta nell'art. 22 della legge n. 140 del 1992, si ricava che la società mista rappresenta un'alternativa alla concessione (o, secondo la terminologia vigente, all'affidamento) ad un soggetto privato: il provvedimento, infatti, costituendo lo strumento di controllo sull'esecuzione del servizio da parte del terzo, ben può essere sostituito dalla partecipazione dell'amministrazione in seno alla società, così evitando un'ipotesi di

¹³⁴ Per una ricostruzione del dibattito, si rinvia a R. VILLATA, *Servizi pubblici. Discussioni e problemi*, Milano, 2006, 129 ss. ed all'ampia dottrina ivi citata. Da ultimo, v. anche M.G. URSO, *La natura giuridica delle società partecipate dagli enti pubblici e la disciplina applicabile*, in www.lexitalia.it 2/2007. Tra i primi contributi al dibattito, si rinvia a: G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici ed opere accessorie*, in Riv. trim. app. 1997, 493 ss.; V. PARISIO, *La gestione dei servizi pubblici locali: tradizione e innovazione nel quadro della collaborazione pubblico privato*, in Giust. Civ. 1993, 517 ss.; A. BARDUSCO, *Servizi pubblici locali e libertà di mercato*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 1994, 27 ss.; G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in Nuova rass. 1995, 1082 ss.; M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in Regioni, 1992, 7 ss.; F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in Dir. amm. 1995, 275 ss.; M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in Riv. trim. app. 1996, 229 ss.

duplicazione di ingerenze rispetto al gestore. Non si manca poi di evidenziare un paradosso che, invero, ancora connota il partenariato pubblico-privato e la cui soluzione è condizione imprescindibile per verificare la compatibilità del modello con i principi di tutela della concorrenza e del mercato: si tratta dell'espletamento di pubbliche gare anche per l'affidamento del servizio a società partecipate che, nel caso di società costituite *ad hoc* per tale scopo, rappresenterebbe un'evidente condizione ostativa all'impiego di tale modulo organizzativo – posto che l'alea di rischio del mancato conseguimento della legittimazione alla gestione scoraggerebbe qualsiasi investimento privato – nonché un'irragionevole duplicazione di strumenti selettivi¹³⁵.

Come noto, infatti, la compatibilità del modello societario con i principi comunitari della concorrenzialità e del libero mercato viene ancorata, dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, all'individuazione del partner privato mediante un confronto paritario fra gli operatori economici interessati alla gestione: in tal modo, pertanto, il rispetto delle libertà garantite dal Trattato viene anticipato a monte della costituzione del soggetto gestore, non più a valle, in sede di conferimento della legittimazione allo svolgimento dei servizi pubblici. La tesi, del resto, rinviene conforto normativo nel regolamento di cui al d.p.r. n. 533 del 1996, relativo alle società a capitale pubblico minoritario, che assume così un'efficacia generale, fungendo da

¹³⁵ Come si avrà modo di chiarire, l'evenienza di una seconda gara per l'affidamento del servizio, successiva a quella per la scelta del partner, secondo il modello di società partecipata che storicamente si è consolidato nell'ordinamento, determinerebbe altresì un inutile e dispendioso aggravamento della procedura diretta alla realizzazione di forme di gestione dei servizi, con evidente violazione dei principi di ragionevolezza ed economicità dell'azione amministrativa. Per tali considerazioni, v. F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.* 1995, 293.

parametro di riferimento anche per le società caratterizzate dalla presenza maggioritaria dell'ente affidante.

Secondo tale ricostruzione, la decisione di costituire una società partecipata si configura quale scelta organizzativa sostanzialmente discrezionale e rimessa alla libera determinazione dell'amministrazione, cui l'ordinamento riconosce la facoltà di optare tra i vari modelli indicati dalla normativa¹³⁶.

La società partecipata, tuttavia, viene ad essere accomunata alla concessione in quanto suscettibile di realizzare l'identico effetto traslativo, ossia il trasferimento in capo alla medesima della legittimazione a svolgere una prestazione riservata nella titolarità dell'amministrazione; di talché, sotto tale profilo, la costituzione di una società mista si inserisce comunque tra le forme concessorie, sebbene connotate da aspetti del tutto peculiari¹³⁷.

¹³⁶ Sul punto, se la giurisprudenza amministrativa di primo grado ha offerto una lettura restrittiva della norma, escludendone la legittimità di affidamenti a soggetti pre-costituiti ovvero a società aventi oggetto sociale non compatibile (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 27 luglio 2001 n. 3601, in TAR, 2001, I, 3401; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 29 marzo 2001 n. 2917, in TAR 2001, I 471), il Consiglio di Stato ha, di contro, favorito un ampio utilizzo del modello societario, ritenuto idoneo a favorire l'esercizio integrato del servizio da parte di più amministrazioni (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2002 n. 2297, in Cons. St., 2002, I, 907).

¹³⁷ E' comune in dottrina il rilievo che la costituzione di società miste per la gestione di servizi pubblici locali vada sostanzialmente equiparata alla concessione, rappresentando un'ipotesi di concessione ex lege. In termini, v. A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in Reg. gov. loc. 1992, 94; C. VOLPE, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione di nuovo sulla strada della teoria dell'organo indiretto: abbandono temporaneo o addio definitivo?*, in Riv. trim. app. 1996, 223; A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in Dir. pubbl. 1995, 590 ss. In senso contrario, M. DUGATO, *Le società per la gestione ...*, cit. 113, secondo il quale il trasferimento delle prerogative pubblicistiche non sarebbe automatico ma conseguirebbe alla stipulazione del contratto di servizio, nonché P. FIMIANI, *Le società miste nel servizio pubblico ambientale*, Milano, 1998.

Nella qualificazione del modello societario, anche la giurisprudenza nazionale risulta fortemente influenzata dalla connessione con la fattispecie concessoria¹³⁸.

In un primo momento, chiamata a pronunciarsi sul riparto di giurisdizione in relazione a controversie attinenti appalti banditi da società partecipate, la Suprema Corte di Cassazione – argomentando proprio dall’assenza di un provvedimento amministrativo traslativo – afferma che nel caso di forma societaria non si ravviserebbero profili pubblicistici, non ricorrendo alcun conferimento di poteri, di modo che il gestore svolgerebbe unicamente attività di diritto privato, quale mero operatore commerciale e non organo indiretto¹³⁹.

In tale senso, l’assunto prospettato dal giudice della giurisdizione sembra porsi in stridente contrasto con la circostanza che la costituzione di società partecipate, come per il caso di concessione a terzi, costituisce una modalità organizzativa di un pubblico servizio, con la quale si instaura un nesso strumentale tra l’amministrazione ed il gestore: quest’ultimo, infatti, si inserisce nel plesso amministrativo, essendo facoltizzato ad erogare le prestazioni per conto dell’ente affidante, adottando atti che assumono natura pubblicistica, alla pari di quanto avviene per i concessionari. Se

¹³⁸ Cfr. Cass. civ., SS.UU., 6 maggio 1995 n. 4989, in Giust. Civ. 1995, I, con nota di B. MAMELI; Cons. Stato, Ad. gen. n. 90/1996, in Cons. St. 1996, I, 1640; Cass. civ., SS.UU. 29 ottobre 1999 n. 754, in Urb. e app. 2000, 383.

¹³⁹ Si fa riferimento alla ben nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 6 maggio 1995 n. 4991, in Giur.it, 1995, I, 494, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*. L’impianto argomentativo di tale sentenza, poi, viene ripreso in altre pronunce, venendosi a consolidare l’assunto secondo il quale soltanto il formale provvedimento concessorio vale a distinguere un soggetto facente parte dell’organizzazione amministrativa, da un soggetto che si muove secondo logiche ed atti squisitamente privatistici: basti al riguardo considerare le conclusioni conformi rassegnate nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 27 marzo 1997 n. 2738, in Giorn. dir. amm. 1997, 617 ss.

pertanto è indubbia la qualificazione del concessionario quale organo indiretto¹⁴⁰, altrettanto dovrebbe dirsi per le società partecipate¹⁴¹.

A tale linea ermeneutica, favorevole alla parificazione dei moduli gestori quanto agli effetti traslativi, si conforma, invece, la giurisprudenza amministrativa. Se il primo approccio pare caratterizzato dalla logica dell'organo indiretto¹⁴², successivamente il giudice amministrativo pone l'accento sulla funzionalizzazione dell'attività al perseguimento dell'interesse pubblico e, quindi, sul collegamento strutturale e funzionale della società partecipata con l'organizzazione amministrativa.

In una differente prospettiva, al fine di giustificare il conferimento diretto di beni, servizi o attività, la società partecipata viene considerata uno strumento dell'amministrazione e non un soggetto terzo, evidenziandone la possibile qualificazione di amministrazione aggiudicatrice *sub specie* di organismo di diritto pubblico¹⁴³.

Questo diverso approccio della giurisprudenza amministrativa finisce poi con l'essere condiviso anche dalla Corte di Cassazione che,

¹⁴⁰ La dottrina che ha affermato la natura amministrativa degli atti posti in essere dal concessionario, quale organo indiretto dell'amministrazione, è ampia ed autorevole. In questa sede, pertanto, sia consentito rinviare a: V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Concessione di pubblico servizio, problemi di giurisdizione e di effettività della tutela in tema di scelta del contraente e di rapporti tra amministrazione concedente e concessionario*, in AA.VV., *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 109 ss.; F. PUGLIESE, *Controcanto in tema di concessioni e tutele giurisdizionali*, in AA.VV. *La concessione di pubblico servizio*, cit. 133 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, 264 ss.

¹⁴¹ In termini, G. GRECO, *Appalti di lavori affidati da SpA in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario, 1995, 1066.

¹⁴² Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 1995 n. 498, in Cons. St., 1995, I, 483. Per un'analisi dei contenuti di tale pronuncia si rinvia a: A. POLICE – A. NIUTTA, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in Riv. Dir. Comm. 1999, 488.

¹⁴³ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996 n. 147, in Cons. St., 1996, I, 148; Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 1996 n. 1577, in Cons. St., 1996, I, 1956 ss. Negli stessi termini, anche il giudice di primo grado, tende a valutare il fenomeno delle società miste utilizzando come parametro di riferimento la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico.

in contrasto con il proprio precedente orientamento, valorizza il concetto europeo di amministrazione aggiudicatrice quale *discrimen* per valutare il riparto di giurisdizione, abbandonando il riferimento alla presenza di un formale provvedimento concessorio: in tal senso, sono rimesse alla giurisdizione amministrativa anche gli atti posti in essere dal privato, sebbene non concessionario, purché ricorrano quegli indici rivelatori della figura dell'organismo di diritto pubblico, previsti dall'ordinamento comunitario¹⁴⁴.

Al riguardo, infatti, se, da un punto di vista meramente formalistico, le società di capitali possono apparire incompatibili con la figura dell'organismo di diritto pubblico, a causa del contrasto tra lo scopo lucrativo e la finalità di perseguimento di interesse generale non industriale o commerciale¹⁴⁵, l'intrinseca connotazione pubblicistica del soggetto gestore impone di dare rilevanza ai contenuti concreti dell'attività posta in essere¹⁴⁶.

3.3 La compatibilità del modello rispetto al diritto comunitario della concorrenza: il problema della doppia gara.

Come rilevato, l'aspetto maggiormente dibattuto in tema di società miste concerne la valutazione, sul piano sistematico, della compatibilità del modello rispetto ai valori comunitari di concorrenza

¹⁴⁴ Si far riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 5 febbraio 1999 n. 24, in *Giur.it*, 1999, 1510.

¹⁴⁵ In questi termini, cfr. TAR Puglia, 23 aprile 1998 n. 367, in *Foro amm.* 1999, 206; Cass. civ., SS.UU., 2 marzo 1999 n. 107, in *Giur. it.*, 200, 175. Aderisce a tale impostazione, A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di "diritto speciale": problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 158.

¹⁴⁶ Sul tema, si rinvia a: M.G. URSO, *La natura giuridica delle società partecipate dagli enti pubblici e la disciplina applicabile*, in www.lexitalia.it, 2/2007

e libero mercato¹⁴⁷. Lo snodo centrale della questione è rappresentato dalla individuazione del momento e dei modi in cui le libertà economiche degli operatori privati trovano le giuste forme di tutela.

La linea esegetica prevalente ha portato a ritenere necessario l'espletamento di gare pubbliche per la scelta del partner di minoranza nel capitale della società partecipata. Invero alcuni autori hanno mostrato forti perplessità circa l'opportunità di meccanismi di selezione per la determinazione del socio privato, sia in considerazione della natura associativa del contratto sociale e, quindi, delle connotazioni fiduciarie di tale scelta¹⁴⁸, sia perché l'ordinamento sembrerebbe esprimere un indirizzo diverso¹⁴⁹. Del resto, non può prescindere dal considerare che tali meccanismi troverebbero difficile applicazione in relazione a procedimenti nei quali gran parte dei contenuti delle offerte sarebbero predeterminati (basti pensare all'assetto di *governance* deciso dall'Amministrazione nella stesura dello

¹⁴⁷ Per un inquadramento del tema e per un'interessante disamina circa gli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento per il sindacato delle scelte dell'amministrazione, si rinvia a M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2005, 167 ss. V. inoltre, A. QUIETI – A. ZUCCHETTI, *Normativa CE: concorrenza e gare in materia di servizi pubblici locali. Le gare per i servizi pubblici locali sono proprio imposte dalla vigente normativa CE?*, in Foro amm. CDS 2003, 789 ss; nonché, da ultimo, M.E. BOSCHI, *I confini dell'evidenza pubblica nelle procedure costitutive di società miste*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2007; S. FERLA, *Diritto nazionale dei servizi pubblici e diritto comunitario della concorrenza. Argomenti di riflessione su un equilibrio non ancora definito: il caso delle società a capitale misto pubblico/private*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2005.

¹⁴⁸ La tesi è stata più volte propugnata da G. Caia nei molteplici contributi dedicati al tema.

¹⁴⁹ In molti, argomentando *a contrario* rispetto al chiaro tenore letterale dell'art. 12 della l. n. 498 del 1992, nella parte in cui subordinava alla gara la scelta del socio privato soltanto nel caso di società a partecipazione pubblica minoritaria, ritenevano che, laddove l'amministrazione continuasse a detenere il pacchetto di maggioranza, l'individuazione del partner privato potesse essere effettuata *intuitu personae*: per un esame di questa posizione dottrinarica, si rinvia a P. FIMIANI, *Le società miste nel servizio pubblico ambientale*, Milano, 1998, 54 ss; G. ROSSI, *L'ambito territoriale e i rapporti della società con i soci terzi*, in Atti Convegno Messina, 192.

Statuto, alla determinazione della quota di capitale da sottoscrivere ecc.)¹⁵⁰.

Ciò nondimeno, anticipando l'evoluzione del modello prodottasi nel corso di questi ultimi anni, è stato rilevato che l'esigenza di espletare selezioni concorsuali nascerebbe dalla circostanza che il socio di minoranza non si configura quale mero investitore, assumendo invece le vesti di vero e proprio imprenditore preposto allo svolgimento delle attività sociali¹⁵¹. In tal senso, la gara assicurerebbe una scelta appropriata, valorizzando le qualificazioni professionali e le capacità imprenditoriali del socio, come emergerebbe anche dalla tipologia di selezione delineata nel regolamento di cui al d.p.r. n. 533 del 1996, strutturalmente congegnata per individuare la miglior offerta in termini di esecuzione delle attività imprenditoriali.

Né va sottaciuto che l'esigenza principale su cui si incentra il ricorso alla gara pubblica deriva dalla necessità di recuperare il momento concorrenziale, pretermesso in sede di scelta del modello organizzativo con conferimento del servizio alla società partecipata, proprio in occasione della costituzione del soggetto gestore¹⁵². In tale prospettiva sembra muoversi anche il legislatore, allorquando stabilisce che gli azionisti privati di società di trasformazione urbana

¹⁵⁰ Come sostenuto autorevolmente in dottrina, la scelta organizzativa di realizzare una gestione associata con operatori terzi non si concilia agevolmente con la rigidità dei meccanismi dell'evidenza pubblica, preferendo il ricorso all'applicazione dei principi generali in materia di concorsualità piuttosto che alla disciplina dettata dalle direttive appalti e dalle normative di recepimento: v. M. CAMMELLI – A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica ne sistema locale*, cit. 288.

¹⁵¹ Per una compiuta esposizione di queste posizioni, su tutti, v. R. GAROFOLI, *Modalità di scelta dei partners privati di una società a prevalente partecipazione pubblica locale*, in Urb. e app. 1998, 174 ss. e M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano 2001, 100 ss.

¹⁵² E' chiaro sul punto S. NICODEMO, *Società locali per la gestione dei servizi e realizzazione di infrastrutture: dalla legge 142/90 alla legge 127/97*, in Riv. trim. app. 1997, 655, laddove chiarisce che l'affidamento diretto alla società mista deve essere temperato da modalità concorrenziali di individuazione del partner privato.

devono essere scelti con procedure ad evidenza pubblica, come espressamente disposto dall'art. 17, comma 59 della legge n. 127 del 1997¹⁵³.

La tesi dell'obbligo di scelta del socio privato mediante procedure selettive pubbliche riceve anche l'avallo della giurisprudenza amministrativa, pressoché unanime nell'ancorare l'affidamento diretto a società miste a due presupposti: la giustificazione della convenienza del modulo gestionale partecipato e il rispetto della concorrenza in sede di costituzione della società¹⁵⁴.

Al riguardo, appare opportuno incentrare l'attenzione su quell'orientamento giurisprudenziale¹⁵⁵ in base al quale l'affidamento di un servizio ad una società mista costituisce un'ipotesi di gestione diretta, quindi sottratta agli obblighi di gara: ciò nonostante, secondo l'assunto di suddetta giurisprudenza, il partner privato, in quanto destinato a svolgere in concreto le attività, deve presentare un'adeguata qualificazione al riguardo e, pertanto, deve essere selezionato mediante un confronto concorrenziale tra più operatori. In altri termini, la scelta dell'amministrazione non può fondarsi su considerazioni meramente fiduciarie proprio perché il socio privato è

¹⁵³ In tema di modalità di costituzione delle società di trasformazione urbana e, più in generale, su tale istituto si rinvia al recente saggio di F. GAMBARDELLA, *Le società di trasformazione urbana*, contenuto nella monografia di F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, 263 ss.

¹⁵⁴ Tra i presupposti individuati dalla giurisprudenza ai fini dell'ammissibilità dell'affidamento diretto, va rilevata l'esclusività dell'oggetto sociale, ossia della delimitazione specifica della natura e dell'ambito territoriale delle attività, e la titolarità di una quota di capitale ragionevolmente sufficiente ad instaurare una relazione strutturale tra il gestore e la società. Cfr. *ex multis* TAR Lombardia, Milano, 29 marzo 2001 n. 2917, in Foro it. 2001; TAR Lombardia, Brescia, 4 aprile 2001 n. 222, in Foro it. 2001; TAR Toscana, 15 gennaio 2001 n. 24, in TAR, 2001, 4703.

¹⁵⁵ Si tratta delle ben note sentenze della V Sezione del Consiglio di Stato, 19 febbraio 1998 n. 192, in Giur.it. 1998, 1257 ss., e 6 aprile 1998 n. 435, in Foro amm. 1998, 1059 ss., con le quali si è inaugurato un filone giurisprudenziale cui poi ha aderito la giurisprudenza pressoché unanime.

destinato ad assumere il ruolo di socio imprenditore, attendendo ai medesimi compiti che in sostanza è chiamato a svolgere il concessionario.

Come rilevato in dottrina¹⁵⁶, in tal modo lo schermo societario verrebbe a coprire una peculiare modalità di concessione, dal momento che le utilità economiche e le facoltà connesse alla gestione del servizio sarebbero trasferite in capo al partner privato: la neutralità della forma societaria, quindi, escluderebbe – in tal caso – una vera e propria forma di gestione diretta, come invece sostenuto dalla giurisprudenza richiamata, dal momento che il socio privato si atteggierebbe a organo (indiretto) dell'amministrazione che gestisce il servizio in via indiretta, per il tramite di una concessione¹⁵⁷.

Le conclusioni cui perviene la giurisprudenza, quindi, si fondano su di un chiaro e ragionevole rapporto di equivalenza: se il concessionario è parificato al socio privato, ne discende che a quest'ultimo va esteso il medesimo regime giuridico previsto per il primo e, quindi, anche la previsione di cui all'art. 267 del T.U.F.L. che – in ossequio alle regole fondamentali di contabilità pubblica – impone selezioni concorrenziali nella scelta del concessionario.

L'assunto, in verità, appare tutt'altro che scontato, dal momento che bisogna verificare in che termini l'assetto di *governance* della società

¹⁵⁶ V. G. ACQUARONE, *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, in Giur.it, 1998, 1257 ss.

¹⁵⁷ Sul punto è ampia quella giurisprudenza che ricostruisce l'affidamento a società miste quale provvedimento a formazione progressiva, in cui tutte le fasi (delibera di costituzione della società, indizione della gara per la scelta del socio e affidamento) andrebbero viste in un'ottica unitaria: per un'analisi di tale aspetto, nonché per un'interessante disamina delle conseguenze circa l'uso del potere di autotutela in siffatta materia, v. C. VOLPE, *Società miste tra poteri pubblici e strumenti privati. L'ibrido continua*, in www.giustizia-amministrativa.it.

partecipata consenta al privato di svolgere concretamente il servizio, soprattutto quando la partecipazione sia minoritaria¹⁵⁸.

Ad ogni modo, la tesi è stata recepita anche nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione che, a partire dalla sentenza 29 ottobre 1999 n. 754¹⁵⁹, accoglie l'inquadramento della società mista quale modulo alternativo alla concessione (quindi, legittimo destinatario di affidamenti diretti), rispetto al quale, tuttavia, trovano applicazione le regole dell'evidenza pubblica, poste a presidio dei fondamentali principi di buon andamento ed imparzialità, per quanto attiene la scelta del partner che accede alla gestione del servizio.

Lo strumento del partenariato, quindi, consente all'Amministrazione di associarsi con imprenditori muniti dei necessari requisiti professionali ed economici per svolgere in modo efficace l'attività di servizio. In tal senso, proprio il Libro verde sul partenariato pubblico – privato sembra manifestare una propensione dell'ordinamento comunitario favorevole alla costituzione di imprese comuni purché sia garantito il rispetto delle norme del Trattato a tutela delle libertà economiche.

Anche nel contesto comunitario, in linea del resto con le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza nazionale, si rimarca la

¹⁵⁸ Manifestano perplessità circa la ricostruzione del fenomeno operata dalla giurisprudenza, N. LUGARESI, *Commentario all'art. 1 DPR 16 settembre 1996 n. 533*, in *Le nuove leggi civili*, 3/1997, 607, secondo il quale solo il socio di maggioranza potrebbe rivestire la qualifica di concessionario, mentre ritiene infondato il rapporto di equivalenza, M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001, 315. E' altresì contrario all'estensione delle regole previste dal d.p.r. n. 533/96 anche alle ipotesi di costituzione di società a capitale pubblico maggioritario, C. VARRONE, *La scelta del socio privato di minoranza nelle società a prevalente capitale pubblico locale*, in *Giorn. dir. amm.* 2000, 683.

¹⁵⁹ La pronuncia, per la sua rilevanza, è pluricommentata. Tra le analisi più interessanti, oltre ai già citati lavori di B. MAMELI, *La scelta del socio ...*, in *Giorn. dir. amm.* 2000, 475 ss. e C. VARRONE, *La scelta del socio ...*, in *Giorn. dir. amm.* 2000, 675 ss., sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *La Suprema Corte impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali*, in *Foro it.* 2000, III, 805 ss.

necessità che il socio sia individuato tenendo conto delle capacità gestionali dimostrate all'esito di una pubblica e trasparente selezione, piuttosto che in ragione dell'apporto di capitali, propendendo per la qualificazione del privato quale socio-imprenditore piuttosto che socio-finanziatore.

In verità, come si avrà modo di rilevare, la compatibilità del modello della società mista con i principi comunitari, se facilmente sostenibile a livello astratto, nella concreta applicazione risulta di difficile ed impervia realizzazione.

Al riguardo, non può essere pretermessa una circostanza decisiva, ossia che la convenienza economica nella partecipazione ad una società mista per la gestione di un servizio pubblico è rappresentata, per la parte più consistente, nella possibilità di sfruttare l'indotto che è presente nel settore. In tal senso, se è vero che debbono essere tenuti distinti i profili concernenti il servizio, così come definiti nell'oggetto sociale della società partecipata, dagli appalti che la società deve bandire per acquisire le utilità strumentali alla conduzione delle attività, altrettanto evidente è che raramente il partner si esimerà dall'utilizzare le proprie risorse tecniche ed economiche (personale, dotazioni, o strutture aziendali) per consentire la realizzazione dello scopo sociale: del resto, la stessa procedura selettiva risulta strutturata proprio per mettere in luce le capacità professionali che il socio deve possedere, di talché sarebbe del tutto irragionevole precludere all'imprenditore, così selezionato, di dare il proprio apporto.

Il problema si pone quindi in relazione alla determinazione dell'oggetto sociale che, al fine di non pregiudicare eccessivamente il

diritto alla libera concorrenza, non può essere generico o indefinito: diversamente, infatti, si potrebbe favorire un surrettizio ampliamento dei servizi affidati senza gara, considerando compresi in essi anche le prestazioni strumentali.

Orbene, la soluzione della questione sembra dover necessariamente passare per la qualificazione della società partecipata, al fine di verificare la possibile applicazione della disciplina comunitaria in tema di appalti di lavori, servizi e forniture: in particolare, appare dirimente, valutare se tale ente possa assumere la veste di organismo di diritto pubblico ovvero, nei settori speciali, di impresa pubblica.

Qualora si accedesse all'inquadramento delle società miste in tali categorie di amministrazioni aggiudicatrici, ne discenderebbe l'obbligo di espletare gare pubbliche per reperire le utilità strumentali alla gestione del servizio ed anche, come è stato acutamente osservato, per affidare il servizio al socio imprenditore¹⁶⁰.

¹⁶⁰ In questi termini, v. S. NICODEMO, *Le società locali ...*, cit., 690, laddove l'Autore precisa che il partner privato rispetto alla società partecipata sarebbe comunque configurabile come soggetto terzo. Di qui la necessità di applicare le regole per il conferimento di utilità, posto che, nella fattispecie, si verrebbe sostanzialmente a determinare una sub-concessione.

La raffigurazione della società mista quale forma neutra¹⁶¹, entro la quale dare luogo ad un vero e proprio affidamento del servizio in favore del socio privato, sembra non tenere in adeguata considerazione il decisivo rilievo che tale società gode di una propria e distinta soggettività giuridica: di qui, l'evidente complessità nel trovare soluzioni idonee a risolvere le varie possibili ipotesi di conflitto con i principi comunitari in materia di concorrenza, che, tuttavia, pur avendo i medesimi presupposti, si ritiene necessario tenere distinte a seconda se attengano all'affidamento del servizio pubblico o al reperimento delle risorse strumentali¹⁶².

Sul punto, infatti, rileva la diversità ontologica delle suddette prestazioni: da un lato vi sono quelle attratte nella riserva pubblica quali contenuti di un dato servizio pubblico, in virtù dell'assunzione disposta dall'Amministrazione, che richiedono una maggiore

¹⁶¹ Come rilevato, a lungo si è dibattuto sulla natura giuridica della società mista, in particolare se i profili pubblicistici dell'attività di servizio potessero conformare il modello organizzativo di origine privatistica, sino ad alterarlo o snaturarlo del tutto, e ciò anche in ragione di alcune previsioni normative fortemente derogatorie dettate dalla disciplina relativa ai servizi pubblici: in tal senso si discuteva se tali difformità potessero portare ad inquadrare le società miste nell'alveo dei soggetti pubblici, considerando la veste societaria quale mera copertura di un sostrato ancora intrinsecamente pubblico, alla luce dell'affidamento di compiti di rilievo collettivo. Le società preposte allo svolgimento di funzioni o servizi, infatti, vengono ad essere considerate enti pubblici strumentali costituiti in forma societaria da V. CERULLI IRELLI, *Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico ed Enti pubblici*, Torino, 1993, 97 ss. Ad ogni modo, si deve rilevare che la rigida contrapposizione tra i due orientamenti, prodottasi anche in giurisprudenza (con la Corte di Cassazione favorevole all'attribuzione della generale capacità di diritto privato ed il Consiglio di Stato incline a considerare le società miste soggetti di diritto pubblico), deve essere risolta alla luce delle indicazioni date dalla Corte Costituzionale (sentenza 28 dicembre 1993 n. 466, in *Foro amm.* 1995, 298) che, nel giustificare il controllo della Corte dei Conti anche in relazione a tali soggetti, ha precisato la neutralità della veste societaria rispetto alla loro natura pubblica in considerazione degli interessi di cui sono portatori: l'opzione per un approccio sostanzialistico, del resto, è conforme all'indirizzo comunitario che, sebbene elaborato per garantire l'effetto utile delle direttive appalti, comunque finisce con l'imporre la rivedizione dei criteri di individuazione dei soggetti pubblici.

¹⁶² In questi termini si esprime R. VILLATA, *Servizi pubblici*, cit., 250. il quale efficacemente rileva come "la differenza esistente tra pubblico servizio e oggetto dell'appalto di servizi impedisce di sovrapporre due problemi del tutto diversi: la sub-gestione del servizio pubblico affidato alla società mista, la necessità di questa di acquisire in proprio favore la prestazione di servizi".

flessibilità nelle modalità di conferimento al soggetto privato, tant'è che sono escluse dall'applicazione della disciplina comunitaria e nazionale in materia di appalti; dall'altro, si rinvencono prestazioni di natura squisitamente economica perché ordinariamente rimesse al mercato e che solo incidentalmente sono connesse allo svolgimento del servizio, se ed in quanto contribuiscono al finanziamento del medesimo¹⁶³.

Ad ogni modo, non può disconoscersi che la natura ibrida della figura soggettiva in parola¹⁶⁴, invero introdotta nell'ordinamento per favorire processi di semplificazione nella gestione dei servizi attraverso l'impiego di moduli imprenditoriali, renda ardua e difficoltosa l'operatività di tale strumento.

3.4. L'ambito territoriale di azione imprenditoriale delle società miste.

¹⁶³ Sul punto, va considerato che l'art. 32 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 s.m.i., risolve in senso favorevole la questione relativa all'applicazione del diritto comunitario degli appalti alle società miste. L'unica deroga ivi espressamente disciplinata si rinviene nel terzo comma, laddove si prevede che le società partecipate <<non sono tenute ad applicare le disposizioni del presente codice limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le seguenti condizioni: 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo>>.

¹⁶⁴ In tal senso, la dottrina, soprattutto civilistica, ha posto in luce le peculiarità del modello societario delineato dalla legge n. 142/90 che, sebbene di rilevante impatto su alcuni profili essenziali (basti pensare soltanto allo scopo di lucro), comunque non sono ritenute sufficienti ad escludere l'applicazione della disciplina civilistica, eccetto che per gli aspetti di diritto speciale: v. C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica locale tra diritto comune e diritto speciale*, in Riv. dir. priv. 1999, 22 ss; M.T. CIRENEL, *Le società di diritto speciale tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazione e poteri speciali*, in Dir. comm. Internaz. 1996, 771 ss. Bisogna tuttavia rimarcare che la giurisprudenza comunitaria è da sempre fortemente critica sull'attribuzione di poteri speciali all'ente pubblico in seno all'organizzazione societaria: cfr. Corte di Giustizia CE, 23 maggio 2000, resa nella causa C-58/99, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in Giur. it. 2000, 1657.

Nella prospettiva indicata assume un ruolo centrale anche il tema, ampiamente dibattuto in dottrina e giurisprudenza, relativo all'ambito territoriale di azione delle società miste, ovvero se esse debbano o meno essere inscindibilmente legate – anche da questo punto di vista – all'ente locale costituente o partecipante in ragione del vincolo genetico che le caratterizza.

Se in un primo momento la questione era analizzata sulla base del contenuto pubblicistico delle attribuzioni¹⁶⁵, il punto di vista muta sensibilmente allorquando si viene a porre l'accento sulla diversità tra le competenze pubblicistiche e quelle più propriamente privatistiche¹⁶⁶.

In particolare, viene messo in luce come la finalità strumentale dell'impiego di moduli elaborati dal diritto civile e societario, ma diretti alla realizzazione di scopi pubblici, non comporti automaticamente la sottoposizione a tutte le regole dettate per la definizione delle competenze amministrative degli enti pubblici: ciò che conta, pertanto, non è la determinazione dell'ambito territoriale di riferimento, bensì il collegamento tra l'oggetto dell'attività ed il perseguimento degli obiettivi di interesse collettivo, di cui l'amministrazione è portatrice.

Ne è derivata una sostanziale affermazione della possibilità per le società a capitale misto pubblico-privato di estendere notevolmente il proprio raggio di azione, proponendosi quali competitori per

¹⁶⁵ Si affermava, infatti, che l'ambito territoriale di incidenza dell'azione sociale dipendesse strettamente dall'area di competenza istituzionale, traendo argomentazioni prevalentemente dalla previsione dell'art. 312 del T.U. n. 383/34, che limitava l'assunzione di servizi ed uffici di pubblica utilità entro i confini della circoscrizione. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 1988 n. 818, in *Cons. St.* 1988, I, 1625 ss.

¹⁶⁶ L'avvio di tale mutamento si deve alle note sentenze della Corte Costituzionale, 2 febbraio 1990 n. 51 in *Foro it.*, 1990, I, 1439 ss e del Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 marzo 1990 n. 374, in *Cons. St.* 1990, I, 455 ss.

l'affidamento della gestione di servizi da parte di altre amministrazioni territoriali¹⁶⁷. Del resto, in questo settore è quanto mai evidente la necessità degli operatori di accrescere le dimensioni imprenditoriali al fine di conseguire adeguate economie di scala, con una conseguente migliore allocazione delle risorse ed un corrispondente beneficio dei fruitori in termini di costi di accesso al servizio.

Anzi, si può senz'altro affermare che la necessità di pervenire ad una dimensione ottimale del servizio, più che la natura dello stesso, ha costituito il presupposto “forte” di legittimazione della costituzione della società partecipata: nella disciplina originariamente dettata dall'art. 22 della legge n. 142/90, a mente della quale la decisione circa le forme di gestione doveva essere motivata in base alla ricorrenza di determinate condizioni, la discrezionalità dell'amministrazione locale in merito all'affidamento del servizio ad una società mista era vincolata alla sussistenza della necessità di una gestione associata, intendendosi in questo senso non solo la compartecipazione di capitali privati, ma anche la presenza nell'organizzazione di diverse amministrazioni locali¹⁶⁸.

La spiccata propensione allo sviluppo extra-territoriale delle società partecipate, peraltro, ha trovato per lungo tempo copertura

¹⁶⁷ Sul tema della extraterritorialità delle società miste, tra i tanti contributi, si rinvia a: M. DUGATO, *La concorrenza e la extraterritorialità delle società a partecipazione pubblica locale*, in Urb. e app. 2005, 1054 ss.; M. SINISI, *L'attività extra moenia delle società miste: vincolo funzionale, mezzo di controllo e “ambito territoriale ottimale”*, in Foro amm. TAR 2003, 2857 ss.

¹⁶⁸ Come noto, nella formulazione originaria dell'art. 22 della legge n. 142/1990 era dibattuto se nella società dovessero necessariamente essere presenti soci privati, dal momento che la norma sembrava prefigurare semplicemente una partecipazioni di più soggetti, indipendentemente dallo loro natura. Il modello societario, quindi, era visto come strumento utile anche per realizzare una gestione integrata fra più amministrazioni locali: v. M. VALLERGA, *Società miste per la gestione dei pubblici servizi: certezze e prospettive di riforma*, in Dir. amm. 1999, 633. In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cons. Stato, 25 giugno 2002, n. 3348, in Riv. giur. quadr. pubbl. serv., 2003, 159.

giuridica nella stessa ricostruzione dell'istituto, quale forma di gestione passibile di affidamenti diretti: e ciò, evidentemente nel caso di ingresso dell'ente locale in una società già costituita da altre amministrazioni, dovendosi invece ritenere necessaria la sottoposizione della società mista alla selezione pubblica nel caso differente di mero affidamento senza contestuale partecipazione al capitale sociale. Ad ogni modo, deve considerarsi che il suddetto inquadramento si è incrinato a seguito della presa di posizione assunta dalla Corte di Giustizia che, con la già citata sentenza Stadt Halle, ha recisamente escluso la legittimità di affidamenti senza pubblica gara qualora al soggetto affidatario partecipi un operatore privato, qualsiasi sia l'entità del suo apporto.

Lo sfondo in cui viene esaminata la questione, pertanto, si caratterizza per il riconoscimento della piena capacità giuridica delle società partecipate, la cui autonomia nelle scelte imprenditoriali, stante la garanzia costituzionale data dall'art. 41 Cost., non può essere compromessa in ragione del collegamento con l'ente affidante, non risultando affatto dimostrato che la limitazione territoriale risponda all'esigenza di assicurare l'assolvimento della missione di interesse pubblico¹⁶⁹.

La spiccata attenzione al dato privatistico, tuttavia, viene temperata da quella giurisprudenza che, pur non disconoscendo che la società privata sia legittimata a muoversi nell'ordinamento alla pari di un imprenditore privato, ravvisa la sussistenza di un limite, questa

¹⁶⁹ Per un'analisi fortemente critica sulla ragionevolezza del vincolo territoriale e funzionale, scrutinato in termini di proporzionalità tra la misura derogatoria e la necessità di garantire gli obblighi di servizio, v. A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 549 ss. Ovviamente diverso è l'inquadramento teorico delle limitazioni territoriali in un'ottica di promozione della concorrenza: sul punto, si rinvia a quanto rilevato nel prossimo Capitolo.

volta di tipo funzionale, la cui scaturigine è comunque da rinvenirsi nel collegamento strutturale con l'amministrazione pubblica.

Pur con diversi approcci, sostanzialmente si viene ad affermare che la gestione di un servizio in favore di un ente diverso da quello costituente non deve pregiudicare le esigenze della comunità di riferimento. Al riguardo, la peculiarità del rapporto strumentale della società partecipata rispetto all'amministrazione costituente è certamente da intendersi in termini meno rigorosi di quelli precipui dell'azienda speciale, in ragione della quale era stato elaborato il contenuto del vincolo funzionale, dal momento che non può certo essere indifferente la natura del soggetto gestore. Il punto di equilibrio tra la libera esplicazione della capacità imprenditoriale, di cui gode la società partecipata, e le istanze di pubblico interesse, di cui risponde l'ente territoriale, pertanto, non potendo basarsi su un mero rapporto di carattere fisico, viene individuato nella valutazione circa il corretto impiego delle risorse finanziarie: se queste sono utilmente impiegate per conseguire utili di cui viene a beneficiare la collettività di riferimento, *nulla quaestio*; se invece la distrazione di mezzi e capitali produce un'esposizione rischiosa ed ingiustificata, il legame strutturale con l'amministrazione riprende a produrre i suoi effetti conformativi dell'azione imprenditoriale della società mista¹⁷⁰.

In tal senso, il vincolo funzionale non è escluso, ma semplicemente adattato alla particolare natura della società mista, onde evitare che tale collegamento possa precludere la gestione efficiente dell'attività, impedendo di conseguire i maggiori utili possibili in un'ottica imprenditoriale.

¹⁷⁰ In termini, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2001 n. 4586, in Cons. St. 2001, I, 1949.

Invero, occorre rilevare che il dibattito in ordine alle forme ed ai moduli di gestione del servizio, con tutto il portato relativo ai limiti di operatività delle figure soggettive individuate, risente “a monte” della mancata definizione, chiara ed inequivocabile, sui contenuti del servizio pubblico: in tal senso, manca l’individuazione di un preciso contemperamento delle esigenze pubbliche con il mercato alla luce del quale approntare forme di gestione che, pur nel necessario della proporzionalità e della ragionevolezza, siano elastiche e adattabili alle diverse condizioni di servizio, allorquando si ritengano prevalenti gli interessi pubblici su quelli economico-imprenditoriali.

Capitolo IV

Le deroghe alla concorrenza nei recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali

4.1. Linee evolutive dei modelli di intervento della mano pubblica in economia: regolazione o gestione?

Il rapporto tra poteri pubblici e mercato è stato di recente investito da una serie di interventi normativi, alcuni tuttavia ancora *in fieri*, e da prese di posizione della giurisprudenza nazionale, che, se sottoposti ad un'analisi coordinata, appaiono suscettibili di definire le linee evolutive dell'ordinamento per quanto attiene i limiti e le condizioni entro le quali l'amministrazione può affidare attività idonee a determinare un utile economico.

Sebbene, come si avrà di seguito modo di approfondire, si tratti di vicende che non si inquadrano in una risistemazione organica della disciplina, incidendo su aspetti settoriali (i servizi pubblici locali, da una parte, i servizi strumentali, dall'altra) ovvero sulla tipizzazione delle forme (le società partecipate), ad ogni modo esse stabiliscono certamente un punto di partenza nella disamina degli equilibri realizzabili tra le diverse, ed a volte contrapposte, istanze di tutela degli interessi pubblici e di promozione della concorrenza e dello sviluppo economico¹⁷¹.

Una ricerca di equilibrio che, evidentemente, non può prescindere dal contesto normativo comunitario, essendo necessario garantire la compatibilità delle soluzioni nazionali rispetto ai principi

¹⁷¹ Sul punto, per una disamina del rapporto tra disciplina nazionale dei servizi pubblici locali ed ordinamento comunitario, v. F. DEGNI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in Foro amm. TAR, 2005, 3507 ss.

posti dal Trattato, nonché dall'influenza che la giurisprudenza della Corte di Giustizia è in grado di produrre, anche nella stessa definizione dei contenuti di categorie e nozioni (affidamento *in house*, organismo di diritto pubblico, ecc.) introdotte nell'ordinamento interno a seguito del recepimento del diritto comunitario derivato, ma estranee alla tradizione giuridica nazionale.

In tal senso, quindi, vanno analizzati il d.d.l. n. 772/2006 di riforma dei servizi pubblici locali, cd. disegno di legge "Lanzillotta", i cui aspetti essenziali, ancorché non ancora consolidati e trasfusi in norma, esprimono comunque una chiara tendenza improntata al rigore ed all'eccezionalità dell'intervento pubblico (*sub specie* di conduzione delle attività aventi rilievo economico), il d.l. 4 luglio 2006 n. 233, convertito con la legge 4 agosto 2006 n. 248 (cd decreto Bersani I), nonché, in ultimo, il recente parere reso dalla II Sezione del Consiglio di Stato, 18 aprile 2007 n. 456, nel quale è stata proposta una ridefinizione del ruolo delle società a capitale misto pubblico – privato.

4.2. Il d.d.l. n. 772/2006, cd. Lanzillotta, di riforma dei servizi pubblici locali.

Il disegno di legge delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali¹⁷² imprime una forte spinta al processo di adeguamento

¹⁷² Si tratta del d.d.l. n. 772, presentato dal Ministro degli affari regionali al Senato in data 7 luglio 2006 e, successivamente modificato su iniziativa dello stesso Governo. Attualmente, l'articolato normativo, inteso appunto a introdurre nella disciplina di settori consistenti profili di liberalizzazione, è allo studio delle commissioni parlamentari e, forse proprio a causa dello stravolgimento dell'assetto normativo, sembra quanto mai lontano dalla sua approvazione. Per un commento a tale testo si rinvia, da ultimo, a L. PIANESI – S. VILLAMENA, *Considerazioni sulla riforma dei servizi pubblici locali: uno sguardo al disegno delega "Lanzillotta"*, in www.federalismi.it 7/2007.

della disciplina nazionale ai principi di libertà di impresa e di iniziativa, nei termini sanciti a livello comunitario. Un processo che, come rilevato in dottrina¹⁷³, si è sinora caratterizzato per un andamento schizofrenico, dovuto ad un approccio non sistemico del legislatore nazionale che, invero, si è mosso soltanto a fronte di sollecitazioni provenienti dagli organi della Comunità europea.

L'architettura complessiva di tale disegno di legge, finalizzato appunto a conferire stabilità agli assetti del settore, dimostra la tensione dell'ordinamento verso una spiccata liberalizzazione del mercato dei servizi pubblici, principalmente di quelli a rilevanza economica. Si afferma, infatti, la logica secondo la quale, anche in tale ambito, il valore guida e, quindi, il parametro di ponderazione e contemperamento dei vari interessi coinvolti, è rappresentato dalla concorrenza che, per essere compiutamente realizzata, richiede forme di contendibilità delle prestazioni da rimettere al mercato: in tal senso, il ruolo dell'amministrazione pubblica quale gestore dei servizi, sia in virtù di affidamenti diretti a società *in house*, sia attraverso le società partecipate, è relegato ad ipotesi del tutto eccezionali e residuali.

L'accento posto sullo sviluppo delle prerogative del mercato si pone in linea con il nuovo assetto costituzionale definito a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, laddove, nel riparto delle competenze definito nell'art. 117, è attribuito allo Stato il compito di

¹⁷³ La dottrina pressoché totalitaria censura, con ampie e valide motivazioni, l'atteggiamento manifestato dal legislatore nazionale che, in assenza di un disegno organico, è intervenuto dapprima spingendo verso forme di esternalizzazione forzata e, successivamente, reintroducendo forme di riappropriazione della gestione dei servizi da parte delle amministrazioni locali. Un'approfondita analisi dell'evoluzione normativa si rinviene in F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004. Come lucidamente considerato, i molteplici interventi normativi hanno dato luogo ad uno stato di "rivoluzione permanente" che ha obbligato gli operatori a confrontarsi con un "infinito diritto intertemporale": v. R. URSI, *Le società di gestione dei servizi locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.* 2005, 179 ss.

garantire il rispetto della concorrenza, quale principio ispiratore della legislazione sia regionale che nazionale. Come già evidenziato in precedenza, la Corte Costituzionale¹⁷⁴ ha chiarito la piena applicazione di tale valore anche nel settore dei servizi pubblici locali, legittimando l'intervento del legislatore statale teso ad introdurre strumenti normativi idonei a ripristinare condizioni di confronto concorrenziale, non soltanto con discipline di tutela di equilibri di mercato raggiunti, ma anche con forme di stimolo e di promozione (tutela della concorrenza in senso dinamico)¹⁷⁵.

Del resto, l'attenzione rivolta all'individuazione di forme di garanzia del mercato caratterizza la produzione normativa recente: la concorrenza viene elevata a canone dell'azione amministrativa dal momento che il nuovo testo dell'art. 1 della legge n. 241/90, come modificato dalla legge n. 15/05, sancisce il ruolo dei principi comunitari che, insieme a quelli espressi dall'ordinamento nazionale, devono informare le scelte relative al perseguimento degli interessi pubblici, siano esse adottate dall'amministrazione o dal soggetto privato preposto all'esercizio di attività amministrativa¹⁷⁶; i principi del libero mercato, inoltre, connotano l'intero impianto del Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Il principio concorrenziale, quindi, si afferma anche nell'ordinamento nazionale, portando con sé la dinamica presente a livello comunitario (ed invero ivi non risolta) tra interessi generali e

¹⁷⁴ Cfr. Corte Costituzionale 27 luglio 2004 n. 272, in *Giur. it.*, 2005, 837.

¹⁷⁵ Sul ruolo della concorrenza nel settore dei servizi pubblici, si veda C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.* 2005, 327 ss.

¹⁷⁶ In merito a tale aspetto si rinvia a A. SCALCIONE, *Brevi note a margine su appalti di servizi, concessioni di servizi pubblici e normativa applicabile*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2397 ss.

mercato e stravolgendo gli assetti consolidati della costituzione economica delineati dalla Carta costituzionale del 1948¹⁷⁷.

In questa cornice, quindi, ben si comprendono i pilastri fondamentali su cui si incentra il progetto di riforma.

L'art. 1 del d.d.l. Lanzillotta consolida e generalizza un principio solo tendenzialmente affermatosi nell'ordinamento e, peraltro, in alcune discipline di settore nelle quali il legislatore nazionale era stato costretto a recepire il modello di derivazione comunitaria: stabilendo, infatti, che l'affidamento diretto, sia esso a società *in house* o a società partecipate, può costituire soltanto un'ipotesi eccezionale, il disegno di legge assegna all'ente pubblico esclusivamente funzioni di regolazione del servizio che, nel loro esercizio, devono tener conto del grado di soddisfazione degli utenti.

Nel riprendere l'ampia e uniforme giurisprudenza comunitaria formata sulle condizioni di applicazione della deroga di cui all'art. 86.2 del Trattato, viene stabilito che l'eccezionalità della situazione legittimante l'affidamento diretto deve essere vagliata secondo un criterio di rigorosa proporzionalità, obbligando l'amministrazione ad una puntuale motivazione circa le ragioni che impongono una

¹⁷⁷ In relazione alla composizione del conflitto tra interessi generali, rappresentati dalla missione del servizio, ed interessi personalistici al conseguimento di un utile economico, di cui è portatore l'operatore/impresa, non possono essere dimenticate due pronunce rese dai massimi organi giurisprudenziali nazionale e comunitario. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 14/2004 (rinvenibile in Giur. it., 2004, 853, con nota di CARANTA), nel rappresentare che nell'ordinamento sono presenti due esigenze in conflitto, ossia la tutela del principio liberistico e la garanzia degli interessi sociali, ha avuto modo di ricordare che il fine comunitario dettato dall'art. 2 del Trattato, ossia uno sviluppo economico sociale che sia armonioso, equilibrato e sostenibile, impone di considerare che <<i> i principi comunitari del mercato e della concorrenza (...) non sono svincolati da un'idea di sviluppo economico e sociale e sarebbe errato affermare che siano estranei alle istituzioni pubbliche compiti di intervento sul mercato >>. Nello stesso senso, anche la Corte di Giustizia CE, con la sentenza 27 novembre 2003, resa nelle cause riunite C-34/01 – C-38/01 (reperibili in Foro amm. CdS 2003, 3211 ss.), ha rilevato che la missione del servizio pubblico assume un peso non inferiore rispetto a qualsiasi valutazione di ordine economico, posto che la tutela dei cittadini/utenti rientra tra gli obiettivi fondamentali dell'Unione.

soluzione restrittiva del mercato per il perseguimento delle esigenze imperative di interesse generale. In tal senso, la discrezionalità dell'ente pubblico nelle decisioni in merito all'affidamento del servizio risulta fortemente circoscritta nonché passibile di un sindacato di ragionevolezza qualora la scelta operata non incida sulle libertà economiche in misura maggiore rispetto a quanto sia effettivamente necessario.

In verità, le condizioni legittimanti la scelta di gestione attraverso società *in house* o società partecipate sembrano rispondere alle logiche che sottendono proprio l'assunzione del servizio, posto che presumibilmente le ragioni che potranno indurre ad una gestione pubblica corrispondono ad un fallimento del mercato, ossia all'impossibilità di individuare operatori privati intenzionati ad assumersi il compito di erogare le prestazioni in parola perché non sufficientemente remunerative.

In considerazione di questa architettura complessiva, che invero ha il pregio di infondere uniformità nella disciplina dei servizi pubblici locali, rendendo omogenea la normativa generale e quella di settore, discendono poi alcuni corollari, quali – ad esempio – il limite imposto ai gestori di acquisire servizi diversi o di estendersi in ambiti territoriali ulteriori rispetto ai servizi di cui sono già titolari in virtù di affidamenti diretti, ovvero la previsione di penetranti forme di tutela degli utenti dei servizi, peraltro poste alla base anche del controllo pubblico sulla validità della gestione, quale presupposto di valutazione circa l'opportunità della permanenza dell'affidamento.

L'art. 2 del d.d.l. Lanzillotta¹⁷⁸ interviene sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali con una previsione normativa che, sebbene a seguito delle modifiche apportate sia stato espunto l'ordine gerarchico espressamente contenuto nella versione originaria, esprime una netta opzione verso un regime di concorrenza per il mercato (ossia di affidamento a terzo mediante gara), preservando comunque la possibilità di gestione in economia nonché la riserva della proprietà pubblica di reti e beni strumentali.

Orbene, sin dalla prima lettura della norma in parola, appare contraddittorio il mantenimento della gestione in economia che si pone in netta controtendenza rispetto all'evoluzione normativa del settore ed allo stesso impianto generale del disegno di legge: al di là dell'impiego di una formula *arcaica*¹⁷⁹, non può non rilevarsi come l'inadeguatezza delle strutture e dei mezzi degli enti locali a far fronte allo svolgimento di prestazioni economiche complesse e che richiedono un elevato tasso di professionalità, renda pressoché irrealizzabile tale forma di gestione.

Se la procedura di confronto competitivo costituisce la *regola iuris* dell'affidamento dei servizi, l'art. 2 indica due tassative ipotesi

¹⁷⁸ L'art. 2, lett. a) del d.d.l. n. 772 prevede che «ferma restando la possibilità per gli enti locali di gestire i servizi in economia, che l'affidamento delle nuove gestioni ed il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba avvenire mediante procedure competitive ad evidenza pubblica di scelta del gestore, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea in materia di appalti pubblici e di servizi pubblici, fatta salva la proprietà pubblica delle reti e degli altri beni pubblici strumentali all'esercizio, nonché la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici». Come è stato rilevato, se la riserva in mano pubblica della proprietà degli impianti, delle reti e delle dotazioni strumentali, sebbene non se ne disciplini la gestione, appare comunque finalizzata a garantire l'attuazione di politiche di concorrenza per il mercato, qualora i beni necessari per l'erogazione del servizio, in quanto non duplicabili, costituiscono una barriera all'ingresso di nuovi operatori, la riserva della gestione dei servizi idrici è priva di valide giustificazioni.

¹⁷⁹ In tal senso si è espresso il Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'audizione innanzi alla I Commissione permanente del Senato, il cui testo integrale può essere consultato in www.astrid-online.it.

derogatorie¹⁸⁰ che rappresentano il vero contenuto innovativo del disegno di legge. Si radica l'opzione favorevole ad una gestione pubblicistica alla situazione particolare del mercato di riferimento, invero specificando quelle condizioni che già l'art. 22 della legge n. 142/90 indicava, seppure in modo generico: una definizione che, tuttavia, si differenzia da quest'ultima poiché fa esclusivo riferimento a ragioni di ordine tecnico/economico, senza alcuna considerazione delle esigenze *latu sensu* politiche, attinenti quindi allo sviluppo civile e sociale della comunità e di cui il servizio pubblico rappresenta la leva imprescindibile.

La novità del disegno è data dall'obbligo imposto all'ente locale di motivare¹⁸¹ le ragioni che rendono necessario un intervento dell'amministrazione anche nella gestione del servizio, disattendendo il principio generale – stabilmente affermato a livello comunitario – che rimette al soggetto pubblico unicamente compiti di regolazione del settore. L'obbligo motivazionale è particolarmente rafforzato, dal

¹⁸⁰ L'art. 2, lett. b) del d.d.l. n. 772 dispone che l'affidamento ad una società a capitale interamente pubblico è legittimo <<in deroga all'ipotesi di cui alla lettera a) e nelle situazioni che, per peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non consentono in efficace ed utile ricorso al mercato>>, purché il gestore <<abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione in house>>. Negli stessi casi, poi, l'art. 2, lett. c) prevede la possibilità di ricorrere all'affidamento ad una società partecipata, purché tale modalità di gestione sia resa necessaria da <<particolari situazioni di mercato, secondo modalità di selezione e di partecipazione dei soci pubblici e privati direttamente connesse alla gestione e allo sviluppo degli specifici servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento, ferma restando la scelta dei soci privati mediante procedure competitive, nelle quali siano già stabilite le condizioni e le modalità di svolgimento del servizio, e la previsione di norme e clausole colte ad assicurare un efficace controllo pubblico della gestione del servizio e ad evitare possibili conflitti di interesse>>.

¹⁸¹ Invero, come autorevolmente rilevato, l'obbligo di motivazione sul mancato ricorso al mercato non è immune da critiche poiché <<potrebbe ripetersi, per i servizi pubblici locali, la nota diatriba che, nell'era delle partecipazioni statali, divideva i fautori dell'intervento pubblico limitato alle ipotesi residuali di assenza di imprenditore privato nel settore e coloro che rifiutavano un mero ruolo sociale dell'impresa pubblica per rivendicarne a pieno titolo la funzione di operatore economico e fattore di sviluppo, il cd. ruolo-pilota, in concorrenza con gli operatori privati>>: v. F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione, organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. e app.*, 1/2006, 34.

momento che “l’Ente locale dovrà pubblicizzare in modo adeguato tale scelta, definire il periodo temporale entro il quale effettuare la gara e giustificare la gestione diretta previa un’analisi di mercato ed una valutazione comparativa rispetto all’offerta privata da inviarsi per conoscenza all’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato o delle autorità di regolazione di settore, ove costituite”.

L’attenzione imposta alla situazione del mercato di riferimento chiarisce che soltanto il *market failure*, inteso come incapacità del libero gioco della concorrenza ad apprestare un servizio adeguato ed efficiente, può giustificare l’assenza di una gara pubblica, mentre è esclusa qualsiasi considerazione che non attenga a ragioni squisitamente economiche.

Con un atteggiamento maggiormente rigoristico rispetto a quello espresso dagli organi comunitari¹⁸², pertanto, il disegno di legge impone un ulteriore presupposto di legittimazione dell’affidamento *in house*, rappresentato dalla dimostrazione che il ricorso al mercato non è efficace ed utile.

Si tratta, con tutta evidenza, di una condizione esterna che riduce drasticamente le valutazioni di merito ed opportunità¹⁸³ che

¹⁸² Come rilevato in precedenza, è affermazione costante nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che la legittimità dell’affidamento *in house* dipenda esclusivamente da condizioni interne, ossia dalla ricorrenza dei presupposti integranti la relazione di delegazione organica (controllo analogo e prevalenza dell’attività), a nulla rilevando la situazione del mercato che non è ritenuta idonea ad incidere sulla libertà di auto-produzione di cui gode il soggetto pubblico. Tale libertà, infatti, non è mai stata messa in discussione dal giudice comunitario che, invece, ha cercato una soluzione di compromesso individuando i presupposti necessari per ricorrere ad un affidamento diretto, senza sancire un rapporto di regola/eccezione tra le forme esterne e quelle interne. Per alcuni autori, comunque, la definizione di condizioni di legittimazione vale ad erodere l’autonomia organizzativa degli Stati membri: v. M.P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in Foro amm. TAR, 2006, 1167.

¹⁸³ *Contra*, L. PIANESI – S. VILLAMENA, *Considerazioni sulla riforma dei servizi pubblici locali*, cit., secondo i quali «le condizioni esterne individuate sembrano lasciare spazio a valutazioni discrezionali, più o meno opinabili, ma comunque tali da poter essere ritenute sussistenti o no sulla base di considerazioni di merito che potrebbero risultare difficilmente contestabili in sede di legittimità». In verità, non si comprende quale possa essere il margine

l'amministrazione locale può operare. Del resto, a delimitare ancor di più l'esercizio dei poteri pubblici in materia, è altresì previsto un controllo sulle motivazioni sottese alla deroga al mercato da parte delle Autorità indipendenti¹⁸⁴.

Sul punto, deve però essere rilevato che la soluzione prescelta dal legislatore nazionale, sebbene adottata nell'espresso intento di conformarsi all'ordinamento comunitario, non si pone affatto come soluzione necessitata. Sollecitata proprio dal giudice amministrativo¹⁸⁵ a determinare i limiti entro i quali l'amministrazione può esercitare la scelta tra forme di gestione esterne ed interne, la Corte di Giustizia CE si è limitata ad affermare che le condizioni idonee a legittimare gli affidamenti diretti, in deroga alle regole comunitarie, *“devono essere interpretate restrittivamente, e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene”*¹⁸⁶: nulla è stato invece detto in ordine ad eventuali vincoli circa la facoltà di scelta dell'amministrazione, di modo che se le condizioni legittimanti il ricorso all'*in house providing* sono sussistenti

di discrezionalità che residua in capo all'amministrazione, vincolata a considerazioni di ordine squisitamente economico sulle caratteristiche del mercato di riferimento, tanto più che esse devono fondarsi su una specifica analisi tecnica e sul confronto comparativo con l'offerta proveniente dall'operatore privato.

¹⁸⁴ Allo stato, non è chiara la portata del controllo operato dalle Autorità di garanzia sulle motivazioni espresse dall'Amministrazione, non essendo chiaro se esso possa incidere sulle valutazioni di opportunità e convenienza della scelta “interna”, alla stregua di un vero e proprio controllo di merito, ovvero se esso duplichi il sindacato di legittimità rimesso al giudice amministrativo: nel primo caso, evidentemente, l'ente pubblico rischierebbe di essere del tutto esautorato dal compimento di scelte fondamentali per la comunità locale. L'apporto dell'Autorità di garanzia, pertanto, potrebbe avere una funzione collaborativa attraverso pareri e relazioni tecniche sulle caratteristiche del mercato, quindi ponendosi a valle della decisione organizzativa, in modo da sopperire all'evidente mancanza di adeguate professionalità soprattutto nelle piccole amministrazioni locali.

Del resto, l'incertezza circa il ruolo svolto dall'Autorità di garanzia è ulteriormente acuita dalla circostanza che l'articolato normativo non determina le conseguenze scaturenti da un eventuale esito negativo del controllo.

¹⁸⁵ Cfr. TAR Puglia, Sez. III, ordinanza 22 luglio 2004 n. 885, in Urb. e app., 2005, 2, 223.

¹⁸⁶ Si tratta della già analizzata sentenza della Corte di Giustizia CE, 6 aprile 2006, resa nella causa C-410/04.

(dopo una stringente verifica), nessun limite può essere posto all'auto-produzione dei servizi, nemmeno dal punto di vista motivazionale¹⁸⁷.

Il disegno di legge, poi, accomuna l'affidamento *in house* con l'affidamento a società miste che, in realtà, come evolutosi nell'ordinamento nazionale, si configura comunque quale forma concessoria, sebbene del tutto peculiare, in quanto caratterizzata dal modulo societario. Ad ogni modo, eccetto che per il presupposto esterno dato dalle “*particolari situazioni di mercato*”, l'articolato normativo preserva il modello consolidatosi, nel quale le libertà economiche sono sufficientemente garantite dallo svolgimento delle selezioni concorsuali per la scelta del partner privato.

Orbene, stante la diversità strutturale ed ontologica delle due forme di gestione, l'aver sottoposto anche il ricorso alle società miste alla dimostrazione di una situazione di mercato insufficiente, non sembra tenere in adeguata considerazione le caratteristiche proprie del modulo societario, nonché le finalità di collaborazione pubblico – privato connotanti il partenariato.

La tensione verso una consistente riduzione di operatività delle società miste, evidentemente scaturita da una pretesa incompatibilità di tale modello con l'ordinamento comunitario, traspare da un'altra disposizione del d.d.l. Lanzillotta che finisce con limitare considerevolmente le possibilità di sviluppo delle società partecipate.

¹⁸⁷ In questo senso, peraltro, sembra porsi anche la giurisprudenza amministrativa che, alla luce dell'equivalenza tra società *in house* e struttura interna, rileva come «la sussistenza dei rigorosi presupposti di legge legittimanti il cosiddetto affidamento *in house* consente di escludere l'esigenza di una particolare e specifica esternazione motivazionale al fine di giustificare il ricorso a detto sistema di affidamento nell'ambito della discrezionalità di cui la p.A. è dotata» : cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. I, 12 aprile 2006 n. 1318, in Foro amm. 2006, 1843, con nota di A. VACCA, *Ricostruzione ontologica dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali*”.

Si tratta del divieto, disposto dall'art. 2, lett. e), di acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza, che incombe su soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali affidata direttamente, nonché su imprese partecipate da enti locali, qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto, eccetto che per la compensazione degli oneri derivanti dall'assolvimento degli obblighi connessi allo svolgimento di un servizio pubblico affidato con gara¹⁸⁸.

Risulta, così, fortemente compromessa ogni seria e concreta possibilità di crescita imprenditoriale, spuntando le armi commerciali di espansione attraverso ipotesi di integrazione di attività o di acquisizione di commesse su altri mercati¹⁸⁹. Una misura che, invero, non dimostra di avere un'effettiva utilità per il raggiungimento degli obiettivi di tutela e promozione della concorrenza e del mercato, considerato che il modulo societario non preclude affatto agli operatori del settore di entrare in un dato mercato nel momento in cui l'amministrazione si apre con trasparenza agli apporti dei privati tramite una procedura selettiva di scelta del partner: a meno di voler ritenere che la gestione associata con l'amministrazione sia di per sé lesiva delle libertà economiche.

Inoltre, il sottodimensionamento dell'impresa pubblica, impedendo il conseguimento dei benefici derivanti da economie di scala, rischia di porsi in contrasto con gli interessi delle comunità

¹⁸⁸ Tale condizione deve risultare da sistemi certificati di separazione contabile e gestionale. La misura recepisce la consolidata giurisprudenza comunitaria in tema di aiuti di stato: sul punto, si rinvia a quanto già evidenziato nel capito I.

¹⁸⁹ Non può essere dimenticato, al riguardo, come la Corte di Giustizia non ritenga l'extraterritorialità di per sé un ostacolo all'esercizio del controllo analogo, in quanto tale presupposto va verificato caso per caso in relazione a tutte le caratteristiche giuridiche del rapporto tra ente affidante e gestore.

locali, precludendo l'offerta di servizi efficienti e tendenzialmente meno costosi.

L'eccessivo rigore mostrato in riferimento a tali forme di gestione imprenditoriale dei servizi, quindi, sembra violare ingiustificatamente le prerogative di tali soggetti, comunque rinvenienti tutela nell'art. 41 della Costituzione.

4.3. L'art. 13 del d.l. n. 233/2006, cd. decreto Bersani

Se le novità contenute nel d.d.l. Lanzillotta esprimono soltanto una linea di tendenza dell'ordinamento, un recente intervento normativo detta con vigore disposizioni che incidono sulle modalità di intervento della mano pubblica in settori rimessi al mercato.

Come noto, l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006 n. 233¹⁹⁰ (conv., con modificazioni, in legge 4 agosto 2006 n. 248) introduce norme la cui finalità espressa è quella di ridurre i costi degli apparati pubblici regionali e locali nonché di tutelare la concorrenza¹⁹¹.

¹⁹⁰ L'art. 13 del d.l. n. 233/2006 attualmente vigente prevede che: <<1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività ditali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti (...). 2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1 (...)>>. Per un'analisi di tale intervento normativo, tra i molti lavori di commento, si rinvia a: B. CARAVITA DI TORITTO, *E' veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani 1?*, in www.federalismi.it, 9/2007; M.R. SPASIANO, *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, in www.giustamm.it; R. MANGANI, *Il Decreto Bersani resuscita l'in house?*, in www.giustamm.it, 11/2006.

¹⁹¹ L'intervento normativo in parola ha subito un iter oltremodo travagliato, anche a causa di formulazioni letterali che avevano indotto gravi incertezze interpretative, soprattutto in riferimento all'applicabilità anche ai servizi pubblici locali. Ad ogni modo, l'attuale testo

La finalità dell'intervento, peraltro esplicitata nel primo comma della norma in parola, consiste nell'assicurare le condizioni idonee per pervenire a livelli crescenti di concorrenza e di mercato, assicurando la parità degli operatori. In questa prospettiva di sviluppo economico, si inquadra la limitazione alle possibilità di azione delle società miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche (esclusivamente locali, non trovando la norma applicazione per le società pubbliche statali) che abbiano per oggetto sociale la produzione di beni e servizi strumentali alla loro attività: si dispone, infatti, una regola di "esclusività", ossia che le società miste siano legittimate ad operare soltanto nei confronti dei soggetti costituenti, partecipanti o affidanti, vietando il conseguimento di affidamenti da parte di soggetti ulteriori, ancorché mediante gara. Le strategie imprenditoriali di espansione, inoltre, sono precluse dal divieto di partecipare ad altre società o enti, così – in sostanza – sancendo l'illegittimità della costituzione di *holding*¹⁹².

L'operatività delle società miste, tuttavia, non è condizionata soltanto mediante la restrizione del settore di mercato dal punto di vista soggettivo, quindi contenendo il novero degli interlocutori da cui

dell'art. 13 del d.l. n. 233/06 è il frutto di modificazioni apportate in sede di conversione, laddove si è sancito espressamente l'esclusione dei servizi pubblici locali, nonché con l'art. 1, comma 720 della legge n. 296 del 2006 (legge finanziaria 2007), che ha prorogato il termine per la cessazione delle attività non consentite, ha eliminato il riferimento al d.l. n. 332 del 1994 ("Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni"), ingenerando perplessità sull'obbligo di cedere al mercato le attività scorporate, e soprattutto – con una disposizione di diritto transitorio - ha sanato i contratti di affidamento stipulati posteriormente all'entrata in vigore del decreto, ma in seguito a procedure di aggiudicazione bandite prima di tale data.

¹⁹² Come rilevato di recente, la disposizione ha lo scopo di garantire che le società pubbliche operino esclusivamente con le amministrazioni di riferimento, evitando che tale obbligo sia eluso attraverso l'acquisizione di società che non siano soggette all'applicazione della norma. Cfr. TAR Lombardia, Milano, 31 gennaio 2007 n. 140, in www.astrid-online.it, con commento di A. VIGNERI, *Sulla nozione di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali. Le prime sentenze sull'art. 13 d.l. Bersani*.

può provenire la domanda di prestazioni e beni, bensì anche dal punto di vista oggettivo, dal momento che la norma impone che le società partecipate abbiano un oggetto sociale esclusivo, con una notevole compromissione della capacità giuridica di diritto privato.

Nel caso di violazione della disciplina in questione, i contratti di affidamento di attività non consentite sono affetti da nullità insanabile, se stipulati dopo l'entrata in vigore del decreto legge, ovvero perdono efficacia a far data dal 4 luglio 2008, se stipulati precedentemente.

In palese contrasto con il principio comunitario di indifferenza della natura giuridica, pubblica o privata, ai fini dell'applicazione delle norme del Trattato, come espressamente sancito dall'art. 295, la disciplina nazionale propone un regime differenziato per le società *in house*, così restrittivo, invero, da determinarne praticamente l'esclusione dal mercato¹⁹³.

In linea con le previsioni del d.d.l. di riforma dei servizi pubblici locali, così confermando una linea evolutiva dalla quale sembra oramai difficile discostarsi, il cd. decreto Bersani introduce la regola del rapporto esclusivo tra società *in house* o mista e amministrazioni di riferimento, nonostante sia le pronunce del giudice comunitario che le direttive appalti 2004/17/CE e 2004/18/CE confermino la sussistenza di uno spazio di azione anche nei confronti di soggetti ed

¹⁹³ In tal senso, la limitazione di operatività cui incorre la società mista sembra anche violare la libertà di stabilimento tutelata dal Trattato (artt. 12, 43 e 49), non consentendo alle imprese partecipate di offrire servizi anche al di là del territorio del paese di origine: sebbene tale libertà possa essere eccezionalmente derogata qualora il soggetto partecipi all'esercizio di pubblici poteri, ai sensi dell'art. 45 del Trattato, la previsione restrittiva disposta dal d.l. n. 233/06 sembra non aderire all'interpretazione pro-concorrenziale della predetta deroga, affermata dal giudice comunitario al fine di evitare ingiustificate disparità di trattamento tra società partecipate e società private.

amministrazioni diverse, ancorché la quota di tale attività contrattuale debba presentare un carattere marginale.

Né può essere sottaciuto un risvolto gravemente lesivo delle capacità imprenditoriali di tali soggetti: presumibilmente a causa di incertezze nel lessico giuridico adottato, che mascherano tuttavia una scarsa comprensione da parte del legislatore dei fenomeni da normare, il testo dell'art. 13 del d.l. n. 233/06 ricomprende tra i soggetti passibili di applicazione dei divieti ivi sanciti, non soltanto le società propriamente *in house*, ma anche le società miste, nonché le società soltanto partecipate dalle amministrazioni locali rispetto alle quali, mancando un affidamento diretto, non si integra alcuna fattispecie derogatoria dei principi concorrenziali.

Condivisibili pertanto appaiono le censure sollevate in merito ad un intervento normativo che, pur ispirandosi alla necessità di promuovere lo sviluppo economico e garantire la parità di trattamento tra gli operatori, non appare idoneo a pervenire ai risultati voluti, non producendo alcun incremento dei settori di mercato aperti a forme concorrenziali: come è stato efficacemente rilevato, infatti, “*un effettivo funzionamento pro-concorrenziale si avrebbe soltanto accettando la posizione espressa dalla giurisprudenza comunitaria sugli enti in house, e non già costruendo, come fa l'art. 13 esaminato, mercati sostanzialmente riservati a soggetti controllati dagli enti locali e regionali, dei quali tuttavia si dimidia la capacità operative, sacrificando in modo irragionevole le possibilità di espansione imprenditoriale (attraverso la ridotta inefficiacia o nullità dei contratti relativi ad altre prestazioni)*”¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Così si esprime B. CARAVITA DI TORITTO, *E' veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani 1?*, cit., 6. L'A., in particolare, rileva come la misura limitativa non appaia

In tal senso, quindi, la strada percorsa si dimostra inadeguata a fornire piena tutela al mercato, incidendo (a valle) sulle forme di gestione e non (a monte) sulle scelte di esternalizzazione, ed anzi appare idonea a produrre un duplice e contraddittorio effetto negativo, peraltro di notevole portata: da un lato, non essendo intaccati i settori di mercato riservati all'amministrazione, risulta ostacolato il processo di liberalizzazione nella produzione di servizi e dei beni; dall'altro, sono compromesse irragionevolmente le libertà economiche degli operatori che decidono di associarsi all'amministrazione attraverso moduli di partenariato.

Per quanto attiene le società *in house*, la norma in parola ne chiarisce il legame di forte dipendenza con l'amministrazione affidante, sino ad esaltare la funzione servente della società rispetto al socio pubblico. In tal senso, l'accento posto sul secondo dei requisiti dettati dalla sentenza *Teckal*, stabilendo lo svolgimento esclusivo – e non solo prevalente – delle attività in favore dell'ente pubblico, può forse indurre a temperare l'eccessivo rigore mostrato dalla giurisprudenza nella verifica sul controllo analogo, che, nelle ultime pronunce, ha finito con il determinare di fatto l'incompatibilità del modello societario con l'*in house providing*¹⁹⁵.

Ciò nondimeno, se la forte limitazione di operatività appare senz'altro ragionevole nel caso sia intesa a ridurre drasticamente le

coerente con lo scopo perseguito di evitare posizioni di vantaggio in favore di imprese in house allorquando queste agiscano *extra moenia*: in tal senso, una misura più ragionevole sarebbe stata la previsione di un idoneo regime di separazione contabile. Nello stesso senso, M.R. SPASIANO, *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, cit. secondo il quale <<Viene da chiedersi perché mai penalizzare quegli operatori qualificati del mercato sol perché muniti di capitale pubblico o anche solo in parte pubblico. Non pare affatto che via siano ragioni di tutela della concorrenza, semmai di impedimento dell'attività di operatori sani al punto da qualificarsi anche al di là dei propri confini>>.

¹⁹⁵ E' questa l'opinione di fondo del contributo di R. MANGANARI, *Il Decreto Bersani ...*, cit.

ipotesi di affidamento diretto, diversamente non si comprende qualora si tratti di vicende contrattuali trasparenti e rispettose del principio della gara, nelle quali, pertanto, la società pubblica si trova a dover competere con altri operatori in posizione di parità: in tale secondo caso, infatti, il vincolo imposto all'azione delle imprese pubbliche non trova copertura giuridica né nel dettato costituzionale, né nell'ordinamento comunitario.

Al riguardo, deve essere rimarcato l'utilizzo inappropriato dei principi elaborati in tema di affidamento diretto, la cui applicazione è stata estesa anche oltre l'ambito proprio di derivazione dell'istituto: le caratteristiche delle forme organizzative affidatarie senza gara, infatti, sono state definite dal giudice comunitario esclusivamente per garantire l'effetto utile della direttiva appalti, nella cornice della peculiare relazione tra amministrazione committente e struttura "interna", valida appunto a giustificare la deroga alla regola della gara. Le suddette figure organizzative, pertanto, se devono certamente essere sottoposte ad un rigoroso vaglio critico nel rapporto con l'ente pubblico di riferimento, non si differenziano dall'impresa pubblica *tout court* qualora entrino in contatto con altre amministrazioni: in tal modo, ad esse va senz'altro esteso quel regime giuridico di matrice comunitaria, improntato alla parità di condizioni con l'imprenditore privato¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Sul punto, cfr. Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 2000, resa in causa C-94/99, cd *Arge Gewässerschutz*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2000, 1442, con nota di G. GRECO, nel quale il giudice comunitario rileva che il principio della parità di trattamento degli offerenti <<non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni>>.

Come rilevato da attenta dottrina¹⁹⁷, l'art. 13 del d.l. n. 233/06 deve quindi essere sottoposto ad una lettura costituzionalmente orientata, alla luce della quale i divieti ivi disposti possono essere diretti unicamente nei confronti delle società "strumentali", siano esse miste o *in house*, intendendo con tale termine riferirsi agli enti costituiti per la produzione di beni e servizi in favore dell'amministrazione aggiudicatrice: nel caso, invece, si tratti di società soltanto partecipate o costituite da un soggetto pubblico ma interamente consegnate al mercato, le limitazioni all'attività d'impresa si risolverebbero in un irragionevole pregiudizio, di certo non proporzionate allo scopo di contenimento dei costi e di sviluppo di regimi concorrenziali.

La predetta tesi sembra apparentemente confliggere con un recente parere reso in sede consultiva¹⁹⁸ dal Consiglio di Stato che, dopo una sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento degli affidamenti diretti nell'ottica di tutela della concorrenza, ha avuto modo di chiarire come lo scopo dei limiti introdotti con il cd. decreto Bersani I ne condizioni anche l'interpretazione: sul punto, infatti, viene affermato che *"le considerazioni sulla genesi della disposizione di cui all'art. 13 (...) non solo danno conto dello sviluppo del dibattito sul tema ma anche esprimono un preciso canone interpretativo: l'istituto dell'affidamento diretto rappresenta un'eccezione all'applicazione della normativa sugli appalti pubblici e, pertanto, la relativa disciplina deve essere interpretata restrittivamente (...). Con la*

¹⁹⁷ Cfr. G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it, 10/2007.

¹⁹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Sez. III, 25 settembre 2007 n. 322, in www.dirittodeiservizipubblici.it, nel quale si definisce l'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 233, precisando che <<il riferimento normativo alle amministrazioni pubbliche locali ricomprenda le attività poste in essere dalla generalità delle amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici locali>>. Il parere aveva ad oggetto la questione circa l'estensione dei limiti imposti dalla norma in parola anche a carico delle Camere di Commercio.

conseguenza che proprio un'interpretazione restrittiva dell'ambito di operatività soggettiva della norma si porrebbe in contrasto con l'ordinamento".

Invero, l'assunto espresso dal Consiglio di Stato, inteso ad estendere l'ambito soggettivo di applicazione della norma in parola, deve essere valutato alla luce del quesito sottoposto, finalizzato ad appurare se le prescrizioni limitative si rivolgessero anche alle Camere di Commercio partecipanti, costituenti o affidanti: nulla a che vedere quindi, con la diversa questione relativa all'estensione applicativa della norma anche a società pubbliche completamente rimesse al mercato che, godendo di piena capacità giuridica, non dovrebbero incontrare limitazioni particolari nell'attività d'impresa.

Evidentemente, su tale profilo è destinata ad incidere la scelta di impedire alle amministrazioni pubbliche di costituire imprese pubbliche per svolgere compiti aventi rilevanza economica, ma non necessari al perseguimento delle proprie finalità istituzionali¹⁹⁹.

4.4 Il recente parere della II Sezione del Consiglio di Stato, n. 456 del 18 aprile 2007

Le linee evolutive dell'ordinamento circa le forme di intervento del soggetto pubblico nei mercati possono essere colte anche in un

¹⁹⁹ Ci si intende riferire al disegno di legge attualmente all'esame della cd. Conferenza Unificata, recante "Misure per la riduzione dei costi politico-amministrativi e per la promozione della trasparenza", di cui dà conto la III Sezione nel citato parere. In considerazione del proliferare di società aventi oggetto sociale totalmente estraneo all'attività istituzionale dell'amministrazione costituente, l'art. 3 di tale disegno di legge prevede che <<Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società>>.

recente parere reso dalla II Sezione del Consiglio di Stato²⁰⁰ che ha offerto una ricostruzione organica e sistemica delle diverse figure organizzative dell'*in house providing* e della società mista, cercando così di superare il disagio sorto sia in giurisprudenza che in dottrina a fronte della notevole frammentazione degli interventi normativi, spesso niente affatto univoci.

Del resto, un'esigenza di chiarificazione circa la compatibilità delle società miste rispetto all'ordinamento comunitario, risulta quanto mai avvertita²⁰¹. Come si è avuto modo di rilevare, infatti, se è indubbio che la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE – peraltro in aderenza alle conclusioni contenute nel Libro Verde della Commissione sui partenariati – abbia affermato l'incompatibilità di un affidamento diretto di servizi ad una società mista preesistente e costituita per l'erogazione di altre e differenti prestazioni²⁰²,

²⁰⁰ Si tratta del parere reso dalla II Sezione del Consiglio di Stato, n. 456 del 18 aprile 2007. Lo spunto innovativo contenuto in tale atto ha stimolato un acceso dibattito, ancora lontano dal concludersi. Tra i primi commenti si segnalano, A. PLAISANT, *In house providing e società miste: due rette parallele o convergenti?*, in www.giustamm.it, 5/20007; C. ACOCELLA, *Alcune buone ragioni per la sopravvivenza del modello delle società miste*, in www.federalismi.it, 12/2007; R. MANGANI, *Affidamenti in house e modello societario tra controllo analogo e conflitto di interessi*, in www.giustamm.it, 7/2007.

²⁰¹ Per alcune considerazioni critiche, si rinvia a: G. GUZZO, *Società miste: assemblea di Strasburgo e legislazione nazionale (quale diritto?)*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2007.

²⁰² Cfr. Corte di Giustizia CE, *Anav*, nonché la chiara affermazione contenuta nel Libro Verde sui Partenariati, pubblicata dalla Commissione in data 30 aprile 2004, laddove si evidenzia come il tema di indagine non riguardi le società partecipate costituite prima alla decisione dell'amministrazione in merito alle forme di gestione. In tal senso, infatti, si rileva che «non affronteremo specificatamente il caso delle imprese miste preesistenti che partecipano alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici o di concessioni, poiché non si tratta di una situazione che possa suscitare discussioni riguardo al diritto comunitario applicabile. Il carattere misto di un'impresa che partecipa ad una procedura di appalto non implica infatti alcuna deroga alle norme applicabili nel quadro dell'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione». Il problema che si pone, a questo punto, non è di tutela della concorrenza, posto che la Corte di Giustizia qualifica gli affidamenti diretti a società miste quali ipotesi di concessione, estendendo i principi del Trattato (cfr. Corte di Giustizia Ce, *Teleaustria*), bensì terminologico e, conseguentemente, sistematico: nella bipartizione fra partenariato istituzionalizzato e partenariato contrattualizzato, le società miste e la concessione si pongono come modelli alternativi. Deve quindi ritenersi che il termine "concessione di servizi" in

diversamente, non è dato rinvenirsi alcuna chiara presa di posizione in merito all'affidamento in favore di società appositamente costituite per la gestione di servizi.

Allo stato, in assenza di specifiche pronunce del giudice comunitario sul punto, l'unico parametro di riferimento – sebbene privo di carattere precettivo – è costituito appunto dal citato Libro Verde sui partenariati che, anche se con evidenti equilibrismi, comunque perviene ad un giudizio di compatibilità del modello purché sia rispettato un presupposto essenziale: la costituzione della società deve fondarsi su una procedura selettiva del partner privato che non soltanto abbia natura concorsuale, ma che sia diretta all'individuazione del socio con ruolo operativo, attraverso una precisa definizione dell'oggetto della gara, nonché dei requisiti di partecipazione e valutazione dell'offerta da parametrare al progetto di gestione²⁰³.

riferimento a società partecipate, sia stato utilizzato in un'accezione a-technica: in questi termini, A. PLAISANT, *In house providing e società miste*: ..., cit.

²⁰³ Il Libro Verde sul partenariato, infatti, propugna l'utilità del modello istituzionalizzato, evidenziando che <<La cooperazione diretta tra il partner pubblico e il partner privato nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria permette al partner pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni, che può adattare nel tempo in funzione delle circostanze, attraverso la propria presenza nella partecipazione azionaria e in seno agli organi decisionali dell'impresa comune. Essa permette inoltre al partner pubblico di sviluppare un'esperienza propria riguardo alla fornitura del servizio in questione, pur ricorrendo al sostegno del partner privato>>. La compatibilità con il diritto comunitario di tale modello organizzativo, tuttavia, richiede che il conferimento degli incarichi avvenga tramite <<un atto che può essere definito appalto pubblico o concessione. La scelta di un partner privato destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un'impresa mista non può dunque essere basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tenere conto delle caratteristiche della sua offerta – che economicamente è la più vantaggiosa – per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire. Infatti, in mancanza di criteri chiari ed oggettivi che permettano all'amministrazione aggiudicatrice di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'operazione in capitale potrebbe costituire una violazione del diritto degli appalti pubblici e delle concessioni>>. Nello stesso senso, anche la recente Risoluzione del Parlamento Europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto degli appalti pubblici e delle concessioni, del 26 ottobre 2006 (2006/2043), conferma che <<se il bando di gara per la costituzione di un'impresa mista è risultato preciso e completo non è necessario un ulteriore bando di gara>>, così

Si tratta di una soluzione intermedia tra l'esternalizzazione completa, realizzata attraverso lo strumento concessorio, e l'affidamento totalmente interno, alla base del modello *in house*.

In questa prospettiva²⁰⁴ si inserisce, quindi, il Consiglio di Stato che, nel citato parere, dopo un'ampia ricostruzione del dibattito giurisprudenziale, dissolve alcune incertezze che, invero, erano sorte a causa di un'erronea sovrapposizione tra il modello del partenariato istituzionalizzato e quello interno, evidentemente dipeso da un'eccessiva estensione delle conclusioni affermate nella sentenza Stadt Halle oltre il contesto in cui esse andavano più propriamente calate²⁰⁵.

Come rilevato in precedenza, da tale pronuncia la migliore dottrina aveva fatto scaturire un giudizio di ferma incompatibilità del modello delle società miste rispetto al diritto comunitario, sino a sancirne sostanzialmente la fine²⁰⁶.

aderendo alla tesi secondo la quale nella società mista i compiti gestionali devono essere svolti dal socio privato, appositamente selezionato in ragione delle competenze professionali e delle risorse economiche.

²⁰⁴ La tesi intermedia affermata a livello comunitario è stata fatta propria in dottrina da CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *L'in house providing, un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.* 2006, 87 ss.

²⁰⁵ Come noto, al punto 49 della sentenza, 11 gennaio 2005, resa in causa C-26/03, la Corte di Giustizia afferma che «La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi».

²⁰⁶ V. M.P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, AA.VV., *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale* (a cura di M.P. Chiti), Bologna, 2006, 21 ss.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.* 2005, 193 ss.; A. CLARIZIA, *Il privato inquina; gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it, 1/2005. Avevano, invece, evidenziato come il modello della società mista non dovesse essere inquadrato tra gli affidamenti diretti: M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale* (a cura di S. Cassese), Milano 2003, 2606 ss.; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali, Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004, 83 ss.; L. AMMANATI, *Sull'inattualità della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004,

Il Consiglio di Stato, invece, compie un'operazione di recupero di tale forma organizzativa, riprendendo i propri tradizionali insegnamenti in merito alle modalità di costituzione delle società partecipate (ossia, all'obbligo di gara per la selezione del partner) ma integrandoli con gli orientamenti emersi in sede europea. Dal dialogo tra le diverse tradizioni giuridiche, il giudice nazionale ricava – in primo luogo – un profondo mutamento della *ratio* stessa dell'evidenza pubblica: da tradizionale strumento atto a garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa attraverso l'individuazione della migliore offerta di beni o servizi, e quindi nell'interesse dello stesso soggetto pubblico, la gara si trasforma in condizione imprescindibile per assicurare parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità ai possibili futuri contraenti.

In questo senso, la coincidenza tra selezione del partner e aggiudicazione del servizio è garanzia sufficiente ad evitare che il socio privato di una costituenda società mista sia posto in una condizione di ingiusto vantaggio, dal momento che attraverso la gara a tutti gli imprenditori è garantita la *chance* di competere per l'attribuzione dell'utilità economica conseguibili nel rapporto con la pubblica amministrazione committente.

A parere del Consiglio di Stato, quindi, nella selezione concorsuale deve essere palesato l'oggetto dell'attività sociale, definendo nello specifico le concrete prestazioni che la società partecipata dovrà svolgere attraverso l'opera del socio privato²⁰⁷: la

910; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰⁷ In tal modo, come chiarito dalla Commissione europea nel citato Libro Verde sui Partenariati, la predeterminazione dell'oggetto sociale consente all'amministrazione di formulare rigorosi ed oggettivi criteri di valutazione delle offerte presentate dai concorrenti al

precisazione, evidentemente, si rende necessaria al fine di evitare la costituzione di società cd. aperte, destinatarie senza gara di ulteriori servizi, anche diversi da quelli banditi. Ne deriva, quindi, che qualsiasi estensione delle attività da parte dell'amministrazione aggiudicatrice deve avvenire soltanto a seguito di confronto concorrenziale.

Una seconda e concomitante condizione che vale a legittimare il modulo organizzativo della società partecipata, invece, è individuata nella precisa determinazione della durata temporale dell'incarico affidato alla società mista (*recte*, al socio operatore): durata che, secondo il delineato inquadramento, deve coincidere con quella dell'impresa, con necessaria liquidazione della posizione del partner privato e rinnovo della procedura selettiva per il nuovo affidamento delle prestazioni²⁰⁸.

La scelta di costituzione di una società mista, quindi, si qualifica più propriamente come forma concessoria, e ciò in quanto la selezione concorrenziale del partner vale ad escludere che la fattispecie integri l'ipotesi di una gestione diretta²⁰⁹.

ruolo di socio operatore, così lasciando emergere realmente il progetto di gestione tecnicamente più valido ed economicamente più vantaggioso.

²⁰⁸ In questa linea, peraltro conforme al modello comunitario tracciato dal citato Libro Verde del 2004 e dalla Risoluzione del 2006, si è mosso anche il legislatore nazionale in materia di servizi pubblici locali, sebbene prefigurando una soluzione diversa rispetto a quella indicata a livello comunitario. Come noto, infatti, l'art. 113, comma 12 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nell'attuale formulazione, prevede che, alla scadenza dell'affidamento, sia obbligatorio rinnovare le procedure concorsuali per provvedere alla cessione delle quote della società partecipata, nella titolarità del socio privato: è evidente che, in tal modo, si stabilizza la società partecipata mentre ciò che diviene contendibile è la posizione di partner, evitando così gli aggravii di costi ed i rallentamenti derivanti dalla costituzione di un nuovo soggetto ad ogni affidamento. L'alienazione delle quote, tuttavia, se ipotesi ragionevole in astratto, sconta serie difficoltà applicative nella definizione dei meccanismi di quantificazione dei valori propri delle azioni da collocare sul mercato.

²⁰⁹ Come rilevato nel Capitolo III, siffatta tesi era comune in giurisprudenza: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 1998 n. 192, in Cons. St. 1998, I, 249; Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998 n. 1478, in Foro. it., 1999, III, 178; Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2003 n. 3864, in Cons. St., 2003, I, 1424; Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2002 n. 5316, in Cons. St., 2003, I, 1971. In dottrina molti si erano espressi nel senso della compatibilità del modello con l'ordinamento

Il chiarimento offerto dal Consiglio di Stato permette, di conseguenza, di risolvere l'annosa questione relativa alla necessità di un'apposita gara per l'affidamento del servizio, anche qualora la società partecipata sia stata costituita previa individuazione trasparente del socio privato²¹⁰.

Nella nuova ricostruzione del modello in parola, la seconda gara, da un lato, perde di senso, in quanto non necessaria per assicurare la parità di trattamento fra gli operatori economici (ammessi appunto a concorrere per la gestione delle attività, sebbene nella cornice societaria); dall'altro, comporta l'impossibilità di attuare l'opzione gestoria, dal momento che non solo costituirebbe un serio ed insuperabile disincentivo a partecipare alla costituzione della società partecipata, ma impedirebbe lo stesso conseguimento dell'oggetto sociale²¹¹.

Del resto, in questa ipotesi, l'amministrazione committente verrebbe a rivestire un duplice ruolo versando così in una palese situazione di conflitto di interessi. Essa, infatti, sarebbe sia il soggetto che bandisce la procedura selettiva, che il possibile candidato alla

comunitario, pur rilevando che «<occorre fare in modo che il *focus* della procedura di gara per la scelta del socio privato si sposti da una semplice operazione di privatizzazione (e quindi di vendita delle azioni in mano pubblica) ad una vera e propria procedura di affidamento del servizio e che questa procedura sia condotta nel pieno rispetto del diritto comunitario applicabile>>: v. M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2004, 941.

²¹⁰ Di recente, su questa posizione intransigente, si era espresso il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, nella sentenza n. 589 del 28 ottobre 2006, in www.dirittodeiservizipubblici.it, nella quale si era prefigurata la disapplicazione dell'art. 113, comma 5, lett. b) perché ritenuto in contrasto con il diritto comunitario.

²¹¹ Sul punto, si rinvia alle considerazioni critiche espresse in dottrina all'indomani dell'entrata in vigore della riforma dei servizi pubblici locale, di cui all'art. 35 della l.n. 448/2001, che aveva generalizzato la gara per tutti i possibili operatori interessati alla gestione, fossero privati, partecipati o totalmente pubblici: v. C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, in Urb. e app. 2003, 771 ss. Così anche la giurisprudenza si era attestata sull'inutilità della seconda gara per l'affidamento del servizio alla società mista: cfr. Cons. Stato, n. 272/2005 cit.

gestione: una tale situazione, evidentemente, eliminerebbe in radice qualsiasi garanzia di trasparenza e di parità di trattamento tra i candidati.

La necessità di recuperare concreti spazi di operatività dell'istituto, pertanto, induce il giudice nazionale a discostarsi dalle indicazioni al riguardo fornite dagli organi comunitari: in tal senso, infatti, il citato Libro Verde sui Partenariati non ravvisava nella partecipazione dell'organismo aggiudicatore all'impresa mista una valida motivazione di deroga al diritto dei contratti. La difesa delle società partecipate sembra originare dall'esigenza di scongiurare il rischio che – a fronte dell'affermazione di una secca dicotomia tra forme organizzative totalmente esterne o, di converso, totalmente interne – si perda la possibilità di realizzare un equilibrato incontro tra interessi pubblici di servizio ed interessi economici degli operatori; possibilità che, invece, il partenariato può garantire.

Su tale aspetto, tuttavia, il parere del Consiglio di Stato compie un passo ulteriore rispetto alla mera definizione dei presupposti di compatibilità del modello gestorio rispetto al diritto comunitario, dando ampio risalto alle linee evolutive già espresse dall'ordinamento nazionale o in via di emersione. La cornice nel quale si iscrive l'operazione ricostruttiva condotta dal Consiglio di Stato, infatti, è connotata da una spiccata propensione verso il mercato, manifestata dalla pretesa eccezionalità dei modelli diversi dall'esternalizzazione, con un deciso accento posto sulla concorrenza in luogo delle esigenze di servizio, anche oltre il difficile punto di equilibrio rappresentato

dall'art. 86, paragrafo 2 del Trattato²¹² e ben chiarito dalla Corte di Giustizia proprio con riferimento alla materia dei servizi pubblici locali²¹³ nella precisazione secondo la quale il diritto comunitario opera unicamente a valle della scelta economica ed organizzativa effettuata dall'amministrazione.

Diversamente, il Consiglio di Stato condiziona la discrezionalità nella definizione delle forme gestorie alla tutela dell'interesse per la massima apertura del mercato, considerato alla stregua di un principio fondamentale sul quale fondare l'interpretazione della disciplina di settore, eventualmente sottoposta ad un'operazione ermeneutica adeguatrice fino a forzarne anche il dettato normativo. In tal senso, infatti, si assume l'eccezionalità del modello della società partecipata, a fronte della quale l'amministrazione dovrebbe motivare in dettaglio circa le ragioni concrete che impediscono di procedere all'affidamento esterno: tuttavia, come rilevato, in assenza di limiti espliciti alla facoltà di auto-produzione, allo stato non si rinviene nell'ordinamento un siffatto stringente obbligo motivazionale, se non per l'ipotesi di società cd. strumentali. Il Consiglio di Stato, quindi, cogliendo quello che è una linea soltanto tendenziale di evoluzione della forma organizzativa in parola, perviene all'imposizione di scelte esternalizzanti, allo stato non dovute.

4.5 La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2007 n. 5587.

²¹² In merito, v. G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2 del Trattato CE*, in *Il Dir. UE* 1996, 719 ss.

²¹³ Si fa riferimento a Corte di Giustizia CE, 6 aprile 2006, in causa C-410/04, cd *Anav*, nella quale il giudice comunitario, nel valutare legittimo l'art. 113 del T.U.EE.LL, sostanzialmente conferma la piena discrezionalità dell'amministrazione nella scelta delle forme gestorie, non legando l'opzione verso forme di auto-produzione ad alcuna condizione eccezionale.

Le conclusioni raggiunte in sede consultiva dal Consiglio di Stato non sembrano essere state, tuttavia, condivise appieno dalle sezioni giurisdizionali. In una recente sentenza²¹⁴, la Sezione V del Consiglio di Stato, dopo un'ampia ed approfondita ricostruzione normativa e giurisprudenziale della fattispecie in parola, ha rimesso all'Adunanza Plenaria la risoluzione della questione relativa alla legittimità di affidamenti diretti a società miste, così come definita nel citato parere della Sezione II.

In tale pronuncia, il massimo organo di giustizia amministrativa pone in evidenza alcuni aspetti ancora controversi, sollecitando una presa di posizione definitiva e chiarificatrice anche al di là di quanto, invero, era necessario nella specifica vicenda all'attenzione del giudice.

In primo luogo, viene posta l'esigenza di definire in concreto il concetto di prevalenza dell'attività svolta per l'amministrazione affidante a fronte di una giurisprudenza nazionale, come rilevato, non certamente uniforme sul punto, dal momento che il requisito in questione non è stato verificato soltanto sulla base dell'entità del fatturato complessivo, ma sovente sono stati indicati requisiti più rigorosi. Al riguardo, la Sezione V ravvisa l'opportunità di approfondire la questione anche in considerazione delle incompatibilità di recente previste per le società strumentali ai sensi dell'art. 13 del d.l. n. 223/06, invitando la Plenaria a valutare se *“il concetto di prevalenza debba essere calcolato tenendo conto, o meno, dell'obbligo di dismissione delle attività svolte per il mercato e non per l'amministrazione di riferimento”*.

²¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2007 n. 5587, in www.giustamm.it, 10/2007.

L'aspetto più controverso sul quale interviene la sentenza attiene sicuramente l'inquadramento giuridico del modello delle società miste. Come rilevato dal giudice, il dibattito sul punto presenta tre distinti filoni interpretativi: il primo, sicuramente più rigoroso, non prevede formule intermedie tra l'affidamento a terzi mediante gara e l'affidamento diretto a società *in house*, di modo che anche le società partecipate dovrebbero sottoporsi al confronto concorrenziale ancorché il socio privato sia stato scelto con gara²¹⁵; un secondo, espresso dalla prevalente dottrina, sostiene che l'affidamento diretto alla società sia sempre legittimo qualora il partner sia individuato attraverso procedure trasparenti²¹⁶; un terzo, fatto proprio dalla Sezione II nel predetto parere, teso a dimostrare la validità di un approccio intermedio secondo il quale la piena fungibilità tra appalto e società mista si fonda sulla definizione del partner privato quale socio operatore.

La Sezione V, tuttavia, pur ritenendo di aderire a tale ultimo approccio ermeneutico, esprime la necessità di dirimere alcuni dubbi che tale via intermedia comunque solleva.

In via preliminare, si rileva che la stessa equivalenza tra l'appalto ed il contratto di società appare meritevole di chiarimenti, considerato che le direttive comunitarie non prevedono affatto il modulo della società mista, incentrandosi tutti gli schemi giuridici ivi disciplinati su strutture negoziali di tipo corrispettivo e non associativo. In tale prospettiva, *“la soluzione compromissoria della società piegata alle regole del*

²¹⁵ Come noto, è questa la posizione espressa dalla Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, nella sentenza 27 ottobre 2006 n. 589, richiamata nel presente lavoro,

²¹⁶ In tal senso, si è già dato conto di quelle opinioni dottrinarie secondo le quali il contratto sociale non può essere assimilabile all'appalto e, pertanto, non troverebbero applicazione le rigide e formali procedure definite dalle direttive comunitarie per garantire la piena concorrenza nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori.

diritto comunitario degli appalti potrebbe essere considerata insoddisfacente da due simmetrici punti di vista. Infatti, si potrebbe affermare che: A) la disciplina comunitaria degli appalti non lascia alcuno spazio per l'affidamento a terzi del servizio in forme diverse da quelle espressamente previste, vietando, implicitamente, il ricorso alle società (con la sola eccezione delle strutture in house); B) il contratto sociale, proprio perché intrinsecamente diverso dall'appalto, resta estraneo alla disciplina delle direttive comunitarie, rimanendo assoggettato solo ai generalissimi principi del Trattato (non discriminazione, pubblicità, tutela della concorrenza)".

E' evidente che, qualora si propendesse per la tesi di una completa estraneità del modello del partenariato rispetto alla disciplina dettata dalle direttive appalti, con conseguente sottoposizione degli affidamenti a società miste soltanto ai principi generali del Trattato, ne deriverebbe un'evidente lacuna normativa, venendo a mancare una specifica e dettagliata cornice giuridica nella quale inquadrare tale fenomeno organizzativo. Si offrirebbe così alle amministrazioni una possibilità di sfuggire alle rigorose prescrizioni comunitarie per la selezione del contraente nonostante l'operazione economica posta in essere sia sostanzialmente identica, trattandosi comunque dell'approvvigionamento di risorse strumentali.

Sul punto, appare opportuno precisare che il maggior rigore necessario per l'acquisizione di beni, servizi ed utilità, la cui produzione è totalmente rimessa al mercato, non può di converso estendersi anche al caso di affidamento di servizi pubblici, sottoposti ad un regime di riserva e nei quali il contenuto economico della prestazione resa alla collettività (per conto dell'amministrazione) si coniuga con rilevanti profili di interesse pubblico. Ne consegue che il modulo organizzativo in questione, se presenta aspetti problematici

qualora impiegato in sostituzione di un appalto pubblico di servizi, pone sicuramente minori criticità nel caso esso sia alternativo ad una concessione di pubblici servizi, come noto soggette – per giurisprudenza costante – soltanto al rispetto dei principi generali del Trattato.

Un secondo ordine di rilievi mossi alla soluzione prospettata nel parere della Sezione II, invece, concerne le condizioni indicate per giustificare gli affidamenti diretti a società partecipate.

Come rilevato in precedenza, aderendo ad una tesi prospettata in giurisprudenza²¹⁷, la Sezione consultiva afferma che la facoltà dell'amministrazione di ricorrere ad affidamenti a società miste debba fondarsi espressamente su una norma autorizzativa: l'assunto è fatto derivare dall'art. 1, comma 2 del D.Lgs. n. 163/06 (cd. Codice dei contratti pubblici), laddove si prevede che *“nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio avviene con procedure ad evidenza pubblica”*, con una disposizione che viene ritenuta idonea a circoscrivere il modulo organizzativo in questione soltanto alle ipotesi tassativamente previste dal Legislatore²¹⁸.

Opportunamente, la V Sezione del Consiglio di Stato esprime forti perplessità verso un atteggiamento così rigoroso, dal momento che esso si pone in contrasto con la generale capacità giuridica di diritto privato di cui godono le amministrazioni nel perseguimento

²¹⁷ Si fa riferimento alla già richiamata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514.

²¹⁸ Nel parere della II Sezione del Consiglio di Stato, n. 456/07, infatti, si afferma che <<la norma non intende affermare la generale ammissibilità delle società miste, che devono intendersi consentite nei soli casi già previsti da una disciplina speciale, nel rispetto del principio di legalità: si codifica soltanto il principio secondo il quale, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire con procedure ad evidenza pubblica (non necessariamente, quindi, ai sensi della disciplina dello stesso codice)>>.

delle proprie finalità istituzionali e che è stata esaltata nel disposto dell'art. 1, comma 1 *bis* della legge n. 241/90, introdotto dalla legge n. 15/05²¹⁹.

Inoltre, la V Sezione ritiene di dover sottoporre al vaglio della Adunanza Plenaria la stessa ricostruzione del partenariato, quale forma di affidamento dell'attività operativa al partner privato. Correttamente, infatti, si chiarisce che nessuna norma né sentenza della Corte di Giustizia pone il divieto di partecipazione meramente finanziaria nella società miste, purché ovviamente l'apporto in questione “*presenti, comunque, un adeguato tasso di specificità professionale*”²²⁰.

Ad ogni modo, a non convincere sembra essere proprio l'idea che sia il socio privato a dover eseguire la prestazione, in luogo dell'impresa mista. Problematica, in tal senso, è l'individuazione del significato da attribuire alla formula “affidamento dell'attività operativa”, ricorrente nel citato parere della II Sezione: essa, infatti, potrebbe voler esprimere la necessità che il socio privato sia scelto tra imprenditori del settore, ovvero che l'esecuzione della prestazione sia compiuta dal *partner* con la propria organizzazione d'impresa²²¹, od

²¹⁹ In merito, i dubbi del giudice amministrativo sono ben espressi nella parte motiva, laddove si afferma che «il necessario rigore con cui devono essere accertati i concreti presupposti del legittimo affidamento ad una società mista non significhi affatto che il modulo societario debba essere considerato eccezionale, o consentito solo in presenza di particolari situazioni, trattandosi di scelta riconducibile all'autonomia organizzativa del singolo ente pubblico».

²²⁰ In effetti, a livello comunitario si è manifestata una certa propensione a restringere il campo di applicazione delle forme di partenariato. Se la *ratio* di tale forma organizzativa risponde alla finalità di realizzare una cooperazione tra soggetti pubblici e privati per finalità specifiche (permettendo all'amministrazione di conservare un controllo elevato sulle operazioni, anche al fine di adeguarle alle mutevoli esigenze della comunità, e di sviluppare una propria esperienza nel settore), ne deriva che «la scelta del partner privato destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un'impresa mista non può dunque essere basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tenere conto delle caratteristiche della sua offerta – che economicamente è la più vantaggiosa – per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire».

²²¹ Ipotesi questa che richiederebbe una regolamentazione contrattuale più complessa ed articolata nella quale si definisca in concreto il ruolo del socio privato e l'oggetto della sua

anche che il conferimento delle quote debba essere effettuato mediante la cessione del ramo di azienda. In ogni caso, tutte queste soluzioni – difficilmente compatibili con il diritto societario – si pongono in radicale contrasto con la funzione stessa delle società partecipate, rappresentata dalla finalità di creare un centro di imputazione unitario. Sul punto, comunque, va rilevato come il giudice amministrativo sembri voler aderire al precedente inquadramento delle società miste quali concessioni esercitate sotto forma di società, contenuto nella nota decisione del Consiglio di Stato n. 3672/05.

La crisi del modello societario, peraltro, viene a determinarsi anche a causa della delimitazione delle finalità sociali delle società miste, a causa del ritenuto contrasto con i principi comunitari di affidamento diretto a società cd. aperte: se è vero che la massima trasparenza può essere garantita soltanto dalla esatta individuazione delle prestazioni da svolgere, cosicché gli operatori interessati possano valutare l'opportunità di partecipare alla costituzione del nuovo soggetto, altrettanto vero è che l'impossibilità di implementare le proprie attività, assumendosi un "fisiologico margine di rischio", impedisce la concreta attuazione del contratto sociale, ridotto al compimento di un'unica prestazione.

In ultimo, se la sentenza si pone in linea con il parere (seppure con alcune precisazioni) per quanto attiene l'obbligo di motivazione

attività. Del resto, sembra in linea con tale ipotesi la previsione di cui all'art. 32, comma 3, del D. Lgs. n. 163/06 che esenta le società miste dall'applicazione della disciplina del Codice dei contratti limitatamente alla realizzazione dell'opera o allo svolgimento del servizio per le quali sono costituite, se ricorrono tre condizioni: 1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; 2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

circa l'adozione della forma organizzativa e la predeterminazione della durata temporale della società, rappresenta un profilo dirimente l'indirizzo interpretativo espresso dalla Sezione consultiva, secondo il quale il ricorso al modello della società mista dovrebbe essere limitato ai soli casi in cui esista un concreto riferimento allo svolgimento di attività e funzioni pubbliche. Sul punto, la sentenza n. 5587/07 rimette alla Adunanza Plenaria il necessario chiarimento sulla portata di tale affermazione, ossia se con essa si voglia intendere *“la necessità che l'oggetto sociale sia comunque compatibile con le finalità statutarie pubblicistiche dell'ente che intende costituire la società”* oppure *“un più rigoroso accertamento della connessione tra la funzione svolta e l'esercizio dei poteri pubblicistici in senso stretto”*: in questo secondo caso, allora, *“la società mista sarebbe difficilmente ammissibile nei casi di attività neutre, quali la prestazione di servizi destinati, con le stesse caratteristiche oggettive, a soggetti pubblici e privati”*.

E' proprio la risoluzione di tale ultimo profilo a rappresentare un punto cruciale nella definizione del corretto ambito di applicazione del modello di partenariato pubblico-privato che, se può avere una specifica funzione nel caso di svolgimento di prestazioni di servizio pubblico, difficilmente appare giustificabili per l'acquisizione di beni o risorse strumentali che, ovviamente, pare poter essere conseguita mediante l'appalto, con minori costi per l'amministrazione e maggiore rispetto per le libertà economiche sancite dal Trattato.

4.6 Conclusioni

Dall'analisi degli interventi normativi e giurisprudenziali che hanno interessato la tematica degli affidamenti *in house* od a società

partecipate, emerge un quadro di riferimento oltremodo incerto ed instabile, nel quale dominano le preoccupazioni delle amministrazioni pubbliche e degli operatori: le prime poco propense ad effettuare scelte che non abbiano il preventivo avallo degli organi di controllo chiamati a giudicarne l'operato; i secondi, invece, frenati dal compiere investimenti nel settore pubblico nel timore di perdere capitali e risorse a seguito dell'annullamento delle operazioni imprenditoriali assunte dagli enti pubblici.

Ne deriva il rafforzamento di quella deriva dicotomica tra gestione totalmente "in casa" e piena esternalizzazione, il cui *imprimatur* è invero stato dato dalla Corte di Giustizia in distonia dagli orientamenti del Parlamento e della Commissione.

Le forme di partenariato istituzionalizzato sembrano incontrare ancora forti difficoltà applicative, rinvenendosi in esse un ontologico conflitto tra la necessità di assicurare la flessibilità degli assetti organizzativi, così da permettere un'efficace cooperazione tra soggetto pubblico ed imprenditore privato, ed il dovere di garantire piena tutela alle libertà economiche sancite dal Trattato, con il conseguente rigore assunto nella verifica del rispetto del principio concorrenziale.

Né, del resto, la soluzione di compromesso delineata dal Consiglio di Stato – sebbene connotata da una forte razionalità di sistema che consente di definire un astratto equilibrio tra le contrapposte spinte – pare poter reggere alla concreta prova dei fatti, in particolare a causa del serio impedimento rappresentato dalla determinazione della disciplina applicabile al cd. socio operatore nei

rapporti con l'amministrazione committente²²² e con la società partecipata²²³.

In tal senso, a fronte di posizioni sempre più rigide della Corte di Giustizia sugli affidamenti diretti, il legislatore nazionale sembra orientato ad accomunare indistintamente i moduli organizzativi *in house* e quelli di partenariato, così rimettendo “a valle”, ossia al momento della determinazione dell'assetto organizzativo, quelle scelte esternalizzanti che, invero, dovrebbero essere compiute “a monte”, definendo ciò che l'amministrazione può fare in campo economico e ciò che, invece, deve essere svolto nel mercato.

Al riguardo, l'ancoraggio delle scelte di gestione pubblica a presupposti tassativi, nonché la delimitazione delle condizioni di operatività in termini rigidi e rigorosi, appare preclusiva della possibilità per tali soggetti di poter effettuare le proprie attività con efficacia.

La problematica investe principalmente il settore dei servizi pubblici locali, laddove le amministrazioni maggiormente necessitano

²²² Sulla possibilità che sussistano posizioni contrastanti fra i partner della società partecipata, nonché in ordine alle modalità di composizione disciplinate dal diritto societario, v. A.M. BALESTRERI, *Il conflitto di interessi del socio pubblico nelle società partecipate da enti locali*, in www.giustamm.it.

²²³ In tal senso è dibattuta l'efficacia del contratto di servizio quale strumento idoneo a fornire una compiuta disciplina dei rapporti tra amministrazione e gestore, in particolare per quanto attiene la modalità di introduzione un atto pattizio dei poteri, di chiara natura autoritativa, finalizzati ad assicurare la soddisfazione di interessi pubblici, anche attraverso l'adattamento del servizio alle mutevoli esigenze dell'utenza. Del resto, un aspetto peculiare del servizio pubblico consiste proprio nella predeterminazione politica dei livelli della domanda e della qualità delle prestazioni in rapporto alla rappresentazione delle esigenze collettive. Sul contratto di servizio, si rinvia *ex multis* a: M. CAPATINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2004, 801 ss.; C. ACOCELLA, *Il contratto di servizio*, in F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, 139 ss.

dell'apporto di risorse e conoscenze proprie dell'operatore privato per approntare prestazioni adeguate in favore dell'utenza²²⁴.

In assenza di un obbligo comunitario o nazionale di dismissione, evidentemente, ciò non porta a dover considerare apoditticamente contrastante con il diritto comunitario una forma di gestione stabile ed in *partnership* che – proprio per le peculiarità del settore – sia caratterizzata da assetti flessibili ed adattabili alle mutevoli esigenze di servizio: il temperamento dell'applicazione delle regole concorrenziali²²⁵ – garantite nel minimo attraverso la pubblicità, trasparenza e parità di trattamento nell'individuazione del socio e non nella rigorosa e meccanica procedura di attribuzione di specifiche utilità – può avvenire tenendo conto della circostanza che tale ambito risulta ancora connotato da un equilibrio precario tra esigenze pubbliche e del mercato.

²²⁴ Bisogna tuttavia tener conto che l'amministrazione non pare in posizione di forza contrattuale. Come rilevato, infatti, <<se il sistema regolatorio attuale configura un ambito articolato su tre protagonisti principali – cittadini, gestori, enti locali, quali protagonisti di un rapporto triangolare ispirato a logiche negoziali – l'anello debole di tale catena è proprio l'ente locale che, per un verso opera in condizioni di asimmetria delle informazioni; per altro non dispone di strutture specializzate in grado di raccogliere e selezionare autonomamente le informazioni rilevanti, di operare efficacemente in sede di affidamento del servizio, di negoziare impegni e obblighi del gestore, ed infine, di esercitare una costante azione di monitoraggio>>: v. F. ASTONE, *Brevi note in tema di autoproduzione dei servizi e rispetto del principio di concorrenza da parte degli enti locali*, in AA.VV. *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali* (a cura di F. Astone, M. Calderera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta), Torino, 2005.

²²⁵ Come efficacemente osservato, il rispetto della concorrenza impone semplicemente di garantire a ciascun imprenditore di poter esercitare la propria libertà di iniziativa, ma ciò non significa, ovviamente, che l'imprenditore non debba tener conto del mercato o che l'imprenditore non debba tener conto delle esigenze o dell'impostazione del proprio committente: <<Libera concorrenza nei confronti dell'amministrazione pubblica non significa che l'imprenditore privato debba sempre avere la prevalenza, significa, semplicemente, che gli sia consentita la possibilità di presentare la propria offerta, in condizioni di parità, e perciò con possibilità di successo>>, v. C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 348. Si ritiene, quindi, di aderire all'opinione espressa dall'Autore, secondo la quale la difficoltà di disciplinare nel contratto di servizio le garanzie ed i poteri di controllo dell'amministrazione, da un lato, e l'irrigidimento delle forme di partenariato, dall'altro, portano ad una irragionevole e controproducente spinta verso l'utilizzo di forme di gestione *in house*.

Al riguardo, ovviamente, onde evitare un uso distorto del partenariato, perché piegato alla finalità di permettere un consistente ingresso del soggetto pubblico in economia, la maggiore duttilità di tale modello deve presupporre alla base una chiara definizione delle prestazioni costituenti servizio pubblico locale, così da poter circoscrivere l'oggetto di attività istituzionale dell'organismo partecipato.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Servizi pubblici, concorrenza, diritti* (a cura di L. Ammannati, Cabiddu, De Carli), Milano 2001

AA.VV., *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale* (a cura di M.P. Chiti), Bologna, 2006.

AA.VV., *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione* (a cura di M.P. Chiti), Bologna, 2005.

ACOCELLA C., *Alcune buone ragioni per la sopravvivenza del modello delle società miste*, in www.federalismi.it, 12/2007

ACOCELLA C., *Il contratto di servizio*, in F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, 139 ss.

AMMANNATI L., *La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del modello comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2005, 1709 ss.

AMMANNATI L., *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in Giorn. dir. amm., 8/2004, 906 ss.

AMMANNATI L. – DI PORTO F., *I servizi pubblici locali in Italia: quale regolazione?*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it

ANTONIOLI M., *Concorrenza e antitrust: aspetti pubblicistici*, in AA.VV. *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da M.P. Chiti e G. Greco), Milano, 1997, Parte Speciale, 601 ss.

ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in Studi in onore di Giorgio Berti, Napoli, 2005, Vol. III, 179 ss.

ASTONE F., *Brevi note in tema di autoproduzione dei servizi e rispetto del principio di concorrenza da parte degli enti locali*, in AA.VV. *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali* (a cura di F.

Astone, M. Calderera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta), Torino

BALDINATO M., *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2006, 227 ss.

BALESTRERI A.M., *Il conflitto di interessi del socio pubblico nelle società partecipate dagli enti locali*, in www.giustamm.it

BASSI N., *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2006, 69 ss.

BERCELLI J., *Le società miste e la società in house per i servizi pubblici locali. La legge e le ipotesi interpretative*, in Urb. e app., 2005, 640 ss.

BOSCHETTI B. – CORTESI A.D. – MASSARO R. – SEVERINO I., *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza*, AA.VV. Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali (a cura di G. Falcon), Padova, 2005, 197 ss.

BOSCHI M.E., *Capacità e legittimazione delle società a partecipazione pubblica locale: l'ambito di applicazione delle limitazioni previste dalla legge*, in www.giustamm.it, 9/2007

BOSCHI M.E., *I confini dell'evidenza pubblica nelle procedure costitutive di società miste*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2007

BOSCOLO E. – CAFAGNO M., *Lo "Stato dispensatore": le prestazioni di servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in AA.VV. Diritto amministrativo e Corte costituzionale (a cura di G. della Cananea e M. Dugato), Napoli, 2007

BOZZACCHI C., *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale. Il percorso comunitario*, Milano, 2005.

CAIA G., *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it, 10/2007

CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it

CALLEA A., *Gli affidamenti in house*, in *Amministrare*, 3/2006, 331 ss.

CAPATINI M., *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 801 ss.

CARANTA R., *Nozioni di appalto, lavori, servizi e forniture*, in AA.VV. *Il nuovo diritto degli appalti pubblici* (a cura di Garofoli e M.A. Sandulli), Milano, 2005, 23 ss.

CARAVITA DI TORITTO B., *E' veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del decreto Bersani I?*, in www.federalisimi.it, 9/2007

CARDI E., *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2005

CARINGELLA F., *L'affidamento in house*, in AA.VV. *Il nuovo diritto degli appalti pubblici* (a cura di Garofoli e M.A. Sandulli), Milano, 2005, 231 ss.

CAROSELLI A., *Gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale 27/07/2004 n. 272 sul sistema normativo in materia di gestione di servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2005

CARTEI G.F., *I servizi di interesse economico generale tra riflesso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 1219 ss.

CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003

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

CERULLI IRELLI V., *I servizi pubblici di rilievo economico*, in AA.VV. *Le esternalizzazioni. Atti del Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*, Genova, 25-27 maggio 2005 (a cura di C. Mignone, G. Pericu, F. Roversi Monaco), Bologna, 2007.

CERULLI IRELLI V., *Sussidiarietà (dir. Amm.)*, in Enc. Giur., agg., XII, Milano, 2004

CHIANTERA G. – PETTINATO D., *Il modello organizzativo dell'in house providing, con particolare riguardo alla possibilità di configurare l'organismo in house di un ministero come organismo in house a tutto l'apparato centrale*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2007

CHITI M.P., *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in Foro amm. TAR, 2006, 1161 ss.

CINTIOLI F., *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in Dir. UE, 3/2006, 453 ss.

CINTIOLI F., *Di interesse pubblico generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? Brevi note sull'organismo di diritto pubblico*, in www.giustamm.it/new2004

CLARIZIA A., *Appalti in house: il Consiglio di Stato tenta di forzare la Corte di Giustizia*, in www.giustamm.it

CLARIZIA A., *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it

CLARIZIA A., *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it

CLARIZIA A., *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it

COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in Urb. E app. 2003, 1151 ss.

CORI R., *La concessione di servizi*, in www.giustamm.it, 6/2007

CORSO G., *I servizi pubblici in ambito comunitario*, in Riv. Giour. Quadr. Dei pubbl. serv., 1999, 19 ss.

CUSUMANO G. – GATTUCCIO F., *Gli appalti pubblici nelle norme internazionali e comunitarie: affidamenti diretti ex articolo 6 della direttiva 92/50*, in *Amministrare*, 3/2006, 299 ss.

D'ALBERTI M., *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, Intervento al Convegno *Analisi economica e diritto amministrativo*, Venezia, 28-29 settembre 2006, versione provvisoria pubblicata sul sito dell'Associazione italiana di diritto amministrativo AIPD

D'ALESSANDRO D., *Affidamenti in house in senso ampio: la Corte mette in crisi l'idea della neutralità dello strumento societario*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, III, 103 ss.

D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni cost.*, 2001, 13 ss.

DE FALCO V., *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003

DEGNI F., *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3507 ss.

DELIA S., *Ancora sull'affidamento in house: gli sforzi della "nostra" giurisprudenza e "le regole generali del diritto comunitario"*, in www.lexitalia.it, 5/2007

DELLO SBARBA F., *Affidamenti in house e società miste: confermata l'incompatibilità tra le due categorie. Discrezionalità riconosciuta all'ente affidante nella scelta del modello di gestione del servizio pubblico locale: una mancata pronuncia*, in www.federalismi.it, 13/2006

DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002

DEODATO C., *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, in www.giustamm.it

DI DONNA M., *Il caso chiuso degli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, 2006, 377 ss.

DI GASPARE G., *Monopolio e competizione nei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it

DI GASPARE G., *Esternalizzazione (tramite contratti e figure soggettive delle attività amministrative) societarizzazioni e privatizzazioni: un approccio teorico*, in www.amministrazioneincammino.luis.it

DUGATO M., *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 9/2003, 930 ss.

DUGATO M., *I servizi pubblici locali*, in AA.VV. *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale* (a cura di S. Cassese), Milano, 2003, 2606 ss.

FATTORI P., *Monopoli pubblici e art. 90 del Trattato Ce nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mercato concorrenza e regole*, 1999, 129 ss.

FERLA S., *Diritto nazionale dei servizi pubblici e diritto comunitario della concorrenza. Argomenti di riflessione su un equilibrio non ancora definito: il caso delle società a capitale misto pubblico/private*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2005

FERRARI G.F., *In house providing: le sentenze della Corte di Giustizia 6 aprile 2006 e 11 maggio 2006*, in www.giustamm.it

FERRARO F., *L'efficacia dei principi comunitari sulla concorrenza*, in *Dir. UE*, 4/2005, 669 ss.

GALLO C.E., *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2/2005, 327 ss.

GAMBARDELLA F., *Le società di trasformazione urbana*, in F. Liguori, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, 263 ss.

GAVANA G. – OSCULATI F. – ZATTI A., *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, 1-2/2007, 7 ss.

GAVERINI F., *Alle "radici" dell'in house providing: la giustizia amministrativa italiana si rimette alla Corte di Giustizia CE*, in Foro amm. TAR, 2004, 3111 ss.

GILBERTI B., *In house providing: questioni vecchie e nuove*, in Foro amm. CdS, 2006, 42 ss.

GIORELLO M., *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2004, 929 ss.

GIOVANNELLI M., *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società miste e l'ulteriore restrizione dell'in house providing*, in Urb. e app., 2006, 160 ss.

GOBBATO S., *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in Il Dir. UE, 4/2005, 797 ss.

GOSO R., *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e in house providing*, in Urb. e app., 2006, 586 ss.

GRECO G., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2005, 67 ss.

GUCCIONE G., *Affidamento diretto a società mista*, in Giorn. dir. amm., 2005, 271 ss.

GUCCIONE G., *Affidamenti in house e nozione di organismo di diritto pubblico*, in Riv. trim. appalti, 2004, 1073 ss.

GUZZO G., *Consiglio di Stato e giurisprudenza comunitaria: prove tecniche di intesa in tema di "controllo analogo"*, in www.lexitalia.it, 5/2007

GUZZO G., *Società miste: assemblea di Strasburgo e legislazione nazionale (quale diritto?)*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2007

GUZZO G., *Servizi pubblici locali e affidamenti in house nella più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in www.lexitalia.it, 7-8/2006

GUZZO G., *Affidamenti in house: controllo analogo, extraterritorialità e lesione di interessi legittimi*, in www.lexitalia.it, 7-8/2006

GUZZO G., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamento “in house”: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2005, 61 ss.

IELO D., *Affidamenti diretti e conformazione ai principi comunitari*, in Amministrare, 1-2/2007, 59 ss.

ISONI A., *La delegazione interorganica nella gestione dei servizi pubblici locali. Tutela della concorrenza o prevalenza delle esigenze del servizio?*, in Foro amm. TAR, 2004, 3124 ss.

LALLI A., *La valutazione della regolazione distorsiva del mercato: profili amministrativi e giurisdizionali*, in Dir. amm., 3/2006, 635 ss.

LAMBERTI L., *La disciplina dei servizi pubblici locali nella costituzione riformata e tutela della concorrenza*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

LIGUORI F., *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007

LIGUORI F., *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004

LOTTI P., *Concessioni di servizi pubblici, principi dell'in house providing e situazioni interne*, in Urb. e app., 2006, 31 ss.

LOTTI P., *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*, in Urb. e app., 2006, 1047

LOTTINI M., *L'art. 86 e il concetto di SIEG come “strumento diretto di liberalizzazione”, “ambito di competenza pubblica” e “ambito di pubblica responsabilità”: la necessità di un chiarimento*, in www.giustamm.it, 6/2007

LOTTINI M., *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2005, 1351 ss.

MAMELI B., *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in Urb. e app., 12/2003, 1419 ss.

MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998

MANASSERO L., *Commento alla versione definitiva dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani, come convertito dalla l. 4 agosto 2006 n. 248, con particolare riferimento agli effetti sull'attività delle società pubbliche locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2006

MANGANI R., *Il Decreto Bersani resuscita l'in house?*, in www.giustamm.it, 11/2006

MANGANI R., *Affidamenti in house e modello societario tra controllo analogo e conflitto di interessi*, in www.giustamm.it, 7/2007

MANGIAVACCHI L., *L'affidamento "in house" tra capitale pubblico e partecipazione privata*, in www.giustamm.it

MARCHEGIANI G., *Gli affidamenti "in-house" e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto*, in www.giustamm.it

MARCHEGIANI G., *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. "affidamenti in-house"*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2004, 945 ss.

MARCHEGIANI G., *La Corte di giustizia europea ignora la sua giurisprudenza in materia di organismi di diritto pubblico quando esamina casi di affidamenti "quasi in-house"*, in www.giustamm.it

MARCHEGIANI G., *Alcune considerazioni in merito al c.d. "Partenariato pubblico-privato (PPP)"*, in www.giustamm.it

MARESCA M., *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in Dir. UE, 3/2005, 441 ss.

MARRAMA D., *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico*, in Dir. amm. 2000, 585 ss.

MASSERA A., *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici: verso una nuova stagione?*, in AA.VV. *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali* (a cura di G. Falcon), Padova, 2005, 169 ss.

MASSERA A., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2005, 1201 ss.

MASTRAGOSTINO F., *Le concessioni di servizi*, in AA.VV. *Il nuovo diritto degli appalti pubblici* (a cura di Garofoli e M.A. Sandulli), Milano, 2005, 97 ss.

MAZZAMUTO M., *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in Il Dir. UE, 2001, 537 ss.

MENTO S., *Servizi pubblici e affidamenti trasparenti*, in Giorn. dir. amm., 2006, 405 ss.

MERUSI F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in Dir. amm., 1/2004, 37 ss.

MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.

MOSCARDI I., *In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di "controllo analogo"*, in Foro amm. TAR, 6/2007,

NAPOLITANO G., *La difficile apertura dei servizi pubblici all'iniziativa economica privata*, in Scritti in onore di Vincenzo Spagnolo Vigorita, Vol. II, Napoli, 2007

NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti d'utenza*, Padova, 2001.

PADOA SCHIOPPA T., *Il Governo dell'economia*, Bologna, 1997.

PATRONI GRIFFI F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, 27 ss.

PERFETTI L.R., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2/2006, 387 ss.

PERFETTI L.R. – DE CHIARA A., *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di giustizia delle comunità europee, sezione V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Dir. amm.*, 1/2004, 135 ss.

PERFETTI L.R., *Organismi di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 2498 ss.

PERFETTI L., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001

PIANESI L. – VILLAMENA S., *Considerazioni sulla riforma dei servizi pubblici locali: uno sguardo al disegno di legge delega "Lanzillotta"*, in www.federalismi.it, 7/2007

PIPERATA G., *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133 ss.

PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005

PITTALIS G., *Regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici locali: un principio vincolante per Stato e Regioni*, in www.giustamm.it

PLAISANT A., *In house providing e società miste: due rette parallele o convergenti? Nota a parere Consiglio di Stato, Sezione II, 18 aprile 2007, n. 456*, in www.giustamm.it, 5/2007

POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profilo di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007.

POLICE A., *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.*, 1/2007, 79 ss.

POLICE A. – GIULIETTI W., *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Sev. Pubbl. e appalti*, 2004, 831 ss.

PORCELLANA F., *Servizi pubblici locali e deroghe alla concorrenza: la Corte salva l'in house nazionale*, in www.giustamm.it

QUIETI A. – ZUCCHETTI A., *Normativa CE: concorrenza e gare in materia di servizi pubblici locali. Le gare per i servizi pubblici locali sono proprio imposte dalla vigente normativa CE?*, in *Foro amm. CDS*, 2003, 789 ss.

RACCA G.M., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2/2004, 201 ss.

SANDULLI M.A., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 167 ss.

SANDULLI M.A., *Servizi pubblici e ruolo del privato tra istanze solidaristiche e mercato concorrenziale*, in AA.VV. *Le esternalizzazioni. Atti del Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*, Genova, 25-27 maggio 2005 (a cura di C. Mignone, G. Pericu, F. Roversi Monaco), Bologna, 2007.

SCALCIONE A., *Brevi note a margine su appalti di servizi, concessioni di servizi pubblici e normativa applicabile*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2397 ss.

SCIASCIA M., *Diritto delle gestioni pubbliche. Istituzioni di contabilità pubblica*, Milano, 2007

SCIULLO G., *Stato, Regioni e servizi pubblici nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in www.lexitalia.it, 7-8/2004.

SCOCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. dell'economia*, 2/2005, 239 ss.

SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 4/2005, 915 ss.

SCOTTI E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico e privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in Foro amm. CdS, 2005, 666 ss.

SCOTTI E., *Il pubblico servizio*, Padova, 2003.

SORACE D., *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in Dir. pubbl., 3/2004, 1009 ss.

SPASIANO M.R., *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, in www.giustamm.it

SPINOZZI M., *L'evoluzione della normativa nazionale e della giurisprudenza comunitaria in tema di gestione dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it, 2007

TESAURO G., *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2 del Trattato CE*, in Il Dir. UE, 1996, 719 ss.

TESSAROLO L., *I servizi pubblici e la politica comunitaria della concorrenza*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2005

TESSAROLO C., *La gestione in house di pubblici servizi*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2005

TRAVI A., *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in AA.VV. *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali* (a cura di G. Falcon), Padova, 2005, 187 ss.

URSI R., *Le c.d. società in house*, in Scritti in onore di Vincenzo Spagnolo Vigorita, Vol. III, Napoli, 2007, 1649 ss.

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

URSI R., *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in Dir. amm., 4/2004, 747 ss.

URSI R., *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, 137 ss.

URSO M.G., *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house. Rilevanza o indifferenza del tipo societario?*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2006

URSO M.G., *La natura giuridica delle società partecipate dagli enti pubblici e la disciplina applicabile. Conseguenze sul cd. decreto Bersani e sul disegno di legge governativo di riforma dei servizi pubblici locali*, in www.lexitalia.it, 2/2007

VALENTINO L., *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Il Dir. UE*, 4/2005, 739 ss.

VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004

VARONE S., *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 2416 ss.

VETRÒ F., *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005.

VIGNERI A., *Sulla nozione di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali. Le prime sentenze sull'art. 13 d.l. Bersani*, in www.astrid-rassegna.it

VIGNERI A., *Il controllo del Comune sui servizi pubblici locali*, in *Amministrare*, 3/2003, 407 ss.

VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2006

VOLPE C., *Società miste tra poteri pubblici e strumenti privati. L'ibrido continua*, in www.giustizia-amministrativa.it

VOLPE C., *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, in *Urb. e app.*, 2003, 771 ss.

ZITO A., *Questioni “vecchie” e “nuove” in tema di servizi pubblici locali: considerazioni introduttive*, in Studi in onore di Giorgio Berti, Napoli, 2005, Vol. III, 2607 ss.

ZILLER J., *I poteri della Commissione europea ed il controllo del giudice europeo sulle decisioni in tema d'aiuti di Stato*, in AA.VV. Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati (a cura di E. Ferrari, M. Romajoli, M. Sica), Torino