

## **La disciplina dei servizi pubblici locali tra diritto interno e diritto comunitario alla luce della recente soluzione dell'art. 15 della L. n. 166/2009**

DI MASSIMO PELLINGRA CONTINO

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. E' illegittimo l'affidamento diretto di pubblico servizio a società mista composta da soci scelti con procedura negoziata ad evidenza pubblica? Profili di tutela degli utenti tra diritto interno e diritto comunitario. 3. La natura giuridica degli affidamenti in house secondo la normativa nazionale ed europea: istituto regolare o eccezionale? 4. Una lettura più restrittiva dell'*in house*: "controllo analogo" e "prevalenza" secondo i giudici di Palazzo Spada e secondo la giurisprudenza comunitaria. 5. La recente riforma dei servizi pubblici locali: le principali modifiche apportate dal legislatore nazionale in materia di affidamento e gestione 6. Affidamento mediante gara pubblica, in house providing e affidamento a società miste tra disciplina interna e normativa comunitaria 7. La gestione dei servizi pubblici locali: la società mista, nuovo modello organizzativo secondo l'attuale normativa 8. Cenni sulle procedure di selezione del socio privato. 9. ... e sulla natura giuridica del contratto di servizio. 10. Prospettive attuali. 11. Conclusioni

### **1. Introduzione.**

Oggetto di dibattito sin dall'inizio del secolo scorso, la tematica dell'affidamento degli appalti pubblici e dei servizi pubblici, soprattutto locali (trasporti, rifiuti, energia elettrica) è oggetto di costante e a volte farraginoso speculazione sia in dottrina sia in giurisprudenza. Ciò rileva in quanto i servizi pubblici locali investono problematiche la cui soluzione a sua volta non interessa soltanto la sfera giuridica ma anche quella politico-sociale oltre che istituzionale.

Negli ultimi tempi la materia in analisi è stata oggetto di svariati interventi di riforma legislativa tra cui il D.L. n. 112/2008, art. 23-*bis*, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008 n. 133, modificato dall'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009 n. 135, convertito in legge 20 novembre 2009 n. 166<sup>1</sup> recante:

---

<sup>1</sup> *Ex plurimis*, tra le modifiche rilevanti apportate dalla legge n. 166 del 2009, di conversione del D.L. n. 135 del 2009, si segnala il regime transitorio degli affidamenti. Le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31

«Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee».

---

dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2 dell'art. 15 della legge medesima.

Le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

Le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015 .

Le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti .

Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23 -bis del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio.

Il legislatore, dunque, si muove lungo indirizzi diversi su rilevanti questioni interpretative, riguardanti, in particolare le condizioni di ammissibilità degli affidamenti in house ed a società miste, il regime transitorio degli affidamenti non conformi alle disposizioni introdotte con la riforma del 2008, nonché i poteri di controllo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e la sfera di applicazione della disciplina oggi riformata.

Trattasi pertanto di scelte non solo di natura tecnica ma di valutazioni interpretative che rilevano nel senso di una fattiva liberalizzazione del settore.

Meno affidamenti *in house* e gara obbligatoria per la concessione ad imprese private dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (acqua, gas, energia, trasporto e rifiuti), è sinteticamente il contenuto della seduta del Consiglio dei Ministri n. 61 del 9 settembre 2009, in cui su proposta del Presidente del Consiglio e del Ministro per le politiche europee, Andrea Ronchi, è stato completato l'esame del decreto-legge, oggi convertito in legge, teso ad un veloce assolvimento di obblighi nei confronti dell'Unione europea e ad avviare a procedure di infrazione a seguito di ritardato o non corretto recepimento di direttive comunitarie. La materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è oggi caratterizzata da una notevole spinta alla liberalizzazione in un composito seppur chiaro quadro regolatorio; la legge n. 166/2009, incentiva l'iniziativa dei soggetti privati, riduce i costi per le pubbliche amministrazioni e garantisce la migliore qualità dei servizi resi agli utenti.

L'affidamento a società mista pubblica e privata mediante procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio – meglio noto come gara a doppio oggetto rientra tra le modalità ordinarie di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, in linea con la Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 5 febbraio 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privato istituzionalizzati, prevedendo, contestualmente, che al socio privato sia attribuita una partecipazione che non sia assolutamente inferiore al 40% del capitale.

La legge *de qua*, al fine di eliminare uno degli aspetti di maggiore criticità emersi in sede di applicazione della vigente normativa, fissa un regime transitorio relativamente breve per gli affidamenti non conformi alla nuova disciplina di adeguamento al diritto comunitario, che, da quanto si apprende dovranno cessare entro e non oltre il 2011.

In via del tutto straordinaria, è stata, inoltre, prevista un'ipotesi di affidamento "*in house*" della gestione, ma questa dovrà essere sottoposta a requisiti verificati dall'Autorità garante per la concorrenza e ed il mercato.

Nel caso di mancata espressione del parere dell'Autorità entro sessanta giorni dalla richiesta, sarà valido il c.d. silenzio assenso.

Infine, il decreto legge contiene altri interventi che riguardano i divieti rivolti a soggetti titolari di affidamenti diretti relativamente all'acquisizione della gestione di servizi ulteriori o in ambiti diversi e alla partecipazione a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento, nonché l'assoggettabilità al patto interno di stabilità cui devono essere sottoposte le sole società "in house" affidatarie secondo la recente normativa della gestione di servizi pubblici locali nazionali.

Non vi è dubbio che la conversione del D.L. n. 135/2009 in legge, si è risolta in una emendazione dell' articolo 23-bis del decreto legge n. 112 del 2008; la nuova normativa approvata risolve dunque alcuni nodi interpretativi dell'applicazione della precedente norma in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'articolo 23-bis introduce una disciplina comune per il conferimento della gestione, per la definizione della transizione al nuovo regime con una serie di norme a carico dei soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non conferiti mediante procedure competitive e affida al Governo il compito di emanare un regolamento di delegificazione.

La legge in parola incrementa, dunque, la liberalizzazione dei servizi pubblici locali agevolando l'iniziativa dei privati, riducendo i costi per le pubbliche amministrazioni e garantendo una migliore qualità per gli utenti, anche nei termini dei costi che in concreto devono essere sopportati per il servizio erogato.

Per quanto concerne gli affidamenti diretti alle imprese quotate in Borsa, la nuova disciplina contempera l'interesse ad una maggiore concorrenza a quello della tutela del risparmio, in forza di una riduzione della partecipazione pubblica in modo da valorizzare il ruolo degli investitori privati e delle fondazioni dai quali potrebbe giungere un prezioso contributo di capitali, come auspicato dalla stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Il decreto "salva infrazioni" del 25 settembre scorso, oggi convertito in legge, modifica pertanto la normativa in tema di gestione dei servizi pubblici e di società a capitale misto. D'ora in poi si potrà fare ricorso all'in-house solo in casi straordinari. Tra l'altro, la legge n. 166 ridefinisce le regole per l'affidamento di servizi pubblici e per la partecipazione delle amministrazioni al capitale delle società che erogano servizi, influenzando sull'assetto delle società *in house* ed introduce all'art.15 alcune modifiche rilevanti in materia di affidamenti "in house" delle farmacie comunali.

Il T.A.R. Lazio con la sentenza 11697/2008 ha infatti ormai appurato che le farmacie sono attività a rilevanza economica. Pertanto, i Comuni che intendono affidare la gestione delle farmacie a società esterne (affidamenti in house dei servizi pubblici a rilevanza economica) possono operare secondo quanto già

disposto con il D.L. 112/2008, convertito dalla L. 133/2008 ovvero ricorrendo all'affidamento *in house* solo in "situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato".

E' stato, inoltre, previsto, al comma 4 della legge 133/2008, che in tali casi, "l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato, contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione".

E' bene ricordare che in materia di affidamenti "in house" c'è stato recentemente un richiamo da parte della Commissione Europea che ha richiesto all'Italia un parere motivato (IP/09/436).

Secondo la giurisprudenza della Corte europea di Giustizia, non vi è obbligo di esperire una gara pubblica (neppure quando l'altro contraente sia un soggetto giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice) nell'ipotesi in cui l'autorità pubblica, che è l'amministrazione aggiudicatrice, esercita sul soggetto distinto un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se l'altro soggetto svolge la parte più importante delle sue attività con l'ente o con gli enti pubblici che lo detengono (il c.d. affidamento *in house* o *in house providing*).

La Commissione Europea ha altresì respinto la giustificazione basata sulla situazione normativa in Italia, richiamando al riguardo la costante giurisprudenza della Corte europea, secondo cui uno Stato membro non può invocare disposizioni, prassi e situazioni del suo ordinamento giuridico interno per giustificare l'inadempimento degli obblighi ad esso imposti dal diritto comunitario.

Le ultime modifiche introdotte nella legge n. 166, hanno ulteriormente messo in luce che l'affidamento senza gara ad evidenza pubblica può avvenire solo in favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'Ente Locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house* e comunque nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

La portata innovativa della legge n. 166 del 2009 consente, a parere di chi scrive, di operare una distinzione tra servizio pubblico locale da una parte e attività a sostegno dell'autorganizzazione dell'amministrazione pubblica dall'altra. Da un punto di vista giuridico la distinzione è basilare: un servizio pubblico mira a soddisfare alcuni bisogni della collettività, mentre le società *in house* operano per

l'efficienza interna dell'amministrazione e sono soggette ad una disciplina differente rispetto a quella che regola i servizi pubblici locali.

Perché quindi la legge in parola indica nuove regole per la gestione dell' *in house*?

In entrambi i casi si parla di società *in house*, cioè di società che, essendo espressione diretta delle amministrazioni e da esse controllate, possono vedersi assegnare degli affidamenti diretti, senza evidentemente che si profili l'esigenza della gara ad evidenza pubblica.

Secondo la normativa comunitaria la configurazione *in house* rimanda ad una struttura organizzativa che deve lavorare prevalentemente per i suoi proprietari, mentre la Legge Bersani impone come si evince dall'art.13 che la società *in house* lavori esclusivamente e senza alcuna eccezione per le amministrazioni proprietarie. La legge n. 99 del luglio 2009 (articolo 48) tuttavia ritocca l'articolo 13 della Bersani eliminando la parola "esclusivamente" ed inserendo la possibilità di ottenere commesse al di fuori dei confini nazionali.

Per quanto concerne una valutazione qualitativa – senza voler assumere un atteggiamento eccessivamente critico – sulla legge n. 166 e in particolare sul nuovo ruolo dei privati nei servizi pubblici locali, si scorge una certa confusione tra gli ambiti di applicazione della nuova disciplina e cioè tra servizi pubblici da una parte e servizi strumentali all'amministrazione dall'altra.

Non si può infatti credere che i principi di concorrenza e di regolazione che informano la gestione dei servizi pubblici locali possano essere validi anche per società che lavorano per l'autoamministrazione.

Forse oggi sarebbe più opportuno affrontare la tematica dei servizi pubblici con un approccio diverso, di tipo industriale e di mercato. Numerosi ed importanti recenti indirizzi giurisprudenziali comunitari e nazionali hanno puntualizzato l'indiscusso ruolo svolto dal mercato, dall'imprenditoria privata, dalla privatizzazione dei servizi pubblici e dalla conseguente e sempre più pregnante presenza di azionisti ed investitori privati nel capitale sociale delle ex-imprese pubbliche.

Non si può infatti sottacere il cammino giuridico - economico verso la partecipazione attiva e non soltanto formale delle società per azioni nei settori economici più rilevanti e l'indubbia forza competitiva dell'imprenditoria nazionale e non sul mercato e la capacità di avviare e mantenere politiche concorrenziali nel breve e lungo periodo.

Una corretta politica di liberalizzazione dei servizi pubblici locali non può procedere indipendentemente da una politica di regolazione puntuale degli stessi. Se si vuole veramente introdurre una concorrenza effettiva e non solo burocratica, non si può pensare di imporre gli stessi vincoli a qualunque tipo di servizio, ma occorre modellare la regolazione sulle specifiche necessità di ciascun settore.

E' bene ricordare che lo stesso D.L. 4 luglio 2006, n. 233, recante "*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*" meglio noto come pacchetto "cittadino consumatore ", approvato nel Consiglio dei Ministri del 30 giugno 2006, ha avuto l'obiettivo di eliminare alcune rigidità presenti nel sistema economico nazionale, introducendo un maggiore tasso di concorrenza e liberalizzazione, in modo da avvantaggiare il consumatore, in modo da trarre benefici dal conseguente ribasso dei prezzi e delle tariffe.

L'art. 13 del citato decreto, recante "Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza"<sup>2</sup> per quanto concerne l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 13, aveva pertanto posto alcuni interrogativi sulla configurazione delle società c.d. *in house* deputate alla gestione di servizi pubblici locali.

Secondo alcuni indirizzi, infatti, la portata applicativa era limitata ai c.d. appalti *in house*<sup>3</sup> e non ai servizi pubblici locali in senso proprio, di lì a poco oggetto di un disegno di legge delega di portata più ampia su proposta del Ministro per gli Affari Regionali Linda Lanzillotta.

Il riferimento alle società costituite per la *produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato*<sup>4</sup> di funzioni amministrative di loro competenza sembrava in effetti circoscrivere l'ambito oggettivo di incidenza della norma agli appalti *in house*; la nozione di strumentalità all'attività delle amministrazioni pubbliche costituenti

<sup>2</sup> 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 dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed 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 predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1. 3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori dodici mesi. 4. I contratti conclusi in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli."

<sup>3</sup> G. RAMBAUDI, "*Affidamenti in house col contagocce*", *ItaliaOggi* 7 luglio 2006.

<sup>4</sup> Si veda l'art. 29 della L. n. 448 del 28.12.2001 (legge finanziaria 2002), che dava alle pubbliche amministrazioni la facoltà di ricorrere allo strumento dell'esternalizzazione anche in deroga alle vigenti disposizioni in tema di contratti e contabilità pubblica

sembrava differenziare l'ipotesi in parola dalla definizione che dei servizi pubblici locali fornisce l'art. 112, comma primo, del D. Lgs n. 267/00, quali servizi pubblici "che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

Nel settore dei servizi pubblici locali – è opportuno rilevare - l'Ente Locale ha ormai assunto un ruolo di mero regolatore di attività gestite da terzi, che quindi non costituiscono "servizi strumentali all'attività" degli Enti.

In tal senso sembra deporre lo stesso titolo della norma, che rivela l'intenzione di incidere sulle spese direttamente sostenute dagli apparati pubblici a favore delle proprie società per la fornitura di beni e servizi *in house*.

Ulteriori motivi di confusione si rinvencono nel contenuto del documento predisposto dal Ministero per lo Sviluppo Economico e diffuso dalla Presidenza del Consiglio in contemporanea lo stesso 30 giugno 2006, intitolato "Cittadino consumatore - nuove norme sulla concorrenza e i diritti dei consumatori", nel quale si evince - pur nella parte dedicata al disegno di legge delega - un preciso obiettivo governativo in tal senso. Secondo la lettera del citato documento di riforma dei servizi pubblici locali, "non potranno acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quelli di appartenenza, le aziende municipalizzate che operano con affidamento diretto e le imprese partecipate da enti locali che usufruiscano di sussidi pubblici diretti od indiretti, ... omissis".

Negli ultimi tempi, proprio nel settore delle *utilities*, si è registrata una sempre maggiore tendenza alla diversificazione delle attività rispetto al *core business*, tradizionalmente rappresentato dai servizi pubblici locali in senso stretto (distribuzione e vendita gas, servizio idrico, igiene ambientale, trasporto pubblico locale, gestione di impianti sportivi, farmacie, parcheggi, ecc.).

Diverse società pubbliche di gestione di servizi pubblici locali hanno cioè dato vita (esse stesse, e non gli Enti Locali soci) a società strumentali e di scopo<sup>5</sup>, tramite cui assicurare ai medesimi Enti Locali soci la fornitura di beni o prestazioni, appunto, strumentali all'agire degli enti stessi, tramite il ricorso a particolari modalità di gestione.

Si pensi alla c.d. esternalizzazione delle prestazioni e dei servizi mediante le modalità di affidamento degli stessi a soggetti scelti mediante gara, nonché allo svolgimento in proprio da parte della Amministrazione delle prestazioni di cui ha bisogno e dei servizi da svolgere a favore dei soggetti privati: uno degli strumenti usati in tal senso è il ricorso all'affidamento diretto e senza gara a società collegate

---

<sup>5</sup> E' il caso delle società di *global service* immobiliare, delle società che erogano servizi di consulenza, o assistenza ai rispettivi enti, delle società di progettazione, di servizi finanziari od informatici.

con l'ente pubblico e quindi con l'amministrazione e tali da configurare una sorte di *speculum* dal punto di vista organizzativo della stessa P.A.

Quest'ultima modalità attiene appunto all'istituto dell'affidamento *in house*. Alle predette modalità di esplicazione del servizio è necessario aggiungere il ricorso alle forme sempre più incisive di partnership pubblico-privato, sia mediante l'affidamento diretto sia con quello senza gara alle c.d. società di capitale misto.

E' certo che, se è vero che non si scorgono problematiche in ordine alla prima delle modalità di affidamento, è pur vero che gli operatori e studiosi del diritto si sono imbattuti spesso sulla legittimità o meno delle citate modalità di esplicazione del servizio pubblico, sulla alternatività od eccezionalità del modello *in house*, sui confini formali e sostanziali del ricorso alla esternalizzazione o *out-sourcing* con gara pubblica, oltre che in generale sui presupposti di utilizzabilità della procedura di affidamento *in house* o a società a capitale misto.

Trattasi di problemi che sono stati oggetto di un vivace anche se non sempre incisivo dibattito dottrinale e confronto giurisprudenziale che non ha sempre contribuito a chiarire e delimitare l'istituto in oggetto.

Innumerevoli sono le pronunce del Consiglio di Stato che, in forza di un quadro di sintesi in dottrina ed in giurisprudenza si sono incentrate sulla soluzione di quesiti relativi alla natura giuridica dell'affidamento *in house providing* ed alla possibilità di affidamento diretto di appalti e concessioni a società miste, il cui partner privato sia scelto a mezzo di procedure di evidenza pubblica.

E' opportuno verificare dunque lo stato dell'arte in materia di servizi pubblici locali<sup>6</sup>, tematica da circa un ventennio interessata da apporti normativi che non sempre hanno dipanato i dubbi connessi al non certo omogeneo assetto della materia *de qua*<sup>7</sup>, come oggi configurata.

---

<sup>6</sup> G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house*, p. 127 ss.: l'A. offre un sintetico spaccato della evoluzione legislativa dei servizi pubblici locali, dall'avvento della legge n. 142/90 al D.Lgs. del 18 agosto 2000, alla l. n. 448 del 2001 ( Legge Finanziaria 2002). Di notevole interesse sono le novità apportate all'art. 35 della legge del 2001 da parte delle LL. nn. 326 e 350 del 2003 che hanno introdotto la distinzione tra servizi dotati di "rilevanza economica" e servizi a rilevanza " non economica". Alle predette leggi è seguito il d.d.l. n. A.S. 772/06 seguito dal d.d.l. licenziato dal Consiglio dei Ministri il 18 giugno 2008, dal d. l. n. 112 del 25 giugno 2008 ( il cui contenuto dell'art. 23-bis è stato convertito con modifiche nella legge n. 133 del 6 agosto 2008, recentemente modificata dalla legge n. 15 del 2009). Cfr. S. VENEZIANO, *I servizi pubblici locali nella giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Testo della relazione tenuta in occasione del convegno di studi , I servizi pubblici locali*, organizzato da I.S.E.L. – Istituto Documentazione Ricerche e Formazione per gli Enti Locali, Palermo, 9 e 10 novembre 2007.

<sup>7</sup> In ordine alla problematica dell'*in house providing* con riguardo ai servizi pubblici locali vedi F. CARINGELLA, *Il problema dell'in house providing: un nodo non risolto dal Codice*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, a cura di R. DE NICTOLIS, Milano, 2007, p. 373 ss.

L'analisi degli ultimi arresti giurisprudenziali tra cui la sentenza n. 946 della IV sezione del 5 marzo 2008 consente di analizzare gli indirizzi dottrinari e giurisprudenziali in merito all'atteggiarsi del vaglio giudiziale nazionale ed europeo relativamente all'istituto dell'*in house*.

Se, infatti, non si scorgono riserve da parte della Comunità europea a che l'amministrazione adotti moduli organizzativi, anche di carattere societario, per provvedere "in house" alle proprie esigenze e necessità<sup>8</sup>, secondo la Corte di Giustizia occorre la presenza di precisi requisiti formali e sostanziali, come successivamente si precisa.

A tal proposito, i recenti *decisa* dei Giudici di Palazzo Spada costituiscono l'ultimo atto – almeno fino al momento in cui si scrive – dell'annoso dibattito sui limiti del controllo analogo che consente, in un certo senso, di incamminarsi con un certo grado di certezza lungo un controverso percorso giurisprudenziale nazionale e comunitario.

L'assenza di una puntuale e specifica disciplina in materia di servizi pubblici locali ha comportato da parte della Commissione Europea la pubblicazione della Comunicazione di carattere interpretativo n. 2007/6661 del 5 febbraio 2008, a guisa di chiarire il perimetro di utilizzabilità del modello organizzativo dell'*in house providing*<sup>9</sup>; ciò è avvenuto attraverso un'analisi dei riflessi giuridici sui servizi

<sup>8</sup> Vedi risoluzione 14 gennaio 2004 del Parlamento Europeo con riguardo al "Libro Verde sui servizi di interesse generale" ( COM 2003, 270-2003/2152 ( INI), in cui si riconosce il "diritto degli enti locali e regionali di "autoprodurre" autonomamente servizi di interesse generale". Il Parlamento europeo "chiede che le autorità locali vengano autorizzate ad affidare i servizi a entità esterne senza procedure d'appalto". Il principio di autodeterminazione nelle proprie scelte da parte della P.A. è stato sancito anche dalla Carta europea dell'autonomia locale del 15 ottobre 1985 il cui art. 6, n. 1 stabilisce che le autonomie locali debbono "poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche"; si tratta di un principio che è condiviso anche dall'art. I-5, n. 1 del Trattato per la Costituzione europea, firmato a Roma il 29 ottobre 2004. Le politiche di tutela del mercato a livello comunitario non possono non attribuire agli apparati istituzionali la capacità di provvedere autonomamente alla produzione ed all'offerta di servizi a favore della collettività. Sul punto, in forza della recente teorica relativa alla privatizzazione della P.A. , vedi art. 1, comma 1/bis, della legge n. 241/1990, come modificata dalla l. 15/2005, R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house fra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>9</sup> Copiosa è la letteratura in materia; vedi G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. Com.*, 2000.461 ss.; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e "in house providing"*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 537 ss.; B. MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza, ( commento a Cass. Civ. SS.UU sentenza 16 settembre 2003, n. 13623)*, in *Urb. e app.*, 2003, n. 12, p. 1419; K. WELTZIEN, *Avoiding the procurements rules by awarding contracts to an in-house entità: the scope of the procurement directives in the classic sector*, in *Public Procurement Law Review*, 2005, n. 5, p. 237; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti " in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2005, n. 1, p. 61; L. IERA, *Appalti pubblici, servizi pubblici,*

pubblici locali, in particolare al fine di verificare l'efficienza e l'efficacia degli stessi, in considerazione dei rilevanti spunti di riflessione sulla portata dell'art. 13 del d.l. 223/2006 convertito, con modificazioni, nella legge n. 248/06, successivamente modificato dall'art. 1, comma 720, della legge n. 296/06.

Così è stata oggetto di riflessione giuridica la problematica inerente ai rapporti tra annullamento della gara svolta secondo i dettami delle procedure ad evidenza pubblica e le sorti del contratto successivamente concluso, dopo l'entrata in vigore del decreto Bersani.

*2. E' illegittimo l'affidamento diretto di pubblico servizio a società mista composta da soci scelti con procedura negoziata ad evidenza pubblica? Profili di tutela degli utenti tra diritto interno e diritto comunitario.*

I giudici di Palazzo Spada hanno in taluni casi considerato illegittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società mista, composta da una pluralità di soci, scelti attraverso il ricorso ad una procedura negoziata a evidenza pubblica. Si tratta spesso di società miste che detengono la maggioranza del capitale sociale.

Secondo la nota pronuncia del Consiglio di Stato del 3 marzo 2008 n. 1 (tenuto conto della natura giuridica di società con oggetto sociale composito dal punto di vista qualitativo), non si può condividere l'affermazione secondo cui la scelta con gara del socio, previamente effettuata rispetto alla costituzione della società, comunque garantisca gli stessi effetti di una pubblica gara da espletarsi con riguardo al singolo servizio.

Più specificamente, l'affidamento dei servizi, ancorché riconducibile ai servizi di cui all'allegato II B del D. lgs. 163/2006 – per cui non si applicano le norme del Codice dei contratti pubblici salvo alcune eccezioni – deve comunque rispettare il contenuto dell'art. 27, comma 1 del predetto Codice e s. m .i. nonché i principi comunitari e nazionali di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità.

Il Supremo Consesso ha ribadito spesso che, in considerazione della complessa natura giuridica dei servizi, deve comunque essere garantita l'apertura alla concorrenza<sup>10</sup>, la corretta tutela dei diritti degli utenti e di tutta la collettività ad un facile accesso al servizio pubblico.

Lo stesso art. 30, comma 3, del Codice De Lise richiama i "principi generali relativi ai contratti pubblici" per cui è necessaria la previa indizione di una gara e,

*affidamento in house, partecipazione e controllo. Un difficile intreccio, in Il Nuovo diritto, 2005, fasc. 5, p. 351.*

<sup>10</sup> C. Giust. CE 13 settembre 2007, C-260/04; Sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen.

soprattutto, deve essere garantita oltre che la trasparenza, anche la pubblicità, la non discriminazione nella scelta dei contraenti nonché nella conduzione della stessa gara, mediante l'utilizzo dell'*in house providing*<sup>11</sup>.

La funzionalizzazione dell'attività amministrativa ha reso opportuno la predisposizione di strumenti giuridici tali da incidere positivamente sull'operato discrezionale<sup>12</sup> della P.A. e da realizzare al meglio il noto principio di trasparenza teorizzato dal diritto comunitario ed introdotto nel nostro ordinamento dalle leggi nn. 15/2005 e 80/2005, i cui riflessi hanno profondamente interessato la regolamentazione del procedimento amministrativo.

In forza del summenzionato principio, che è posto a garanzia della democraticità dell'azione della P.A., si evitano forme di distorsione e di disomogeneità nell'esercizio dell'azione stessa, in modo da preservare la P.A. da eventuali omissioni, disfunzioni e parzialità nella tutela della collettività e quindi dell'interesse pubblico.

A ciò si è ottemperato attraverso l'introduzione della contrattazione ad evidenza pubblica, la quale costituisce senza dubbio l'espressione più efficace della funzionalizzazione e procedimentalizzazione dell'azione amministrativa.

L'iter dell'evidenza pubblica ha origine dalla deliberazione a contrarre che, da una parte, dispone il contenuto del futuro contratto, dall'altra attribuisce all'organo rappresentativo dell'ente il potere di stipulare il contratto. L'individuazione del soggetto privato con il quale si conclude il contratto ha luogo all'esito di procedure di scelta ristretta o negoziata, in cui, successivamente all'esame delle offerte e all'utilizzo dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa o del prezzo più basso, si giunge all'aggiudicazione al miglior offerente, soggetto che assume la qualifica di contraente e con il quale la P. A. stipula il contratto.

La predisposizione a livello comunitario, di una armonizzazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti tende alla eliminazione delle barriere alla libera circolazione dei servizi e delle merci e alla tutela degli interessi degli operatori economici di uno stato membro che vogliono offrire beni e servizi alle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri.

---

<sup>11</sup> Si tratta di una espressione che è stata per la prima volta utilizzata nel Libro Bianco del 1998 con il quale la Commissione europea, con riguardo al settore degli appalti pubblici, ha attribuito la denominazione di "appalti in house" a "quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio, tra amministrazione centrale o locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata". All'*in house* si contrappone il c.d. *outsourcing* o *contracting out*, che si incentra nell'esternalizzazione da parte della P.A. ai soggetti privati dell'esercizio dell'attività amministrativa nonché la ricerca delle risorse idonee al suo svolgimento.

<sup>12</sup> Sul punto cfr. D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, p. 281 ss.

Pertanto, il principio dell'evidenza pubblica è il fulcro attorno al quale si giustifica il ricorso al libero mercato per il soddisfacimento degli interessi pubblici. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha apportato non poche novità nel campo della legislazione in merito, intervenendo attraverso una armonizzazione della disciplina generale e fornendo alcune *guide-lines*.

In particolare, la Corte di Giustizia ha escluso l'obbligatorietà del ricorso alla gara per l'affidamento di servizi, nell'ipotesi in cui l'amministrazione decida di svolgerli direttamente o mediante l'ausilio di un soggetto che intrattiene un rapporto di immedesimazione organica con la stessa amministrazione.

Ciò appare in linea con la giurisprudenza recente del Consiglio di Stato che ha attribuito all'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni un "modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato"<sup>13</sup>, in quanto "le pubbliche amministrazioni possono legittimamente optare per schemi di coordinamento e formule organizzatorie, teoricamente alternative rispetto all'acquisizione delle prestazioni destinate alla collettività per il tramite del mercato". Ed è proprio questo il caso dei c.d. affidamenti in house<sup>14</sup>.

### *3. La natura giuridica degli affidamenti in house secondo la normativa nazionale ed europea: istituto regolare o eccezionale?*

L'espressione *in house* è utilizzata per la prima volta nel Libro Bianco della Commissione europea del 1998 sugli appalti pubblici ed individua un particolare modello di organizzazione in cui la Pubblica Amministrazione provvede ai propri bisogni attraverso lo svolgimento di un'attività interna ad essa, ovvero nell'affidamento diretto della prestazione di servizi, forniture o lavori, ad un ente controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, cioè in outsourcing, che obbedisce ad una scelta di esternalizzazione.

---

<sup>13</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, 23 aprile 1998, n. 477

<sup>14</sup> Cfr. C. Giust. Ce, 18 novembre 1999, C- 107/98 Teckal., secondo cui il sistema in house " *si realizza tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione", o una longa manus, dell'ente stesso" è da ritenere consentito solo qualora l'ente pubblico eserciti sull'affidataria del servizio un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano*". Il Consiglio di Stato con ordinanza n. 2316 del 22 aprile 2004 ha evidenziato come "l'amministrazione deve esercitare sulla società un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, che non possiede alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione e che in concreto costituisce parte della stessa amministrazione, con la quale viene a trovarsi in una condizione di dipendenza finanziaria e organizzativa".

Oggi si discute ancora in dottrina ed in giurisprudenza sul carattere ordinario o eccezionale della scelta di ricorrere all'istituto dell'in house<sup>15</sup>.

L'ordinamento comunitario non prevede almeno formalmente l'obbligo di *outsourcing* cioè di esternalizzazione a carico delle amministrazioni e ciò in quanto si è riconosciuto alla P.A. la titolarità di un potere discrezionale di scelta tra il mercato e l'affidamento interno; ciò peraltro è previsto dal disposto di cui all'art. 113 TUEL (D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dall'art. 14 del D. L. 30 settembre 2003, n. 269 e ss.m.i.), che non sembra prevedere particolari motivazioni per ricorrere all'affidamento *in house*.

Dunque il ricorso al mercato e l'affidamento interno risponderebbero ad esigenze di carattere organizzativo aventi pari dignità, se si riflette sul fatto che la normativa comunitaria tutela ma non promuove la concorrenza. Si tratta di un indirizzo che attribuisce all'in house la natura di strumento regolare e non eccezionale, quest'ultimo frutto della disciplina comunitaria, secondo la quale esso è strumento cui ricorrere soltanto in via eccezionale, pena la violazione dell'art. 86 del Trattato CE.

I requisiti sui quali si radica l'istituto considerato sono stati enucleati dalla nota sentenza Teckal<sup>16</sup> della Corte di Giustizia CE, secondo cui la disciplina comunitaria non può essere suscettibile di applicazione nell'ipotesi in cui sussistono i requisiti della totale partecipazione pubblica, dell'esercizio da parte della amministrazione aggiudicatrice di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, alla realizzazione da parte del soggetto aggiudicatario di una "attività prevalente" con l'ente o enti controllanti.

---

<sup>15</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 524 ss.

<sup>16</sup> Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal srl c Comune di Viano e azienda Gas -Acqua Consortile (AGAG) di Reggio Emilia*, in *Urb e app.*, 2000, p. 227. Nella fattispecie, il Comune di Viano aveva dato in affidamento all'Azienda Gas-Acqua, partecipata dallo stesso ente locale la gestione del servizio di riscaldamento di edifici appartenenti al Comune, senza tuttavia esperire una gara pubblica ai fini dell'individuazione del gestore. La società Teckal aveva impugnato la delibera con riguardo all'affidamento innanzi al T.A.R. per l'Emilia Romagna, sulla base della lamentata mancanza delle procedure di evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria sugli appalti. Successivamente con ordinanza il T.A.R. aveva sospeso il giudizio investendo la Corte di giustizia della questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 6 della Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

4. *Una lettura più restrittiva dell'in house: "controllo analogo" e "prevalenza" secondo i giudici di Palazzo Spada e secondo la giurisprudenza comunitaria.*

Il Supremo Consesso ha recentemente interpretato in senso restrittivo i requisiti dell'affidamento *in house* che rappresenta un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario.

In forza anche del parere reso dalla II sezione del Consiglio di Stato del 18 aprile 2007, n. 456, la scelta del socio privato mediante procedura a evidenza pubblica, non comporta la possibilità del ricorso all'affidamento diretto. Nel caso in cui una società abbia un oggetto plurimo e variegato dal punto di vista qualitativo, non è corretto affermare che la scelta del socio tramite ricorso a procedura ad evidenza pubblica, effettuata "a monte" della costituzione della società, possa garantire lo stesso risultato di una pubblica gara.

Il Supremo Consesso ha ritenuto nel richiamato parere del 2007 che il principio di libera concorrenza non sia stato rispettato, tenuto conto della differenza sostanziale tra l'ipotesi di partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di un singolo servizio e la partecipazione ad una gara per la scelta di partners di una società che svolge una pluralità di servizi pubblici, fornendo un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'*in house providing*, per cui l'affidamento del servizio deve avvenire soltanto tramite pubblica gara.

Si tratta di un indirizzo condiviso anche dalla recente giurisprudenza del CGA Regione Sicilia, il quale con decisione del 27 ottobre 2006, n. 589 ha colto un contrasto normativo interno con la disciplina comunitaria e ha disapplicato l'art. 113, comma 5, lett. b), del d.lgs n. 267/2000.

Secondo il Testo Unico sugli Enti locali infatti "l'erogazione del servizio avviene ... nel rispetto della normativa comunitaria, con conferimento della titolarità del servizio ... a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza<sup>17</sup> ...".

La costituzione peraltro di società miste, con la scelta del socio a seguito di gara, non può essere scervra dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio.

Il vaglio del Consiglio di Stato ha interessato inoltre la soluzione di alcune questioni relative alla natura del "controllo analogo", ai presupposti di fatto e di diritto dell'*in*

---

<sup>17</sup> D. CASALINI, *op. cit.*, che sottolinea il tentativo delle giurisprudenza comunitaria in materia di affidamenti *in house* di armonizzare i principi a tutela della concorrenza di cui al Trattato CE con la c.d. autorganizzazione che è comunque attribuita a livello comunitario alle Pubbliche Amministrazioni.

*house*, alla nozione di prevalenza dell'attività svolta per l'amministrazione affidante e ad altri requisiti di un certo rilievo, tenuto conto della portata plurima degli attuali ed antecedenti orientamenti giurisprudenziali nazionali e comunitari<sup>18</sup>.

Uno dei maggiori profili problematici affrontato dai giudici amministrativi riguarda proprio la nozione di controllo analogo<sup>19</sup>. Il Consiglio di Stato con sentenza 22 dicembre 2005, n. 7435 ha affermato che "è da escludere che il diritto comunitario possa imporre un modulo che riproduca, tra amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni all'ente" e che la problematica della sussistenza del "controllo analogo" concerne la circostanza se l'organo pubblico "possiede o meno la totalità del pacchetto azionario della società affidataria". Diverso indirizzo si scorge nella precedente pronuncia dell' 11 gennaio 2005, Stadt Halle<sup>20</sup> Causa C-26/03 con cui la Corte di giustizia sottolinea che l'affidamento *in house*, in deroga alle procedure di evidenza pubblica, non è perseguibile nell'ipotesi in cui il soggetto aggiudicatore è "un'entità distinta" dall'amministrazione aggiudicataria.

---

<sup>18</sup> C. DE ROSE, *L'affidamento della gestione e dell'erogazione di servizi pubblici a società di capitali, tra equilibri comunitari e nazionali*, in *Foro. Cons. Stato*, 2005, p. 1408 ss. L'appartenenza all'Unione europea non ha posto ostacoli e barriere nell'esercizio delle scelte di carattere amministrativo-costituzionale, rispetto alle quali almeno in linea di principio la Comunità europea dovrebbe rimanere neutrale. Vedi anche C. TESSAROLO, *La gestione in house dei servizi pubblici*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 24 febbraio 2005.

<sup>19</sup> La Corte di giustizia nella sentenza Teckal aveva puntualizzato che si dovesse trattare di "un rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione ... che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione". Vedi nota 26 giugno 2002 della Commissione europea diretta al governo italiano al fine di sollecitare modificazioni all'art. 113, D. Lgs n. 267 del 2000, come sostituito dall'art. 35, comma 1, L. n. 448/2001, in cui si evidenziavano disposizioni non conformi ai principi di diritto comunitario. In ordine alla delineazione dell'evoluzione del c.d. controllo analogo vedi Corte Giust., 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e RplLochau*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it); 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, in [www.curia.europa.eu/it](http://www.curia.europa.eu/it). Entrambe condividono l'indirizzo ribadito nella sentenza Teckal; in particolare si afferma che affinché sussista il controllo analogo, si deve verificare se "si realizzi una sorta di amministrazione indiretta nella gestione del servizio, che resta saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale è istituzionalmente destinata in modo assorbente a operazioni in favore di questo (...). La struttura organizzativa deve, quindi, essere tale da consentire all'ente pubblico di esercitare la più totale ingerenza e controllo sulla gestione, nonché sull'andamento economico – finanziario, analogamente a quanto avrebbe potuto fare con un esercizio gestito direttamente" (ex pluribus, Cons Stato, sez. IV, 25 gennaio 2005, n. 168; T.A.R. Campania, sez. I, n. 2784/2005; T.A.R. Puglia- Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, in *Il corriere del merito*, n. 11/2006, p. 131).

<sup>20</sup> V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it.dir. pubbl. com.*, 2005, p. 3- 4; vedi anche M. ALESIO, *Nota a: Corte di Giustizia CE, 11/1/2005, n. 26, sez. I, Società miste, no all'affidamento diretto Mai appalti in house se ci sono i privati*, in *Diritto e giustizia*, 2005, fasc. 5.

Il suddetto indirizzo è ribadito dalla Corte di Giustizia<sup>21</sup>, e in taluni casi dallo stesso Consiglio di Stato<sup>22</sup> che ha escluso la possibilità di attribuire alle società miste pubblico-privato la natura di rami organizzativi dell'organo pubblico partecipato.

In seno alla nota sentenza Parking Brixen<sup>23</sup> del 13 ottobre 2005 si escludeva qualsivoglia sussistenza dell'*in house* nell'ipotesi in cui, nonostante la titolarità pubblica del soggetto gestore, non fosse possibile perseguire da parte della P.A. il "controllo analogo" sul gestore stesso, come quello partecipato sui propri servizi interni<sup>24</sup>.

L'indirizzo della predetta sentenza è richiamato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Carbotermo dell'11 maggio 2006, causa C-340/04<sup>25</sup>, che evidenzia la compatibilità *in toto* del sistema *in house* e la partecipazione in via mediata della P.A. nella società di gestione del servizio pubblico, in modo da non pregiudicare la possibilità da parte degli enti locali partecipanti di effettuare sull'impresa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi<sup>26</sup>.

La sentenza n. 1 del 3 marzo 2008 del Supremo Consesso, sopra richiamata, ha escluso, d'altra parte, la sussistenza del controllo analogo<sup>27</sup> in presenza di una

<sup>21</sup> F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti*, in *Servizi pubb e app.*, 2005, p. 2; M. G. ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2006, 12, p. 731 ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir .amm.* 2005, 4, p. 915 ss.; R. DE NICTOLIS, *La Corte Ce si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urbanistica e Appalti*, p. 305, 2005.

<sup>22</sup> Vedi ordinanza di rimessione, Cons. St, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587. Cons. St., Ad . Plen., 3 marzo 2008, n. 1 in *Dir. e pratica amm.*, 2008, fasc. 4,10, con nota di F. G. SCOCA: nella fattispecie la Plenaria rileva che il caso esaminato differisce da quello esaminato dal parere n. 456 del 2007, ritenendo illegittimo tale affidamento senza gara, considerato che per lo stesso andavano rispettati i principi del Trattato e mancavano i presupposti per l'affidamento diretto alla società mista.

<sup>24</sup> G. PIPERITA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giornale Dir .Amm.* 2006, fasc. 2, p. 133 ss.,

<sup>25</sup> Corte Ce, Sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04, in F. CARINGELLA, *Giurisprudenza amministrativa*, 2006.

<sup>26</sup> Sul punto si scorgono considerazioni sia dottrinarie sia giurisprudenziali; cfr. A. VACCA, *Il controllo analogo sul soggetto affidatario in house di un servizio pubblico locale: dubbi ricostruttivi di ammissibilità, con particolare riguardo alla disciplina societaria*, in *Foro amm.* TAR, 2005, p. 11; M. URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb ed app .2006*, 12. p. 1417 ss.

<sup>27</sup> Secondo i principi della citata sentenza Teckal, da parte della giurisprudenza amministrativa si rilevava che l'adozione nel diritto comunitario della figura societaria, come strumento alternativo alla prestazione diretta dei servizi pubblici, impone di risolvere il problema del "controllo analogo" secondo un criterio che collima con la particolarità dell'istituto in questione. La giurisprudenza comunitaria avvalorava la circostanza che, se si effettua l'affidamento diretto ad una società, il servizio sarà gestito da una persona giuridica separata e distinta dall'Amministrazione aggiudicatrice, un ente, cioè, che determina la propria azione mediante gli organi di cui è dotato. Il diritto comunitario non potrebbe imporre un modulo che realizzi, tra Amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici

compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. La partecipazione anche minoritaria di un socio privata al capitale della società esclude che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi. E' necessario pertanto che l'ente posseda l'intero pacchetto azionario della società affidataria.

In realtà già il Consiglio di Stato con la pronuncia n. 5587 del 2007 aveva indicato la necessarietà della partecipazione pubblica totalitaria ma non la sufficienza della stessa ai fini della sussistenza del controllo analogo, occorrendo maggiori strumenti di controllo<sup>28</sup> da parte dell'ente rispetto a quelli previsti generalmente dalla normativa civilistica.

Infatti, lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati; il consiglio di

interni all'ente. Si rifletta inoltre sul contributo giurisprudenziale della pronuncia *Stadt Halle* che ha asserito come « *il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico*. L'aggiudicazione di un appalto pubblico ad una società con capitale misto (pubblico-privato), senza l'utilizzo delle procedure ad evidenza pubblica, realizza una violazione delle regole sulla libera concorrenza e del principio di parità di trattamento di cui alla Direttiva n. 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*». *Contra*, T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, Sentenza 16 marzo 2006 n. 301, con la quale non è stata ritenuta sufficiente ad integrare i presupposti per il cd. *controllo analogo*, la partecipazione dello 0,8 % al capitale sociale da parte di un Comune. I Giudici amministrativi hanno statuito che l'esiguità della quota di partecipazione, non consente «*la possibilità di un'influenza determinante sugli obiettivi e sulle decisioni gestionali della società affidataria, da svolgersi anche collettivamente con gli altri soci al di fuori degli ordinari poteri dell'assemblea della società*». Diventa così determinante un'elevata partecipazione al capitale sociale che non si atteggia a controllo analogo; si realizza comunque una potenziale influenza sulle decisioni di rilievo della società, che diviene così un modulo gestionale facente comunque capo all'Ente, pur nei limiti che, ovviamente, un'esternalizzazione di questo tipo determina. Sembra opportuno osservare che il richiamato art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000, come modificato dalla Legge n. 326 del 2003, prevede la facoltà per l'Ente locale di cedere, in tutto o in parte, la propria partecipazione mediante procedure ad evidenza pubblica, da rinnovarsi alla scadenza del periodo d'affidamento. Viene comunque tutelata la concorrenza ed il principio di parità di trattamento.

<sup>28</sup> Il controllo analogo a quello esercitato sui servizi dell'ente affidante deve pertanto essere configurato in termini più incisivi rispetto quindi ai controlli tradizionali di natura societaria. Deve trattarsi di una forma di controllo che si riflette in un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività con riferimento a tutti gli atti di gestione ordinaria. Si tratterebbe di un controllo di diritto amministrativo, ben diverso da quello di tipo civilistico o societario, come peraltro evidenziato in sede di merito da Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2005, n. 7058 e T.A.R. Lombardia - Brescia, 5 dicembre 2005, n. 1250 secondo cui la P.A. può effettuare un sindacato sulle singole modalità operative e di gestione della società in house. L'affidamento secondo le predette pronunce deve essere fatto a vantaggio di una impresa che è legata all'ente aggiudicatore da vincoli di natura funzionale, organizzativa oltre che economica.

amministrazione della società non deve avere poteri gestionali rilevanti e all'ente pubblico controllante deve essere consentito di esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale e l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che renda non incisivo il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale nonché dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali e dallo sviluppo territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero.

Descritti, sommariamente, i nodi problematici della questione sottoposta spesso al vaglio del Supremo Consesso, è opportuno evidenziare che i giudici amministrativi si sono pronunciati sulla natura delle condizioni previste dalle numerose pronunce della Corte di giustizia delle Comunità europee e delle conseguenti posizioni della giurisprudenza nazionale al fine di considerare legittimo un affidamento diretto.

Il Consiglio di Stato ha fissato la nozione di prevalenza dell'attività svolta in favore dell'Amministrazione affidante dal modulo societario affidatario; la prevalenza dello svolgimento della attività della società *in house* a favore dell'ente pubblico di appartenenza è in effetti un requisito che suscita meno problematiche rispetto alla concezione di controllo analogo.

La Corte di Giustizia, infatti, nella Causa Spagna/Commissione, C-349/97, 8 maggio 2003, e nella già citata pronuncia Parking Brixen, sottolineava che la prevalenza dovesse intendersi di natura essenziale, ponendo in luce come la vocazione commerciale in effetti "consegnerebbe la società di proprietà pubblica al mercato libero delle condizioni di privilegio"<sup>29</sup>.

Secondo alcuni arresti pretori anche il requisito della prevalenza deve essere inteso in senso restrittivo e ciò in virtù della circostanza che l'*in house providing* sia un modello eccezionale, in deroga ai principi comunitari.

La richiamata pronuncia del Supremo Consesso n. 1 del 2008 ha contribuito certamente alla ricostruzione del concetto di controllo analogo ma ha effettuato anche un sindacato sulla *ratio* del parere della II sezione del Consiglio di Stato limitatamente alla parte in cui ha ritenuto scarsamente compatibile con il diritto comunitario l'affidamento diretto del servizio a moduli societari misti, nonostante il partner privato fosse stato scelto all'esito di una procedura di evidenza pubblica.

Il Consiglio, nel menzionato parere 18 aprile 2007, n. 456, osservava che "la non riconducibilità del modello organizzativo della "società mista" a quello dell'*in house*

---

<sup>29</sup> Nella sentenza Carbotermo, infatti, la Corte di Giustizia precisa che l'impresa svolge la parte più importante della sua attività con l'ente locale che la detiene solo se tale attività è destinata principalmente all'ente in questione e ogni altra attività risulti avere un carattere marginale".

providing ...., non implicasse ... l'esclusione automatica della compatibilità comunitaria".

Gli ultimi indirizzi dell'Adunanza Plenaria sembrano poggiare sul cambiamento radicale dell'orientamento tradizionale in quanto *l'in house* non è l'unico modello cui rapportare le fattispecie derogatorie della concorrenza in ambito comunitario, e si scorge il modello differente delle società a capitale misto, nell'ambito del quadro della private – public partnership.

##### 5. *Il modello della società mista tra disciplina interna e normativa comunitaria.*

Alla tradizionale distinzione tra affidamento mediante gara ad evidenza pubblica ed affidamento diretto mediante il ricorso all' *in house* si sostituisce, secondo il parere n. 456/2007, la tripartizione oggi superata, in forza della legge n. 166 del 2009 nonché degli ultimi indirizzi giurisprudenziali, tra affidamento con gara pubblica, affidamento *in house* e affidamento a società mista,

Secondo i giudici di Palazzo Spada, in ordine al parere *de quo* sembrano sussistere dubbi nelle ipotesi in cui il socio, scelto con gara ad evidenza pubblica, sia selezionato in quanto partner privato di una società cui affidare l'erogazione di servizi non ancora individuati al momento della scelta dello stesso socio e con la finalità di svolgere anche attività di servizio *extra moenia*.

Peraltro lo stesso Consiglio con il menzionato parere, oggetto di puntualizzazioni da parte della Plenaria del marzo 2008 e non *in toto* seguito da essa, pone le basi affinché la diatriba sul modello dell'*in house* sia definita da successive pronunce della Corte di Giustizia e ciò con riguardo soprattutto alla compatibilità comunitaria dello stesso *in house*.

Alla luce delle relazioni giuridico - economiche tra soggetto pubblico e privato, non potrebbe infatti sussistere un affidamento diretto alla società mista ma un affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività della società mista al partner privato.

Le garanzie affinché sia tutelato il modello organizzativo dell'*in house* si incentrano su una equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio che concorre allo svolgimento del servizio pubblico locale e sulla previsione di una procedura di selezione alla scadenza dell'arco temporale di affidamento in modo che il socio divenga "stabile".

Di recente, i giudici di Palazzo Spada, dopo aver fatto menzione in modo puntuale degli arresti giurisprudenziali della Corte di giustizia a partire dalla nota sentenza *Stadt Halle* dell'11 gennaio 2005, hanno evidenziato che non può sussistere il requisito del controllo analogo nelle ipotesi in cui sia configurabile un modello societario misto, ancorché a partecipazione privata estremamente ridotta.

Qualora ricorrano tali condizioni, non sarebbe permesso l'affidamento diretto del servizio in quanto il soggetto pubblico titolare del servizio medesimo non sarebbe in grado di esercitare un controllo incisivo sul modulo affidatario eguagliabile a quello esercitato sui propri servizi.

Il modello della società mista è certamente la novità più significativa nel campo della gestione dei servizi pubblici locali<sup>30</sup>. Esso si colloca in una posizione intermedia tra quello della gara vera e propria per l'affidamento (concessione) del servizio pubblico e quello della c. d. *delegazione interorganica* ad una società *in house*.

Gli Enti locali assurgono, nel nuovo sistema improntato alla sussidiarietà e al decentramento, ad interpreti dei bisogni della comunità locale di riferimento, i quali dispongono di una pluralità di modelli organizzatori, per mezzo dei quali realizzano i servizi necessari alla comunità stessa, secondo criteri di economicità ed efficienza.

Il citato procedimento di esternalizzazione di un servizio pubblico costituisce uno strumento strategico, operato dall'Ente locale, per l'organizzazione e la gestione di un'area di attività o di servizi, al fine di raggiungere *standard* qualitativi elevati, cui corrispondano costi vantaggiosi. L'Ente locale assume, pertanto, la configurazione di *holding* gestore e coordinatore dell'attività di una serie di soggetti formalmente autonomi ma connessi all'Ente stesso in vario modo. Pertanto, è necessario

---

<sup>30</sup> Vedi Corte Giust. 11 aprile 2006 in cui si statuiva sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta innanzi alla Corte, ai sensi dell'art. 234 Trattato CE, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia. La questione pregiudiziale veniva sollevata nell'ambito della controversia tra l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) da un lato, e il Comune di Bari e l'AMTAB Servizio S.p.A., dall'altro, concernente l'affidamento a quest'ultima del servizio di trasporto pubblico sul territorio comunale. La predetta AMTAB è una società per azioni, il cui capitale sociale è interamente detenuto dal Comune di Bari, totalmente controllata dall'Ente stesso e la cui attività consiste nel fornire un servizio di trasporto pubblico sul territorio comunale. Alla Corte era richiesto di pronunciarsi sulla compatibilità con gli articoli 43, 49 e 86 del Trattato U.E. dell'art. 113, comma 5, del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (T.U. Enti Locali), «nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata». I Giudici comunitari chiarivano che «le concessioni di servizi pubblici sono escluse dall'ambito di applicazione delle direttive comunitarie sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi». L'Autorità pubblica che conclude un contratto di concessione di servizi pubblici è tenuta a «rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare» oltre al « principio della parità di trattamento tra offerenti». Inoltre, si afferma che «in linea di principio l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici, non è conforme alle esigenze di cui agli artt. 43 CE e 49 CE, e nemmeno ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza»; tuttavia, in via d'eccezione, i su esposti principii non trovano applicazione «se il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene».

garantire al terzo gestore del servizio esternalizzato la possibilità di una gestione efficiente ma, al contempo, saranno necessari strumenti efficaci di controllo, di modo che la gestione dei servizi esternalizzati sia funzionale all'interesse generale. Esternalizzare<sup>31</sup> si traduce innanzitutto nel pianificare, progettare e procedere ad una valutazione costi/benefici, per cui il servizio affidato a terzi deve risultare preferibile rispetto alla formula organizzativa precedente<sup>32</sup>. L' *outsourcing*, d'altra parte, è un processo in continuo divenire, che necessita di un costante controllo da parte dell'Ente che esternalizza<sup>33</sup>, al fine di monitorare i

---

<sup>31</sup> D. BELLINI – C. FACCHINI , I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, esternalizzazione e regolazione , Extra, Roma, 2005, pag. 160 e ss.

<sup>32</sup> Cfr. sentenza Carbotermo, Corte di Giustizia CE, Sez. I, 11 maggio 2006 n. C-340/04 : senza ripercorrere tutti i passaggi logico-giuridici della vicenda, il T.A.R. Lombardia poneva due questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia e cioè a) se fosse compatibile con la direttiva 93/36 l' affidamento diretto dell'appalto per la fornitura di combustibili e calore per impianti termici di edifici di proprietà o competenza del Comune, e relativa gestione, conduzione, manutenzione (con prevalenza del valore della fornitura), ad una società per azioni il cui capitale sia interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale sia a sua volta socio di maggioranza (al 99,98 %) il Comune appaltante, ovvero ad una società (A.G.E.S.P.) che non sia partecipata direttamente dall'Ente Pubblico, ma da un'altra società (A.G.E.S.P.  *Holding*) il cui capitale sia attualmente posseduto al 99,98% dalla Pubblica Amministrazione; b) se il requisito dello svolgimento , da parte dell'impresa alla quale è stata direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'Ente pubblico che la controlla, dovesse essere accertato facendo applicazione dell'art. 13 della direttiva 93/38 (...), e potesse ritenersi sussistente nel caso in cui la suddetta impresa realizzi la prevalenza dei proventi con l'Ente pubblico controllante o, in alternativa, nel territorio dell'Ente stesso. Secondo l'analisi dei Giudici Comunitari, «*se un appalto pubblico ha ad oggetto nel contempo prodotti ai sensi della direttiva 93/36 e servizi ai sensi della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, esso rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 93/36 qualora il valore dei prodotti oggetto dell'appalto sia superiore a quello dei servizi* ». La Corte richiama la cd. giurisprudenza Teckal , secondo cui la normativa europea in tema di appalti pubblici di servizi non comporta l'applicazione delle direttive appalti, qualora manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti. L'ente pubblico opera, formalmente, a mezzo di un'entità distinta dall'amministrazione, la quale continua a costituire, concretamente, parte dell'amministrazione stessa. Il Giudice europeo individua, nella detenzione dell'intero capitale della società aggiudicataria, un elemento certamente sintomatico del controllo, ma non sufficiente ex se a determinare quel "controllo qualificato", necessario affinché si possa utilizzare la formula dell'affidamento *in house*.

<sup>33</sup> Il problema dell'esternalizzazione dei servizi pubblici locali va scorto nella dialettica tra interesse privato e interesse pubblico, nel momento in cui quest'ultimo non può essere perseguito nell'ambito delle logiche di mercato, le quali sono orientate verso la massimizzazione del profitto. Rilevano le indagini di *customer satisfaction*, mediante le quali si procede ad una valutazione *a posteriori* dei risultati raggiunti con l'esternalizzazione. Tra l'altro, è bene ricordare che è stata emanata una Direttiva del Ministro della Funzione Pubblica 24 marzo 2004 con la quale si osserva che: «*rilevare la customer satisfaction consente alle amministrazioni di uscire dalla propria autoreferenzialità, aiutandole a relazionarsi con i cittadini, a conoscere e comprendere sempre meglio i bisogni dei destinatari ultimi delle proprie attività e a riprogettare, di conseguenza, sia le politiche pubbliche che il sistema di erogazione dei servizi* ». Il cittadino-utente diviene così non solo destinatario dei servizi, ma anche parametro di valutazione della

risultati dell'attività interessata. Per quanto riguarda i servizi pubblici locali di rilevanza economica, il legislatore, a seguito di una procedura d'infrazione avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia, introduceva una modifica all'art. 113 del D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (T.U. Enti locali).

La principale novità introdotta concerneva la possibilità, per gli Enti locali<sup>34</sup> di affidare la gestione dei suddetti servizi a società. Svariati sono stati i contributi pretori tesi alla analisi della natura e delle caratteristiche della società mista, scorgendosi *l'incipit* sin da una significativa pronuncia del giudice del Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272<sup>35</sup>.

L'art. 113-bis, d'altra parte, è caduto sotto l'egida della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 272 del 2004, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale unitamente al disposto dell'art. 113, comma 7<sup>36</sup>.

rispondenza dei servizi erogati ai bisogni reali della collettività. Si tratta di inquadrare la tematica de qua in un ampio contesto di modernizzazione della Pubblica Amministrazione, che ora si avvale delle più moderne tecniche di *marketing* d'impresa, al fine di realizzare un cambiamento radicale del *modus operandi* dei pubblici poteri.

<sup>34</sup> Cfr. una delle direttive più rilevanti in materia, Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, applicabili nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che l'ente *de quo* sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno.

<sup>35</sup> Il Consiglio di Stato, infatti, nel giudicare legittimo l'affidamento diretto del servizio di mensa scolastica da parte dell'ente locale ad una società a prevalente capitale pubblico, con partecipazione privata, mediante procedura ad evidenza pubblica, ha precisato, alla stregua di precedenti e similari pronunce, che l'affidamento diretto del servizio alla medesima sia configurabile come logico corollario discendente dalla opzione, da parte dell'ente, per tale forma di gestione del servizio pubblico. Nel caso di specie si è optato per l'esclusione di una ulteriore procedura selettiva per l'affidamento del servizio, a seguito della scelta del modello organizzativo della società per azioni e della selezione mediante gara del socio privato. Il servizio di refezione scolastica è qualificato, nella pronuncia del 2005, come servizio pubblico privo di rilevanza industriale (oggi dopo la riforma privo di rilevanza economica), con conseguente legittimazione dell'affidamento diretto alla società, previamente costituita tramite gara, in applicazione del disposto dell'art. 113-bis del T. U. E. L.

<sup>36</sup> Corte Cost., 27 luglio 2004, n. 272, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, n. 1, pag. 25, in massima: "E' costituzionalmente illegittimo l'art. 14, c. 1, lett. e) del decreto legislativo 30 settembre 2003 n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326 perché, prescrivendo che deve considerarsi integrativa delle discipline settoriali di fonte regionale la disposizione estremamente dettagliata e autoapplicativa di cui all'art. 113, c. 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, pone una illegittima compressione dell'autonomia regionale, risultando ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza l'intervento legislativo statale. [...] Per le medesime ragioni è illegittimo, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, anche l'art. 113, c. 7, (limitatamente al secondo e terzo periodo) del D.Lgs. n. 267 del 2000, così come modificato dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448. E' altresì illegittimo l'art. 14, c. 2, del decreto legislativo n. 269 del 2003 poiché il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela

Il precedente distinguo terminologico, ex art. 35 della legge n. 448 del 2001, aveva ancorato il concetto di industrialità del servizio alla nozione di organizzazione in forma d'impresa, finalizzata alla produzione e allo scambio di beni e servizi di cui agli artt. 2082 c.c. e 2195 c.c.. Era data pertanto la possibilità di gestire in forma di impresa anche servizi di carattere sociale, alla luce del quadro normativo interno e delle prescrizioni provenienti dal diritto comunitario. A seguito di disamina da parte della Commissione UE, con la nota del 26 giugno 2002, si sanciva la compatibilità comunitaria delle disposizioni contenute dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001, in merito alle forme di gestione dei servizi pubblici locali.

La stessa Corte Costituzionale ha sottolineato l'importanza della distinzione tra attività economiche e non economiche sia ai fini dell'applicazione delle regole in materia di concorrenza, rientrando le stesse nell'ambito di applicazione di diverse norme del Trattato, sia, di conseguenza, ai fini della determinazione dei soggetti competenti a legiferare in materia, a seguito della riforma del titolo V della Costituzione.

Infatti, ai sensi dell'art. 117, comma 2°, lett. e), la fissazione dei principi fondamentali nella materia dei pubblici servizi di rilievo economico rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in quanto ascrivibile alla materia inerente alla tutela della concorrenza, mentre rientra nella competenza normativa regionale e locale la disciplina dei servizi privi di rilievo economico.

Si tratta di cambiamenti che hanno inciso sulla cornice normativa dell'art. 113 del T.u.e.l., tanto che si è presentato il problema di stabilire quali siano i parametri concettuali che definiscono la nozione di "servizio economico" e, soprattutto, di stabilire quali servizi vadano ascritti a tale categoria.

La natura economica del servizio discenderebbe dai criteri riconducibili in primo luogo alle caratteristiche ontologiche del servizio ed in secondo luogo alla volontà organizzativa dell'ente locale.

Tenuto conto della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 113-bis, al fine di stabilire se un servizio sia privo di rilievo economico o meno, rileva far riferimento alle modalità di organizzazione e gestione adottate dall'ente locale, costituite, ad esempio, dalla sussistenza di un corrispettivo per il soggetto gestore del servizio, versato dalla collettività o direttamente dall'ente locale, oppure dalla

---

*della concorrenza non è applicabile ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, in riferimento ai quali non esiste un mercato concorrenziale".*

fornitura dello stesso in chiave meramente erogativa da parte dell'ente medesimo<sup>37</sup>, a seconda delle scelte di gestione poste in essere dall'ente locale.

Va osservato *per generalia* che le recenti pronunce del Consiglio di Stato costituiscono un *incipit* per svolgere alcune considerazioni in merito alle forme di gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento al modello della società mista, previsto dall'art. 113, comma 5, lett. b) del d. lgs. 267 del 2000.

La *ratio* della riforma va ricondotta alla necessità di rapportare la disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici ad una prospettiva garantistica delle prerogative dell'amministrazione locale, la quale deve disporre di un profilo di autonomia tale da permetterle di organizzare la propria struttura, anche derivata, in modo che essa sia meglio rispondente alle esigenze della collettività.

La novella va letta in combinato disposto con l'art. 117, comma 2°, lett. p) Cost., che rimette alla legislazione esclusiva dello Stato la determinazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, proprio per non intaccare la sfera decisionale ed organizzativa delle amministrazioni locali ed evitare ingerenze da parte del legislatore regionale, come suggerisce lo stesso principio di sussidiarietà di cui agli artt. 5 e 118 Cost.

La sussistenza di profili di libertà organizzativa dell'ente locale nella scelta dei modelli di gestione dei servizi trova espresso riconoscimento nella giurisprudenza interna e comunitaria, mediante il riferimento al principio di autorganizzazione<sup>38</sup>.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 272 del 2004, dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 113, comma 7 - secondo e terzo periodo - ha posto dei limiti all'esercizio "espansivo" della potestà legislativa dello Stato in materia di tutela della concorrenza, prescrivendo che tale potere di intervento non si debba tradurre in una eccessiva compressione dell'autonomia regionale e locale in materia di disciplina dei servizi pubblici locali.

La lettura dell'art. 113 T.u.e.l., secondo i dettami della Corte Costituzionale, si pone in armonia con la letteratura giusamministrativistica dei primi anni del secolo scorso secondo cui la disciplina delle forme di erogazione e gestione dei servizi pubblici locali trovava nella legge statale lo strumento per eccellenza teso a dettare le

---

<sup>37</sup> G. CAIA, *op. cit.* passim; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004, pag. 89 ss; F. MERLONI, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Riv. quadr. serv. pub.*, 2002, n. 2-3, pag. 17 e ss.

<sup>38</sup> Cfr. Cons. St., V, 23 aprile 1998, n. 447, in *Giur. It.*, 1998, pag. 1731; *ivi*, Cons. St., V, 6 aprile 1998, n. 432; Cons. St., V, 15 giugno 1998, n. 838, in *Giust. Civ.*, 1999, I, pag. 613. Nella giurisprudenza comunitaria, vedi Corte di Giustizia CE, 10 novembre 1998, C-360/96, Gemeente Amhem. Gemeente Rheden c. BFI Holding BV, in *Racc.* 1998, I-06821 e in *Giur. It.*, 1999, pag. 349.

*guide-lines* lasciando alla libera determinazione delle singole amministrazioni la facoltà di scegliere le specifiche forme di gestione, *secondo le concrete condizioni nelle quali dovrebbero svolgersi i servizi che possono esserne oggetto.*

Tra l'altro, anteriormente all'intervento del Giudice delle leggi, sono emersi vari problemi interpretativi in relazione alle concrete scelte di gestione che gli enti locali sono chiamati ad effettuare, con riferimento, in particolare, alle ipotesi di affidamento della gestione del servizio a società miste pubblico - private.

La reintroduzione, ad opera del D.L. n. 269 del 2003, dell'affidamento diretto del servizio a società mista, originariamente previsto dall'art. 22, comma 3°, lett. e) della legge n. 142 del 1990 ed espunto dalla riforma del 2001<sup>39</sup>, non ha sciolto gli interrogativi sul *quantum* riconoscibile al socio privato nella percentuale di partecipazione azionaria; né tampoco è chiaro il regime giuridico applicabile alla fattispecie, considerato che, in forza della disposizione contenuta nel comma 12, l'affidamento del servizio ha carattere temporaneo, anche nel caso di società a prevalente capitale pubblico.

A seguito delle modifiche apportate dal D.L. n. 269 del 2003 al testo dell'art. 113 T.u.e.l., ciò che emerge dalle indicazioni di autorevole dottrina è che la presenza del socio privato all'interno della società mista dovrebbe avere una rilevante funzione sia in termini qualitativi sia in termini quantitativi; l'attribuzione di una partecipazione minimale al capitale sociale potrebbe vanificare la *ratio* della norma, la cui finalità sembra riconducibile all'esigenza di accrescere, tramite la presenza di operatori privati, il livello di gestione e di erogazione del servizio fornito all'utenza<sup>40</sup>. L'attribuzione comunque di un rilievo determinante ai requisiti di imprenditorialità del soggetto privato che aspiri a far parte della società mista, non sfocia nella

---

<sup>39</sup> M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2003, pag. 513 ss.

<sup>40</sup>Cfr. L. CAMERIERO, *Le società pubbliche nei vari settori dell'ordinamento*, p. 355- 366, in R. DE NICTOLIS – L. CAMERIERO, Milano, 2009; Vedasi *ex pluribus* la Circolare del Ministero dell'Ambiente, 6 dicembre 2004, Affidamento del servizio idrico integrato a società a capitale pubblico- privato, in *G. U.*, 13 dicembre 2004, n. 291. In ordine al quantum di partecipazione del socio privato al capitale della società, la scelta è a totale discrezione degli enti locali, considerato che una partecipazione minimale eluderebbe il dettato normativo - come statuito anche dalla giurisprudenza- e sarebbe in palese contraddizione con la *ratio legis* secondo cui il privato è un valore aggiunto a vantaggio della funzionalità della società di gestione e, pertanto, degli utenti finali destinatari del servizio"; cfr. altresì il Rapporto 2007 dell'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche concernente lo stato di attuazione della legge Galli. Si veda anche Cons. St., V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, n. 6, pag. 1257 con nota di G. ACQUARONE, *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali.*

svalorizzazione della componente economico-finanziaria, *condicio sine qua non* per poter partecipare alle gare.

Si pensi alle ipotesi in cui le imprese partecipando alle gare di appalto diano vita ad un raggruppamento temporaneo di imprese, c. d. ATI, al momento della presentazione delle offerte o, successivamente, all'aggiudicazione della gara. E' utile precisare che alcune pronunce giurisprudenziali inglobano la necessità che, sin dal momento della presentazione delle offerte, venga indicata la ripartizione percentuale dei lavori tra le imprese associate in ATI<sup>41</sup>.

La disciplina dei caratteri propri del socio privato, a seguito della riforma del 2003, deriva dalla circostanza che, nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi successivamente all'entrata in vigore della legge n. 142 del 1990, la figura del socio privato sia stata disegnata diversamente a seconda che l'assetto societario rispondesse al modello della s.p.a. a capitale pubblico minoritario o, diversamente, al modello della s.p.a. a prevalente capitale pubblico.

La disciplina del modello della società mista a capitale pubblico maggioritario ha avuto invece un *iter* più tortuoso; la dottrina più recente<sup>42</sup> e la giurisprudenza<sup>43</sup> hanno posto in luce che, dopo l'entrata in vigore della legge n. 142 del 1990, l'utilizzo dello strumento della s.p.a. a capitale pubblico maggioritario si è tradotto

---

<sup>41</sup> Cfr. Cons. di Stato, V, 12 ottobre 2004, n. 6586 in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, n. 1, pag. 312-313, secondo cui si richiede l'indicazione della ripartizione dei lavori tra le imprese associate in Ati sempre insieme all'offerta, anche nel caso in cui l'associazione temporanea non è ancora costituita e anche quando il bando di gara non lo richiede in modo esplicito. *Contra* T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 7 settembre 2002, n. 4301 in *Foro Amm. – T.A.R.*, 2002, pag. 2990.

<sup>42</sup> Cfr. i recenti apporti di G. Guzzo, *Società miste e affidamenti in house*, nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale, Milano, 2009, in particolare Cap. I, *Genesi della codificazione dell'in house providing e il fenomeno delle società miste*, Cap. VI, *L'evoluzione legislativa dei servizi pubblici locali: l'avvento delle società miste*, p. 127-192; R. DE NICTOLIS – L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, in particolare ai fini della nostra disamina si veda a tal proposito: Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 23 luglio 2001, n. 410, in cfr. cap. VIII, *I profili ordinamentali del soggetto societario*, p. 254 – 327; F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, nota a sentenza Cass. Civ., SS. UU., 6 maggio 1995, n. 4989 in *Foro it.*, 1996, I, pag. 1364 e 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, n 2, pag. 229; F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. Amm.*, 1995, pag. 275; G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: la scelta dei soci e delle procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova Rassegna*, 1995, pag. 1082 ss.; M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI, (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, pag. 349 ss.; M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997.

<sup>43</sup> Cass. Civ. SS.UU., 29.10.1999, n. 4754, in *Foro It.*, 2000, p. 802.

nell'esercizio di un decisivo potere di controllo dell'ente locale sull'operato della società.

In questa ottica, si è fatto leva sul concetto di funzionalizzazione della società, rispetto alla realizzazione degli scopi propri dell'ente, utilizzata dalla giurisprudenza amministrativa come parametro di legittimità dell'attività svolta dalle società a partecipazione locale, in forza di un permanente collegamento tra l'operato della società e gli interessi della collettività di cui l'ente locale è soggetto esponenziale.

Ed è per questo che la società mista è configurata, secondo rilevanti indirizzi dottrinali<sup>44</sup>, come struttura formalmente privatistica ma sostanzialmente pubblicistica.

Secondo il noto principio di legalità di cui all'art. 97 Cost., si attua un trasferimento di funzioni istituzionali dall'amministrazione pubblica al soggetto privato, in base al quale il soggetto privato pone in essere attività materiali o negoziali, a seconda del settore in cui opera ed esercitando i poteri pubblicistici che la legge abbia attribuito. La scelta del socio privato di società mista dunque deve avvenire *intuitu personae*, attribuendo i caratteri di uno schema flessibile proprio di una ricerca di mercato, piuttosto che, come d'altra parte il dettato della legge n. 166 del 2009 impone, affidarsi agli schemi rigidi e procedimentalizzati della procedura ad evidenza pubblica.

La giurisprudenza amministrativa<sup>45</sup> afferma, infatti, in modo pressoché unanime, la necessità di scegliere il socio di società mista tramite gli strumenti concorsuali che l'ordinamento indica per l'individuazione di soggetti privati chiamati a svolgere attività o servizi in favore dell'amministrazione<sup>46</sup>.

Il mutato orientamento giurisprudenziale e l'introduzione dei principi comunitari della concorrenza, ex. art. 35 della legge n. 448 del 2001, che imponeva la gara sempre e comunque per l'assegnazione dei servizi pubblici locali, hanno indotto parte della dottrina a ritenere che fosse venuto meno ogni rilievo relativo al vincolo

<sup>44</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giur. It.*, 1996, I, p. 493 da cui si evince una natura di società mista come concessionaria particolarmente qualificata.

<sup>45</sup> P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione statale*, Milano, 1994; AA.VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione* (atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 1995), Milano, 1997; L. AMMANNATI, M. A. CABIDDU E P. DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001; G. CAIA, *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 1995, p. 172; IDEM, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova Rass.*, 1995, p. 1082; M. A. CABIDDU, *Le società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Studium iuris*, 1999, p. 302.

<sup>46</sup> Consiglio di Stato, V, 30 aprile 2002, n. 2297 in *Foro It.*, 2002, III, pag. 553; Consiglio di Stato, V, 15 febbraio 2002, n. 917, *ivi*, pag. 554. Consiglio di Stato, V, 3 settembre 2001, n. 4586, *ivi*, pag. 554.

funzionale o teleologico della società al soddisfacimento dei bisogni della collettività locale.

Di conseguenza, ci si dovrebbe chiedere, se, a seguito della reintroduzione del modulo della società mista ex art. 113, comma 5, lett. b), ad opera del D.L. n. 269 del 2003, il problema del vincolo di scopo si riproponga, soprattutto in relazione all'attività *extra moenia* delle società miste.

6. *I limiti all'acquisizione di servizi ulteriori e allo svolgimento di attività extramoenia.*

Già nel vigore dell'art. 113 T.u.e.l., nel testo anteriore alle innovazioni introdotte dalla legge n. 448 del 2001 e dal d.l. n. 269 del 2003, il Consiglio di Stato aveva sostenuto l'ammissibilità dell'attività extraterritoriale per tutte le figure per le quali esiste un vincolo teleologico al soddisfacimento dei bisogni della collettività, con i limiti derivanti dalla incompatibilità con gli interessi della collettività, dalla sussistenza di un pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico o dalla distrazione di risorse pubbliche.

Una opposta lettura delle norme, secondo il Consiglio di Stato, rischiava di tradursi in una ingiustificata limitazione della capacità giuridica della s.p.a. miste, in contrasto con la capacità di diritto privato che viene riconosciuta sia in capo alle pubbliche amministrazioni sia in capo ai soggetti privati, sia a soggetti solo formalmente privati.

È opportuno riflettere sia sulla concreta configurazione giuridica che il socio assume sia sulle modalità di regolamentazione dei rapporti tra il socio uscente e l'eventuale nuovo socio.

E' interessante infatti chiarire se, innanzi ai recenti cambiamenti normativi, la posizione del socio privato sia assimilabile a quella di un sub-affidatario (o sub-concessionario) del servizio, oppure a quella di socio che, oltre al conferimento in denaro, al momento della sottoscrizione del capitale sociale, si obbliga allo svolgimento di prestazioni accessorie secondo i principi del diritto societario.

E' bene rilevare che le decisioni più rilevanti che il soggetto affidatario deve assumere devono essere preventivamente sottoposte all'esame ed alla approvazione dell'ente pubblico.

I recenti interventi del Consiglio di Stato hanno accolto gli indirizzi generali della Comunità europea secondo cui il controllo societario totalitario esercitato dalla P.A. sul soggetto affidatario non è *condicio sine qua non* al fine di motivare l'affidamento del servizio nell'eventualità in cui non sia contestualmente presente l'influenza dominante dell'ente pubblico relativamente alle scelte da effettuarsi in ordine alla gestione del servizio stesso.

A tal proposito, si richiama la decisione del CGA Regione Sicilia del 4 settembre 2007 n. 719, che, in aggiunta alla totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, ha ritenuto essenziale il concorso di criteri giuridici identificativi volti alla messa a punto di una forma di controllo di natura sostanziale e non meramente formale (controllo del bilancio, controllo sulla qualità dell'amministrazione, l'attribuzione di poteri ispettivi di natura diretta nonché la totale indipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e di politiche aziendali). Secondo il richiamato indirizzo si escluderebbe dunque una riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing*.

La società mista, formalmente, non è *in house* ma rientra nel c.d. partenariato pubblico privato (PPP)<sup>47</sup>. Ad indirizzi giurisprudenziali dunque di una certa chiusura nei confronti della possibilità di affidare direttamente a società miste la gestione dei servizi, si oppongono oggi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali secondo cui la società mista a prevalente partecipazione pubblica può essere affidataria in ogni caso di servizi, in forza del presupposto che la scelta del contraente privato sia stata il risultato ultimo di trasparenti procedure selettive.

E' compatibile o meno con il diritto comunitario la normativa interna che consente l'affidamento diretto di un servizio che rientra nell'ambito applicativo della direttiva n. 18/2004 effettuato da una amministrazione aggiudicatrice a favore di una società mista, costituita dalla stessa amministrazione e da altri soci privati, individuati mediante gara ad evidenza pubblica? Ed ancora, è opportuno indicare le finalità della società mista cui affidare il servizio senza gara, con la conseguente illegittimità di affidamenti diretti a "società miste aperte" e la necessità di motivare in modo puntuale la scelta organizzativa di ricorrere alla società mista anziché rivolgersi al mercato?<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Vedi sul punto parere Cons. St., Sez II, n. 456/2007 secondo cui "l'esistenza di una gara che conferisca, di fatto, al socio privato, l'affidamento sostanziale del servizio svolto dalla società mista consente di ricondurre l'ipotesi in questione a quel legittimo fenomeno di "partenariato pubblico-privato (PPP). Ad esempio, le forme di collaborazione tra strutture del SNN e i soggetti privati prevedono la costituzione delle società miste a capitale pubblico e privato: si tratta di una possibilità che altrimenti sarebbe negata ai sensi del comma 4 dell'art. 9-bis del d. lgs n. 502/1992. Cfr. S. ROSTAGNO, *Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1467; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria "in house providing"*, in *Dir. Unione Europea*, 2001, p. 537 ss.

<sup>48</sup> In ordine alla scelta del socio privato con procedura di evidenza pubblica cfr. R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. e app.*, 3/2005, p. 307.

Ci si è mossi in concreto a favore della legittimità dell'affidamento diretto a favore di una società mista in tutte quelle ipotesi in cui sussistono le condizioni per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale.

I giudici di Palazzo Spada, in particolare, hanno auspicato che il bando di gara di selezione del socio privato disponga anche gli strumenti di uscita dello stesso nel caso di futura mancata aggiudicazione allo stesso del servizio.

La sussistenza del requisito del "controllo analogo" paragonabile a quello operato sui propri servizi interni, esercitato dall'amministrazione committente sulla società erogatrice del servizio, giustificerebbe l'affidamento senza gara, sulla base del modello operativo e gestionale rapportabile all' *in house providing*, così come prospettato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Pertanto, tendenzialmente, sarebbe legittimo l'affidamento del servizio, senza gara, a una società mista a prevalente partecipazione pubblica i cui soci privati siano stati reperiti a seguito di procedure aperte, di carattere trasparente e non discriminatorio<sup>49</sup>.

L'Adunanza Plenaria sembrava pertanto guardare sfavorevolmente le società miste, in quanto *escamotage* ovvero "espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva".

Oggi l'art. 15 della legge n. 166 del 2009 riscrive il comma 9 dell'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008, che prevede il divieto di acquisizione di servizi ulteriori e di svolgimento di attività extra moenia per i soggetti cui sono affidati i servizi pubblici locali a mezzo di procedure diverse dall'evidenza pubblica.

All'uopo va richiamata la finalità del divieto che in realtà estende la previsione di cui all'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006 n. 223, c.d. Decreto Bersani. La duplice finalità del citato D.L. consiste nell'evitare effetti discorsivi della concorrenza che si potrebbero produrre a causa della spendita sul mercato di un vantaggio competitivo non ritratto secondo le regole del confronto concorrenziale. Trattasi di garantire l'interesse pubblico alla continuità ed allo standard qualitativo del servizio.

La nuova norma si applica alle società e non ai soggetti titolari della gestione del servizio stesso; il divieto si applica. Oltre che alle società che sono direttamente affidatarie di servizi pubblici, anche a quelle da esse controllate, ed alle controllanti e controllate da una medesima controllante che gestisca i servizi medesimi.

L'attuale formulazione dell'articolo concerne espressamente le società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù " di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b).

---

<sup>49</sup> Per quanto concerne i profili relativi alla scelta del socio privato mediante ricorso alla procedura di evidenza pubblica, cfr. R. DE NICTOLIS, *La Corte*, op. cit., p. 307.

La novella prende in considerazione *apertis verbis* gli affidamenti diretti alle società miste, in tal modo chiarendo la portata del divieto, che nella versione precedente soffriva di una certa ambiguità, soprattutto in merito alla riconducibilità delle società pubblico-private nell'ambito dell'applicazione del comma 2.

L'allargamento temporale del limite si riferisce evidentemente alla durata della gestione. Le società interessate potranno svolgere altre attività soltanto alla scadenza dell'affidamento, secondo i principi della libera concorrenza<sup>50</sup>.

Una eventuale illegittimità<sup>51</sup> dell'affidamento contestato conseguirebbe alla violazione dei principi di concorrenza, trasparenza, pubblicità, parità di trattamento ex art. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006<sup>52</sup>, principi comuni a tutti i contratti pubblici e direttamente applicabili.

#### 7. Cenni sulle procedure di selezione del socio privato e ...

La tutela delle corrette dinamiche concorrenziali è garantita attraverso l'anticipazione della gara al momento preliminare di selezione del socio privato, in forza dell'affidamento diretto del servizio.

A queste conclusioni la giurisprudenza è giunta altresì conferendo ai moduli operativi della società mista i caratteri propri del contratto di scambio, implicante scelte di tipo concorsuale, in considerazione del fatto che il socio privato espleta tutta una serie di attività, accessorie alla gestione del servizio, rispetto alle quali lo strumento della gara si pone quale garanzia di imparzialità ed affidabilità<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Le regole della concorrenza infatti risulterebbero violate nell'ipotesi di affidamento diretto di un pubblico servizio ad una società che operi effettivamente sul mercato, che otterrebbe un ingiusto vantaggio rispetto ad altre imprese che invece operano senza affidamenti diretti, suscitando una alterazione dei meccanismi concorrenziali, in una parola la *par condicio* tra imprese che operano in una condizione di libero mercato. La riforma dell'art. 113 T.U.E.L. ha attribuito *apertis verbis* il valore di norme concernenti "la tutela della concorrenza". Si tratta di una scelta che si inquadra nel nuovo riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. La tutela della concorrenza, nel nuovo art. 117 Cost., è oggetto di competenza legislativa esclusiva statale. Più dettagliatamente vedasi M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 122 ss. Con riguardo al caso in oggetto, il soggetto aggiudicatario deve realizzare "la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici" che lo controllano. Si tratta di una attività che deve essere verificata in concreto e non in astratto, così come evidenziato da Corte Giust. causa C-458/03, *Parking Brixen*, dall'Avvocato generale J. KOKOTT, sulla base della necessità che il parametro da considerare è quello quanti-qualitativo delle attività espletate.

<sup>51</sup> Vedi Cons. Stato, Ad. Plen. 3 marzo 2008 n. 1

<sup>52</sup> C. GIURDANELLA, *Commento al Codice dei Contratti pubblici*, Milano, 2006.

<sup>53</sup> Consiglio di Stato, V, 19 febbraio 1998, n. 192, *cit.*, in particolare nella parte in cui si dice: "La scelta dell'imprenditore privato operata dalla P. A., nell'ipotesi in cui lo stesso venga chiamato ad espletare in prima persona, in seno alla società per azioni all'uopo costituita, veri e propri compiti imprenditoriali (di progettazione, di esecuzione di opere e manutenzione in favore della stessa amministrazione comunale

La *ratio*, a parere di chi scrive, rileva ai fini della scelta della tipologia di gara che probabilmente si modella su una procedura che si allontana da metodi automatici di scelta del contraente, secondo la tipologia dell'appalto-concorso o della licitazione privata con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Secondo fonti di provenienza ministeriale<sup>54</sup>, la selezione del partner privato dovrebbe avvenire tramite procedura ad evidenza pubblica secondo le disposizioni contenute nel D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533.

Quest'ultimo, in attuazione del disposto contenuto nell'art. 12 della legge n. 498 del 1992, ha disciplinato le modalità di costituzione delle società a capitale pubblico locale di minoranza, prevedendo quale modalità di scelta del socio di maggioranza l'appalto - concorso di cui al D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il D.P.R. n. 533 del 1996, regolamento di attuazione previsto dal comma 2 del citato articolo 116 del T.u.e.l., può essere certamente adottato come modello teorico cui le amministrazioni si riferiscano nell'espletamento delle procedure di selezione del partner privato ma non come fonte normativa vigente nel nuovo contesto normativo.

Secondo i principi enunciati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2004, si tratta di strumenti di interpretazione del sistema normativo ma non di fonti vincolanti per Regioni ed Enti locali in quanto; se è vero che il legislatore statale

*oltreché di gestione) non è configurabile come semplice attività di autorganizzazione della amministrazione tale da legittimare l'assegnazione di rilievo primario, se non esclusivo alla mera fiducia personale; come si è visto, del resto, nel modulo operativo di cui si discute sono ampiamente riconoscibili, accanto ai requisiti del contratto associativo che normalmente privilegia l'intuitus personae) anche e soprattutto quelli di un contratto di scambio, implicanti scelte di tipo concorsuale" ; Cass. Civ., SS. UU., 29 ottobre 1999, n. 754, cit., nella parte in cui si dice: "La norma che configura il modello organizzativo della società a prevalente capitale pubblico locale darebbe allora luogo ad una disciplina irrazionale ed in contrasto con i principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità, in violazione degli artt. 3 e 97 Cost., quando se ne accettasse un'interpretazione per cui la sua applicazione potrebbe andare disgiunto, da quella delle norme che, nei contratti degli enti locali e dello Stato, impongono di scegliere il contratto attraverso le adeguate procedure dell'evidenza pubblica" e ... "La dottrina civilistica ha mostrato come la distinzione tra contratti di scambio e contratti con comunione di scopo ha avuto un valore sul piano conoscitivo, perché ha consentito di ricondurre il fenomeno associativo nell'ambito del contratto, come ha consentito di mettere in rilievo l'aspetto che, nei contratti con comunione di scopo, le prestazioni di altre parti non realizzano immediatamente l'interesse di ciascuno dei contraenti ma costituiscono il mezzo per poter attuare l'esercizio in comune dell'attività dal cui risultato positivo deriverà la soddisfazione dell'interesse che ha mosso le parti al contratto. La distinzione non ha invece valore sul piano della disciplina, perché l'appartenenza del contratto al tipo di quelli con comunione di scopo non è di ostacolo a che ad esso si applichino norme dettate in riferimento a contratti che rientrano nel tipo di quelli di scambio".*

<sup>54</sup> Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, Circolare del 6 dicembre 2004, cit.

non può intervenire con disciplina dettagliata nelle materie rimesse alla competenza esclusiva e concorrente delle regioni, è anche vero che non sono ammissibili interventi incisivi dello stesso in via amministrativa.

Peraltro i requisiti di tipo tecnico - qualitativo assumono, infatti, in sede di valutazione dell'offerta, lo stesso peso dei profili di tipo economico-finanziario che corredano la stessa.

La natura ontologica del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa si fonda, secondo la giurisprudenza interna<sup>55</sup> e comunitaria, sul raffronto tra dato economico e dato tecnico, incentrata parametri alla base del giudizio dell'amministrazione aggiudicatrice, e per cui vanno esplicitati nel bando di gara o nella lettera di invito.

Di conseguenza, in sede di bando di gara, vanno esplicitati i criteri che presidono l'effettuazione della selezione, indicando i valori numerici da attribuire ad ognuno di essi.

Questa soluzione, a ben guardare, appare obbligata non soltanto alla luce dei principi vigenti nell'ordinamento interno ma soprattutto in base alla puntuale applicazione delle prescrizioni contenute nella nota direttiva unificata 2004/18/CE, in materia di appalti di lavori, servizi e forniture.

L'art. 56 della richiamata direttiva detta una serie di regole che devono presiedere l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra cui spiccano l'indicazione in termini numerici dei valori attribuiti a ciascuno dei parametri di valutazione, previa definizione degli stessi in sede di bando di gara, fatta salva l'ipotesi di realizzazione di opere di particolare complessità per le quali la definizione dei parametri deve avvenire al più tardi nella lettera d'invito, secondo canoni di ragionevolezza ed obiettività<sup>56</sup>.

Il bando di gara, costituito, in parte, da una serie di elementi tipici, costituiti dalle prescrizioni in ordine alla pubblicità del bando, ai termini dell'invito, all'elencazione dei criteri di selezione ed, in parte, ad una serie di elementi peculiari del bando di

---

<sup>55</sup> *Ex multis*: T.A.R. Liguria, II, 7 settembre 2004, n. 1429, in *Foro Amm.*, TAR, 2004, pag. 2501, secondo cui: "L'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce il metodo dell'aggiudicazione degli appalti pubblici che, anziché collegarsi all'automatica valutazione della convenienza economica su base meramente quantitativa, si fonda sulla comparazione tra il dato economico e quello tecnico, che offre sì alla commissione giudicatrice un penetrante potere di valutazione discrezionale delle offerte, ma pure un complesso di parametri che ne guidano il giudizio e che, come tali, devono essere esplicitati nel bando di gara o nella lettera di invito, in particolare, di quali elementi si terrà conto per l'attribuzione dei relativi punteggi ed in quale ordine di importanza, la specificazione dei parametri numerici di valutazione".

<sup>56</sup> R. DE NICTOLIS, *La Corte di Giustizia CE e l'art. 21 della legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urb. e App.*, 2004, n. 11, pag. 126 e ss.

gara per la costituzione della società mista, soprattutto a seguito delle modifiche apportate dalle recenti riforme si connota da una parte per il nesso tra il contenuto del bando e la delibera consiliare di costituzione della società e dall'altra per il contratto di servizio, del quale gli elementi del bando costituiscono parte integrante<sup>57</sup>.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale, con la richiamata sentenza n. 274 del 2004 secondo cui il potere legislativo dello Stato in materia di tutela della concorrenza deve essere esercitato mediante la fissazione delle linee essenziali della materia, tutelando le prerogative regionali e locali.

Invero da parte della dottrina sono state avanzate perplessità in ordine alla predeterminazione del contenuto dello statuto societario nel bando di gara ed all'inserimento nello stesso dei patti parasociali.

La mancata indicazione dell'oggetto sociale, nonché dell'attività che la società si impegna a svolgere deve essere quindi determinata e non più generica come in precedenza<sup>58</sup>.

La gara deve essere effettuata: a) nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi ed ambientali e di equa distribuzione sul territorio, definiti dalle autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti locali; b) in base al miglior livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio; c) in base ai piani di investimento per lo sviluppo ed il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e la loro manutenzione, nonché in base ai contenuti di innovazione tecnologia e gestionale.

Altro aspetto di particolare rilevanza concerne le prescrizioni che il bando di gara dovrebbe contenere in ordine allo svolgimento da parte del socio industriale di prestazioni di carattere accessorio rispetto all'espletamento del servizio.

---

<sup>57</sup> G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit., par. 5.2. pag. 15 "Nel contempo, essendovi una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, se ne deve ricavare come quest'ultimo dovrebbe essere un socio industriale od operativo che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi di esso"; sic., M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., pag. 125, in relazione alla tipologia di gara per selezionare il socio privato: "Certo, affinché la previsione possa dirsi in armonia con l'ordinamento comunitario, sarà necessario che questa gara, sia per quel che attiene al meccanismo di svolgimento ed alla garanzie di concorrenzialità, sia per quel che attiene agli standard, venga condotta in modo sostanzialmente analogo a quanto previsto per le gare finalizzate all'individuazione del socio privato".

<sup>58</sup> A. ANNIBALI, *Brevi considerazioni tecniche sulla redazione degli statuti delle s.p.a. pubbliche, in conformità al nuovo diritto societario ed all'istituto dell'affidamento in house*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2004, n. 9.

Il richiamato principio della esternalizzazione delle attività di gestione delle reti non costituisce comunque una regola di carattere generale<sup>59</sup>; secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, l'obbligo di eseguire i lavori di competenza degli enti aggiudicatori mediante appalto, concessione<sup>60</sup>, ovvero in economia, non costituiva un obbligo inderogabile nemmeno nel sistema normativo antecedente alla *Merloni-quater*, nel vigore dell'art. 2, comma 5-*bis* della legge n. 109 del 1994, oggi abrogato dalla menzionata legge n. 166 del 2002.

La previsione normativa dell'art. 12 della legge n. 498 del 1992 e la relativa disciplina regolamentare contenuta nel D.P.R. n. 533 del 1996, appare confermata dal Consiglio di Stato nel parere n. 90 del 1996, nel quale viene dichiarata la legittimità e la conformità al diritto comunitario dell'estensione della disciplina regolamentare alla realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento dei servizi stessi, da parte delle società miste, purché il valore delle opere non risulti superiore a quello della prestazione principale.

Nel contesto normativo vigente, tra i criteri di selezione del soggetto gestore del servizio, ed, analogicamente, del socio privato di società mista, si scorgono il piano di investimento per lo sviluppo delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché quelli di innovazione tecnologica e gestionale.

La dottrina, per quanto concerne l'interpretazione del modello societario previsto dall'art. 113, comma 1°, lett. b) - secondo cui l'affidamento delle attività di manutenzione e rinnovamento delle reti e l'esercizio delle attività di progettazione può essere affidata al socio privato soltanto ove essa sia funzionale alla gestione del servizio ed il bando di gara abbia fatto espresso riferimento a tali lavori - sembra ritenere necessaria l'esternalizzazione delle attività medesime mediante gara.

In tal modo, la figura del socio imprenditore sarebbe assimilabile, secondo un indirizzo interpretativo, a quella di un sub-concessionario o sub-affidatario del

---

<sup>59</sup>Cfr. Consiglio di Stato, VI, 7 settembre 2004, n. 5845 in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), punto 5.3.6. della motivazione nella parte in cui si dice: "[...] già la stessa l- n. 415 del 1998 (*Merloni-ter*) consentiva una deroga al divieto assoluto di in house construction. Infatti, i concessionari possono eseguire in via diretta una percentuale dei lavori e, dunque, non hanno un obbligo assoluto di esternalizzazione. [...] Invero, l'obbligo di eseguire i lavori di propria competenza mediante appalto, concessione, ovvero in economia, non è un obbligo inderogabile, perché, si è visto, i concessionari potevano, già prima della *Merloni-quater*, eseguire in parte i lavori in via diretta. In secondo luogo, l'obbligo di esternalizzazione sancito dall'art. 2, comma 5-*bis* - abrogato dalla legge n. 166/2002 - assume il significato di impedire il cumulo, in uno stesso soggetto, del ruolo di stazione appaltante e di soggetto esecutore dei lavori, ma tale divieto di cumulo non può che afferire ai lavori di pertinenza del soggetto di cui si tratta".

<sup>60</sup> G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Riv. Trim. app.*, 1997, n. 3-4, pag. 493 ss.

servizio, al quale viene demandato lo svolgimento del servizio pubblico o di un segmento di esso, attraverso lo svolgimento di molteplici attività, latamente riconducibili all'esercizio dei pubblici poteri, che sono funzionali alla corretta gestione del servizio.

Secondo questa teoria, il modello concessorio costituirebbe lo strumento tecnico di riferimento per la regolamentazione dei rapporti tra ente concedente e soggetto privato che entra a far parte della società mista.

Vengono infatti ravvisati, nella formula organizzativa introdotta dall'art. 113, comma 1°, lett. b), i tratti tipici di tale figura, consistenti nel conferimento ad un soggetto estraneo all'amministrazione della legittimazione ad agire, in via esclusiva ovvero privilegiata, nell'area di servizio pubblico di cui essa sia titolare, fornendo direttamente all'utenza le prestazioni oggetto del servizio.

L'unico elemento distintivo riguarderebbe la scelta del socio tramite procedura ad evidenza pubblica, anziché attraverso una scelta *intuitu personae* da parte dell'amministrazione, che, tuttavia, non elimina il momento discrezionale di scelta da parte dell'amministrazione, esprimendosi nella definizione delle modalità di gestione del servizio e nella determinazione dei criteri di scelta del socio privato, cui fa seguito la costituzione di un rapporto tra amministrazione e soggetto terzo avente ad oggetto l'attività concessa.

Lo schema concessorio viene ritenuto da parte della dottrina perfettamente adattabile al sistema di affidamento diretto della gestione del servizio pubblico a società mista, reintrodotta dal D.L. n. 269 del 2003, ferma restando la necessità di selezione del socio privato mediante procedura ad evidenza pubblica, secondo i noti principi affermati dalla giurisprudenza in materia.

Si ravvisano, infatti, gli elementi costitutivi di tale modello nella sussistenza di una vicenda traslativa che si configura nel momento in cui l'amministrazione trasferisce una situazione giuridica che le è propria nei confronti del privato, nel caso di specie costituita dalla gestione di fasi o segmenti del servizio pubblico, a fronte della percezione dei corrispettivi della gestione da parte del privato concessionario, dando così vita ad un rapporto trilaterale tra amministrazione, privato concessionario ed utenza.

Secondo altra e diversa impostazione, l'introduzione del modello societario per la gestione dei servizi pubblici locali comporta l'applicazione delle regole proprie del diritto societario, come corollario della configurazione delle società miste come ordinari soggetti di diritto privato.

Sicché, andrebbe radicalmente escluso che l'inquadramento dei rapporti tra ente concedente e socio privato possa essere ricondotto al modello concessorio, dovendosi piuttosto fare riferimento agli strumenti civilistici di regolamentazione del

rapporto, con particolare riferimento allo strumento del contratto di servizio, che disciplina i rapporti tra ente pubblico e soggetto erogatore del servizio.

8. ... *sulla natura giuridica del contratto di servizio.*

Una parte della dottrina ha sottolineato la frammentarietà e la disomogeneità del quadro normativo nazionale di disciplina del contratto di servizio; non è chiaro se si tratti di uno strumento privatistico, in conformità con quanto prevede il diritto comunitario, oppure se esso presenti i tratti di un atto amministrativo.

L'ambito di operatività del contratto di servizio sembra, nel contesto di alcune discipline di settore, intersecarsi rispetto agli altri strumenti di regolazione della gestione dei servizi pubblici, quali, il contratto di programma o la stessa concessione<sup>61</sup>.

Al contrario, nel quadro legislativo generale, il contratto di servizio è l'unico strumento di regolamentazione dei rapporti tra ente concedente e gestore del servizio.

Ciò costituirebbe, secondo una dottrina, una tappa decisiva del processo di progressiva oggettivizzazione del diritto privato, come disciplina di attività di interesse generale e come strumento di regolamentazione dell'assetto giuridico dei beni, tanto pubblici quanto privati, destinati all'espletamento dei servizi pubblici.

In linea generale, l'impostazione che vede le società miste come soggetti giuridici disciplinati dal diritto comune appare coerente con la ricostruzione adottata dal Consiglio di Stato, a partire dal parere n. 90 del 1996, nel quale viene espressamente statuito che *il rapporto tra Ente e privato è disciplinato dal contratto di società e dagli atti negoziali stipulati in conseguenza di questo, sicché non sembra possibile postulare l'esistenza di ulteriori fonti di un nuovo rapporto concessorio fra ente pubblico e società.*

In questa prospettiva, la disciplina delle prestazioni accessorie da parte del socio imprenditore va più correttamente inquadrata ai sensi dell'art. 2345 c.c.

Tale disposizione, come noto, prevede che l'atto costitutivo di società per azioni, oltre all'obbligo dei conferimenti, possa stabilire l'obbligo dei soci di eseguire prestazioni accessorie non consistenti in denaro, determinandone il contenuto, le modalità ed il compenso, stabilendo le sanzioni in caso di inadempimento.

La *ratio* della norma viene ravvisata nella possibilità per la società di vincolare i soci ad effettuare a favore della stessa prestazioni che non possono formare oggetto di

---

<sup>61</sup> M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, p. 933-936.

conferimento ma che comunque sono finalizzate alla realizzazione dell'oggetto sociale e degli scopi che la società si prefigge.

Da ciò deriva il carattere nominativo delle azioni gravate da prestazioni accessorie ed i limiti posti dalla legge alla loro circolazione, per la quale è richiesto il consenso degli amministratori, in considerazione del fatto che il trasferimento delle azioni gravate da prestazioni accessorie comporta in capo all'acquirente l'obbligo di esecuzione delle stesse.

Per ciò che concerne l'applicabilità dell'istituto alla materia in esame<sup>62</sup>, va detto che, il giudice amministrativo, in alcune pronunce, ha riconosciuto alle s.p.a. a partecipazione locale la possibilità di includere nel proprio oggetto sociale anche la realizzazione di opere accessorie allo svolgimento del servizio pubblico, includendovi la fase di progettazione.

Tuttavia, si rinvencono orientamenti di segno contrario, secondo cui l'attività di progettazione esterna di opere pubbliche non costituisce gestione del servizio pubblico e pertanto va affidata, nel rispetto della normativa sugli appalti di lavori pubblici, a società di ingegneria o liberi professionisti.

Al fine di evitare erronee interpretazioni, può essere utile il riferimento all'orientamento del giudice civile che ritiene ascrivibile allo schema dell'art. 2345 c.c. l'affidamento al socio di s.p.a. di attività di carattere intellettuale, rientranti nel novero delle prestazioni protette, seguendo un *iter* argomentativo che può ritenersi applicabile all'espletamento da parte del socio industriale di attività accessorie, che in molti casi si traduce nello svolgimento di incarichi di progettazione, controllo ed alta sorveglianza.

Del resto, la rilevata propedeuticità delle attività accessorie, rispetto alla gestione del servizio, ben si attaglia alla configurazione del socio privato come socio imprenditore, ossia come figura attiva che si obbliga allo svolgimento di tutte quelle attività che contribuiscono al miglioramento del servizio e, quindi, alla realizzazione dell'oggetto sociale, secondo il tenore dell'art. 2345 c.c.

Accedendo a tale ricostruzione, la posizione del socio imprenditore ricade non soltanto nei termini di "obbligo", ma altresì di "diritto" allo svolgimento delle medesime.

Infatti, benché l'art. 2345 c.c. si esprima nel senso della sussistenza di una "obbligazione per il socio", tuttavia la sussistenza del principio generale della bilateralità dei rapporti giuridici e la previsione di un conguaglio per il socio industriale, inducono a pensare che possa parlarsi di un vero e proprio diritto di

---

<sup>62</sup> Vedi E. PICOZZA, *Attribuzione ed esecuzione del contratto di servizio pubblico*, in *Relazione tenuta al corso ITA*, Roma, 19 e 20 febbraio 2003.

questi all'esecuzione delle prestazioni accessorie ed alla corresponsione del relativo corrispettivo<sup>63</sup>.

In verità, nonostante la sussistenza di un indirizzo fondato sulla ravvisabilità di elementi propri della concessione nel rapporto tra socio industriale ed ente concedente, va osservato che la giurisprudenza in materia, a partire dalla metà degli anni '90, ha posto l'accento sull'alternatività del modulo organizzativo della società mista rispetto alla concessione a terzi, sottolineandone la differenza ontologica, la diversità di presupposti e l'applicabilità delle regole proprie del diritto comune.

Ad avviso di chi scrive, se l'ottica del legislatore delle riforme del 2001 e del 2003 si è orientata nel senso della configurazione del modello societario come strumento finalizzato a raggiungere dimensioni di erogazione dei servizi più competitive sul piano europeo<sup>63</sup>, non si può legittimare un irrigidimento della disciplina della società mista e dei rapporti giuridici che la riguardano.

Si imporrebbe così l'utilizzo di strumenti di diritto privato nell'ambito dei quali la prestazione del consenso ai fini della produzione degli effetti giuridici costituisce un argine sufficiente per fare a meno del principio della tipicità, ponendosi così *la riconduzione dell'erogazione del servizio pubblico nell'ambito dell'organizzazione in forma d'impresa*.

Per quanto concerne le attività contrattuali poste in essere "a valle" dalla società mista, ci si chiede se in questo caso si debbano seguire le regole dell'evidenza pubblica ovvero le ordinarie regole del diritto privato.

Secondo un indirizzo più strettamente civilistico, andrebbero privilegiati strumenti contrattuali che snelliscano l'acquisizione di beni e forniture strumentali allo svolgimento dell'attività posta in essere dai soggetti gestori dei servizi<sup>64</sup>.

*A contrario* le s.p.a. miste, in qualità di soggetti ai quali la pubblica amministrazione trasferisce l'esercizio di funzioni istituzionali ed amministrative, nel rispetto del principio di legalità sancito dall'art. 97 Cost., sarebbero tenute a rispettare le regole pubblicistiche che disciplinano l'attività della P.A. in ordine alla scelta dei propri contraenti.

Qualora, infatti, le società rientrino nella nozione soggettiva di "amministrazione aggiudicatrice", e quindi di organismo di diritto pubblico, ai sensi del diritto interno e comunitario, saranno tenute a selezionare i propri contraenti mediante procedure ad evidenza pubblica.

---

<sup>63</sup> Su tutti, A. CATRICALÀ, *La tutela privatistica degli interessi pubblici nei confronti delle public companies*, in *Rass. Giur. en. el.*, 1999, pp. 749 ss.

<sup>64</sup> A. CATRICALÀ, *op. cit.*

Diversamente opinando, seguendo l'opposta interpretazione, una conferma del carattere strettamente privatistico della società mista e della sua alterità rispetto all'apparato amministrativo dell'ente locale, potrebbe scorgersi nella disciplina contenuta nel comma 12 dell'art. 113 t.u.e.l., così come riformato dal D.L. n.269 del 2003.

Benché tale disposizione appaia problematica sotto il profilo applicativo, la previsione della possibilità per l'ente locale di cedere le proprie quote nelle società erogatrici dei servizi rappresenta una prova della distinta soggettività giuridica dell'ente socio rispetto alla società.

Infatti, secondo un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, la cessione di partecipazioni sociali costituisce corollario del postulato secondo il quale il socio alienante e la società sono soggetti di diritto distinti tra loro, sicché i beni sociali non appartengono al socio alienante ma costituiscono il patrimonio di un distinto soggetto di diritto.

Inoltre, la lettura effettuata dalla dottrina secondo cui lo strumento della società mista, ex art. 113, comma 5, lett. b), rappresenta una forma di collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori nella gestione di un servizio pubblico, evoca il concetto di partenariato tra pubblica amministrazione e privati imprenditori, introdotto dalla Direttiva 2004/18/CE, come strumento di cooperazione tra le autorità pubbliche e le imprese per la realizzazione dei lavori pubblici e la gestione dei servizi.

Dalle indicazioni fornite dalla Commissione UE<sup>65</sup> in ordine all'utilizzo di tale strumento, si desume che esso è finalizzato a snellire le forme di organizzazione e gestione di lavori e servizi pubblici e deriva dalla volontà delle pubbliche amministrazioni di beneficiare del *know-how* e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica.

L'evidente affinità dello strumento della società mista con la figura in esame costituisce una ulteriore conferma in ordine alla necessità di applicare l'apparato di regole proprie del diritto comune, sia per ciò che concerne la costituzione delle società, sia per quanto riguarda l'attività della stessa.

#### *9. La recente riforma dei servizi pubblici locali: le principali modifiche apportate dal legislatore nazionale in materia di affidamento e gestione.*

Le superiori riflessioni ci consentono di soffermarci sulla qualificazione di *servizio pubblico locale* che spetta a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal

---

<sup>65</sup> C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, pp. 496-497.

perseguimento di scopi sociali in base a scelte di carattere eminentemente politico mentre, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta, per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente, ad una figura soggettiva di rilievo pubblico<sup>66</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ritiene, inoltre, che possa configurarsi un *servizio pubblico locale* ogniqualvolta un'Amministrazione comunale si proponga di svolgere "compiti di miglioramento e di perfezionamento della società.

L'importanza politica ed economica dei servizi pubblici locali nel panorama giuridico nazionale ha mosso il legislatore ad apportare, con l'art. 23-*bis* del D.L. n. 112/2008, così come modificato dalla legge di conversione n. 133/2008 e, di recente, con la legge 20 novembre 2009, importanti novità in tema di *affidamento* e di *gestione* dei medesimi<sup>67</sup>.

L'art. 18 del suddetto D.L. n. 112/2008, così come recentemente novellato dalla conversione in legge, con modificazioni, del D.L. n. 78 del 1° luglio 2009 (L. n. 102 del 03.08.2009), ha stabilito che, a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione, le società che gestiscano servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del D. Lgs. n. 165/2001.

Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo dovranno adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità<sup>68</sup>.

Le disposizioni che stabiliscono a carico delle Amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 e s. m. i., divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'Amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi

---

<sup>66</sup> Cfr. C.d.S., Sez. V, sent. n. 7369/2006. In dottrina, vedi E. CHITI, "Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia", in *Urb. e app.*, 1999; G. ALPA, A. CARULLO E A. CLARIZIA, "Le s.p.a. comunali per la gestione dei servizi pubblici", Milano, 1998; C. VOLPE, "Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o introduzione di un modello," in *Urb. e app.*, 2003; R. GAROFOLI, "Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione", in *Urb. e App.*, 1997.

<sup>67</sup> Cfr. G. GUZZO, "Le società costituite e partecipate dagli enti locali tra incertezze giurisprudenziali e codificazione legislativa", *LexItalia.it - Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 9/2008.

<sup>68</sup> Tali disposizioni non si applicano, in realtà, alle società quotate su mercati regolamentati

carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della Pubblica Amministrazione a sostegno di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della Pubblica Amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'art. 1, comma 5, L. n. 311/2004.

Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'Interno e per i rapporti con le Regioni, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del D. Lgs. n. 281/1997 e s.m.i., emanata entro il 30 settembre scorso, sono stati definiti i termini per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della Pubblica Amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

Con la citata conversione in legge, con modificazioni, del D.L. n. 78/2009 (L. n. 102 del 03.08.2009), recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali, il legislatore nazionale è così intervenuto sulla originaria formulazione dell'art. 18 del D.L. n. 112/2008, convertito con modifiche con L. n. 133/2008.

La tutela, tra l'altro, del diritto di tutti gli utenti all'universalità ed alla accessibilità dei servizi, la garanzia di un adeguato livello di tutela secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione, ha ispirato lo stesso art. 23-bis del D.L. n. 112/2008; quest'ultimo stabilisce, come superiormente specificato, le nuove regole per l'*affidamento* e la *gestione* dei servizi pubblici locali *di rilevanza economica*<sup>69</sup>, che prevalgono sulle precedenti discipline di settore con esse incompatibili, così come di recente novellato dalla legge n. 166 del 2009.

Deve ritenersi, pertanto, *di rilevanza economica*, quel servizio che concerne un settore per il quale esiste, quantomeno potenzialmente, una redditività e, quindi, una competizione sul mercato di riferimento, a prescindere dalla previsione di forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione.

---

<sup>69</sup> Vedasi in materia di servizi di rilevanza economica la legislazione regionale ovvero la fonte locale, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2004 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 113-bis.; sul punto, A. PURCARO, "Servizi pubblici locali: gli affidamenti in house providing dopo la conversione del decreto legge 112/2008. Brevi note all'art. 23-bis", in *LexItalia.it* - Rivista Internet di diritto pubblico, in n. 9/2008, pag. <http://www.lexitalia.it>.

Può considerarsi, a contrario, *privo di tale rilevanza*<sup>70</sup>, quello che per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione, non rilevando quindi ai fini della concorrenza.

Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali *di rilevanza economica* avviene, *in via ordinaria*: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo della Comunità Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla precedente lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

L'operatore potrà qualificare, pertanto, quali servizi a rilevanza economica, tutti quei servizi pubblici locali assunti dall'ente, che siano gestiti con metodo economico, laddove la tariffa richiesta all'utente assolve allo scopo di coprire integralmente i costi di gestione.

L'Amministrazione affidante la gestione del servizio – è bene sottolineare – deve dare adeguata pubblicità alla sua scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e trasmettere, contestualmente, un documento contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per un parere preventivo da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione<sup>71</sup>.

L'AGCM, in forza dell'autonomia organizzativa e funzionale attribuita dalla L. n. 287/1990 e s.m.i., individua, con propria delibera, le soglie oltre le quali gli

---

<sup>70</sup>I servizi pubblici locali *di rilevanza non economica*, ove ricorrano particolari condizioni, possono essere dati in concessione a terzi, solo nell'ipotesi in cui l'affidamento avvenga sulla base di procedure ad evidenza pubblica, secondo quanto stabilito dall'art. 113-bis del D.Lgs. n. 267/2000; quest'ultima disposizione stabilisce che, anche con riguardo ai servizi pubblici locali, le procedure di scelta del contraente non possono sottrarsi ai principi dell'evidenza pubblica, potendo essere affidati solo a soggetti individuati attraverso l'espletamento di gare con procedure di tipo concorsuale, limitandosi con ciò alla P.A. la possibilità di ricorrere alla trattativa privata alle sole ipotesi espressamente stabilite dalla legge. Cfr. C.d.S., Sez. VI, sent. n. 489 del 4 agosto 2009. L'intero assetto normativo dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, così come risultante dalle disposizioni di cui all'art. 113-bis del D.Lgs. 267/2000, è stato radicalmente modificato a seguito della pronuncia di incostituzionalità della Corte Costituzionale n. 272/2004.

<sup>71</sup> Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole. Cfr., art. 15, comma 1, lett. a) e b) del D.L. 25 settembre 2009 n. 135

affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del suddetto parere<sup>72</sup>.

Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati. E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa; in questo caso, la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

Le Regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del D.Lgs. n. 281/1997 e s.m.i., possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi "deboli" nel quadro di servizi economicamente più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale<sup>73</sup>.

Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le Regioni ed entro il 31.12.2009, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del D.Lgs. n. 281/1997 e s.m.i., nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta uno o più regolamenti, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della Legge n. 400/1988, al fine di<sup>74</sup>: a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari cosiddetti *in house* di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, tenendo conto delle scadenze<sup>75</sup> fissate al comma 8 del citato art. 23-bis, e l'osservanza da parte delle società *in house* e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale<sup>76</sup>; b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'art. 118 Cost., che i Comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata; c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi

<sup>72</sup> Vedi art. 15, comma 1, lett. c) del D.L. 25 settembre 2009 n. 135.

<sup>73</sup> Il comma 8 dell'art. 23-bis stabilisce il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 del medesimo testo normativo

<sup>74</sup> Cfr. art. 15, comma 1, lett. e) del D.L. 25 settembre 2009 n. 135

<sup>75</sup> S. COLOMBARI, *I "regimi transitori" e le salvaguardie nel settore idrico e negli altri pubblici servizi: rapporti con l'art. 113 del TUEL ed effetti del rinvio ai regolamenti attuativi. Le garanzie sugli affidamenti difformi ed i vincoli di progressivo riallineamento delle gestioni sul modello ordinario*, in *Atti del Convegno sulla "Riforma dei servizi pubblici locali"*, Bologna, 17 novembre 2008.

<sup>76</sup> Cfr. art. 15, comma 1, lett. f) del D.L. 25 settembre 2009 n. 135

pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità; d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua; e) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere; f) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale; g) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti; h) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio; i) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale, anche con riguardo agli utenti dei servizi.

La precedente normativa relativa ai servizi pubblici locali a rilevanza economica, contenuta nell'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000 è, pertanto, abrogata nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al citato art. 23-bis<sup>77</sup>. Restano in ogni caso salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del predetto D.L. n. 112/2008<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Con riferimento invece ai servizi pubblici locali a rilevanza economica, la norma di riferimento fino alla data di entrata in vigore della L. n. 133/2008 era contenuta nell'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000, nella versione risultante dalla modifica operata dall'art. 14, comma 1, lettera a), della L. n. 326/2003, che al comma 5, così prevedeva: *"L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"*

<sup>78</sup> S. POZZOLI, *Una prima lettura delle novità nel settore dei servizi pubblici locali alla luce dell'art. 23 bis del D.L. 112/2008*, in *Atti del Convegno, cit.*, Bologna 17 novembre 2008.

10. *Le attuali prospettive giurisprudenziali in materia tra disciplina interna e diritto europeo.*

In particolare, di recente, gli indirizzi giurisprudenziali comunitari e di diritto interno si sono mossi lungo le seguenti linee interpretative. Secondo la recente pronuncia della Corte di Giustizia 10 settembre 2009 C-573/07, la gestione affidata da un ente locale in via diretta, *in house*, a società interamente pubblica da esso partecipata è legittima anche se la partecipazione è minoritaria; la società deve svolgere il servizio solo nell'ambito territoriale degli enti locali che ne detengono il capitale.

I giudici comunitari affermano pertanto che il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in due circostanze: a) l'attività della società deve essere limitata al territorio degli enti che possiedono il capitale sociale ed essere esercitata fondamentalmente a loro beneficio, b) tramite organi statutari composti dai rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società. Si impone dunque una lettura restrittiva del regime degli affidamenti in parola.

La citata pronuncia è stata immediatamente preceduta da un orientamento del T.A.R. Toscana, Sez. I, 8 Settembre 2009, n. 1430<sup>79</sup> secondo cui si configura una illegittimità dell'affidamento di un servizio pubblico a rilevanza economica da parte di un Comune per non aver trasmesso gli atti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato al fine di acquisirne il prescritto parere.

Gli affidamenti in deroga disciplinati dall'art. 23 bis, comma 3, del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008 n. 133, devono avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria; pertanto, l'ente locale che intenda affidare un servizio pubblico locale ai sensi della suddetta disposizione, deve presentare una richiesta di parere, corredata dalle informazioni e dai documenti rilevanti, all'Agcm, prima di adottare la deliberazione di affidamento del servizio e, in ogni caso, in tempo utile per il rilascio del prescritto parere.

---

<sup>79</sup> Il servizio pubblico di illuminazione votiva dei cimiteri comunali è un servizio pubblico locale a rilevanza economica e fruizione individuale, poiché richiede che il concessionario impieghi capitali, mezzi, personale da destinare ad un'attività economica rilevante in quanto suscettibile, quanto meno potenzialmente, di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore. Pertanto, nel caso di specie è viziata la delibera con cui il comune ha affidato in toto, alla società concessionaria, il servizio di illuminazione votiva, richiamando l'art. 113 bis del t.u.e.l. (D.Lgs. n. 267/2000), sull'erroneo presupposto che il servizio di cui trattasi costituisca "servizio pubblico privo di rilevanza economica".

L'ente locale deve fornire quindi alla predetta Autorità una relazione contenente gli esiti delle indagini di mercato, da cui risulti la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica nonché le dovute informazioni circa le modalità con le quali sono stati resi pubblici gli elementi di cui sopra. L'autorità quindi rilascia il parere previsto, ma in caso di incompletezza delle informazioni può fissare un termine per il completamento della richiesta di parere. All'esito della procedura, l'ente locale deve tener conto del parere rilasciato.

In seno alla richiamata pronuncia di merito del settembre 2009 si considera illegittimo il provvedimento del Comune che ha stabilito la gestione diretta del servizio di illuminazione votiva del cimitero comunale e ha affidato la riscossione dei proventi ad una società interamente partecipata dal comune, in quanto è stato adottato in violazione dell'art. 23 *bisd.l.* n. 112/2008, non essendo stato adempiuto l'obbligo di trasmettere gli atti all'Autorità al fine di acquisirne il prescritto parere.

La *ratio* logico-giuridica seguita dalla pronuncia di merito ricalca le orme del precedente – seppur di poco- arresto del Consiglio di Stato Sez. V, 27/08/2009 n. 5097, secondo cui si considera illegittimo l'affidamento diretto del servizio di gestione di un impianto natatorio comunale ad una società a capitale interamente posseduto dal comune, disposto in ottemperanza del disposto degli artt. 1, 2 e 5 della l. R. Lombardia n. 27 del 2006, in base ai quali può essere affidata direttamente la gestione degli impianti sportivi senza rilevanza economica, precisandosi (art. 2, c.1) che tali sono "quelli che per caratteristiche, dimensioni e ubicazione sono improduttivi di utili o produttivi di utili esigui, insufficienti a coprire i costi di gestione"<sup>80</sup>.

E' bene all'uopo precisare quali siano i requisiti che devono sussistere per ritenere legittimo l'affidamento *in house* in favore di una società partecipata da più enti pubblici.

In caso di affidamento *in house* in favore di società partecipata da più enti pubblici, per verificare se sussiste il presupposto del controllo analogo si applica il criterio sintetico fondato sui rapporti tra la collettività degli enti pubblici soci rispetto alla società affidataria. Ai fini della configurabilità di un "controllo analogo", non è

---

<sup>80</sup> Sebbene, infatti, l'impianto sia di modeste dimensioni, e venga gestito con finalità eminentemente sociali, per consentire l'accesso al nuoto di fasce reddituali modeste, e ciò sarebbe comprovato da un disavanzo di gestione, il servizio da gestire riveste senza dubbio rilevanza economica, sia in considerazione della almeno potenziale redditività del medesimo, che della complessiva attività sociale svolta dalla società affidataria, che ha un oggetto sociale eterogeneo, che ricomprende sia attività a rilevanza sociale che economica. Difatti, ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dalla p.a., ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il connotato della "redditività", anche solo in via potenziale

necessaria la ricorrenza, in capo ad un socio pubblico, del potere di controllo delineato dai primi due commi dell'art. 2359 c.c.; è imprescindibile tuttavia che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario sia effettivo, ancorché esercitato congiuntamente e, deliberando a maggioranza, dai singoli enti pubblici associati.

Recenti decisioni del Consiglio di Stato hanno precisato che possono definirsi strumentali all'attività degli enti locali, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali la stessa amministrazione provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture designate a svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, ma devono in ogni caso essere costituite sulla base di scelte necessitate ed unicamente per il perseguimento di finalità istituzionali.

Tra l'altro, è palesemente illegittima la partecipazione di una società alla gara indetta dal Comune per l'affidamento dell'appalto della gestione di un servizio per violazione dell'art. 113, c. 6, del d.lgs. n. 267/00, nell'ipotesi in cui la società sia già affidataria diretta di servizi pubblici locali in diversi comuni.

L'opzione di internalizzare un servizio pubblico appare in generale conforme all'applicazione del principio di buona amministrazione. L'ente locale e più precisamente il Consiglio comunale è competente in materia di servizi pubblici esclusivamente in ordine all'organizzazione dei servizi stessi ed agli atti espressione della funzione di governo con esclusione di quelli gestionali.

Con il menzionato parere n. 456 del 2007 reso dal Consiglio di Stato, sez. II, si è ritenuto che la scelta del partner privato a mezzo procedura ad evidenza pubblica equivale ad affidamento con gara del servizio. Ha precisato tuttavia che il ricorso alla figura della società mista affidataria diretta del servizio deve avvenire a condizioni tali da fugare dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza. Tali condizioni ricorrono allorché la gara per la scelta del socio sia preordinata alla individuazione del socio industriale od operativo che concorra materialmente allo svolgimento del servizio pubblico e, che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prescrivendo e chiarendo sin dagli atti di gara modalità per l'uscita del socio stesso per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

Ne consegue che al momento della decadenza dell'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società a partecipazione pubblica maggioritaria in cui è incontestata la scelta del socio privato con procedura di evidenza pubblica, verrebbe meno la principale condizione per poter considerare legittimo l'affidamento del servizio, in

quanto la scelta a monte del socio privato con procedura di evidenza pubblica ha esaurito il suo effetto con la scadenza della convenzione il cui rinnovo impone la procedura dell'evidenza pubblica.

In tal modo si attua una modalità di affidamento diretto del servizio in contrasto con i principi di matrice comunitaria di tutela della concorrenza e si configura l'ipotesi del "socio stabile" che nel parere n. 456 del 2007 su citato è situazione in contrasto con i principi della concorrenza nel libero mercato<sup>81</sup>. Per quanto l'interpretazione del dato normativo sia resa difficile da una certa mancanza di sistematicità, pur volendo accedere ad una ricostruzione del modello della società mista e della posizione del socio improntato a logiche pubblicistiche, è necessario cercare soluzioni interpretative che favoriscano la certezza giuridica e si pongano in aderenza con il pensiero della giurisprudenza in materia.

Infatti, secondo le più recenti pronunce della giurisdizione amministrativa ed anche della Corte Costituzionale<sup>82</sup>, si comprende come il *trend* interpretativo sia orientato nel senso dell'applicazione del regime normativo di diritto comune per tutto quanto concerne l'operato delle società miste, dal momento della loro costituzione e per tutto il periodo di esistenza della società.

I profili sopra delineati non possono comunque non essere analizzati se non evidenziando il contenuto della Comunicazione interpretativa della Commissione europea, rubricata C-2007/6661, risalente al 5 febbraio 2008, in applicazione del diritto comunitario in tema di appalti e concessioni alle società miste pubblico – privato.

Il quadro normativo delineato dalla giurisprudenza comunitaria *in subiecta materia* appare, anche alla luce delle più recenti pronunce del Consiglio di Stato e del CGARS, comunque non molto definito. In verità, le soluzioni espresse dai due principali organi di giustizia amministrativa invero creano incertezza negli operatori del diritto. Tra l'altro, è stata prospettata la responsabilità della P.A., per violazione

---

<sup>81</sup> C. E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, commento a Corte di Giustizia delle Comunità europee, grande sezione, 9 giugno 2009, causa C-480/06), in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 10, pagg. 1176-1182; G. PALLIGGIANO, *Affidamento in house: il "controllo analogo" va verificato secondo un criterio generale. La scelta del metodo cosiddetto sintetico facilita le esigenze degli enti territoriali*, nota a Cons. di Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082), in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 37, pagg. 54-64; L. DE PAULI, *Gli enti in house e l'evidenza pubblica «a valle»*, nota a Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765), in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 9, pagg. 1104-1110.

<sup>82</sup> G. CORSO – G. FARES, *Crepuscolo dell'in house?* (Nota a Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 439), in *Il foro italiano*, 2009, fasc. 5, parte I, pagg. 1319-1324.

di norme e di principi che avrebbero procurato procedure di infrazione da parte delle autorità europee nei confronti dell'Italia<sup>83</sup>.

Lo scopo della Comunicazione è quello di utilizzare moduli societari che recepiscono al meglio le esperienze di settore maturate da soggetti privati al fine di garantire la fruizione dei servizi da parte della collettività. Come sopra rilevato, la mancanza di una disciplina organica ha portato la giurisprudenza comunitaria a ritenere che una modesta partecipazione privata al capitale sociale di un'impresa partecipata dalla P.A. impedisca l'affidamento diretto del servizio e che il modulo organizzativo di riferimento è, comunque, tenuto al rispetto della normativa comunitaria in materia di appalti.

I giudici lussemburghesi al riguardo non hanno posto alcun limite a che società miste o pubbliche siano confinate entro l'ente locale che le ha costituite o partecipate e, pertanto, non è ravvisabile alcuna violazione dello stesso art. 41 Cost. che preserva il mercato da alterazioni della concorrenza e da fenomeni distorsivi delle regole della concorrenza<sup>84</sup>.

Si prevede altresì che la libertà di iniziativa economica privata non si svolga in contrasto con l'utilità sociale; né tampoco è possibile ravvisare una violazione palese dell'art. 13 del d. l. 223/2006 come convertito in legge n. 248/06 e s. m. ed integrazioni<sup>85</sup>.

L'attuale applicazione del disposto di cui all'art. 23 – *bis* del D.L. 112/2008, nel testo modificato dall'art. 35 del D.L. 135/2009, oggi convertito in legge, non può infatti non tener conto della tutela degli utenti dei servizi.

---

<sup>83</sup> Cfr. questione pregiudiziale sollevata con l'ordinanza n. 164 del 2008 del T.A.R. Catania, ex art. 234 del Trattato Ue, tesa a chiarire se la ricostruzione della procedura di affidamento di un servizio pubblico locale, così come concepito dal Consiglio di Stato con il parere n. 456/2007 della Sezione II e la sentenza n. 1 della Ad. Plen. sia in linea con i noti principi comunitari di parità di trattamento, di divieto di discriminazione e di libera concorrenza.

<sup>84</sup> C. ALBERTI, *op. cit.*, p. 495; B. MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, commento a Cass. Civ. SS.UU. 16/09/2003, n. 13613 in *Urb. ed appalti*, 2003, fasc. n. 12, p.1419 ss.

<sup>85</sup> Esso stabilisce che " 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 dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipati 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". Cfr. G. Guzzo, *Affidamenti in house. Corte di Giustizia e Consiglio di Stato: convergenze parallele. Extraterritorialità, regime transitorio e concorrenza delle società miste secondo la più recente teoria del giudice amministrativo e del legislatore italiano*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2 agosto 2006.

La scelta di campo postula il regime della doppia gara: una tesa alla scelta del partner privato, l'altra volta all'affidamento della gestione del servizio.

L'indirizzo della Commissione europea, secondo il quale non sarebbe necessaria la doppia gara nel momento in cui si percorre la via non sempre agevole del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, altresì denominato IPPP, rapportabile alla c.d. società mista, è stato superato dai recenti arresti dell'Adunanza Plenaria.

Quando si è in presenza di servizi pubblici locali "la costituzione di una tale società, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio".

Ci si chiede dunque, *prima facie*, quale sia l'indirizzo da seguire; la normativa comunitaria certamente, come è noto, è di carattere sopranazionale ed in caso di contrasto con il diritto interno, non può che prevalere. Nello stesso tempo ragioni di ordine pratico e rispondenti ad un'ottica di celerità procedimentale, sembrerebbero far optare per gli orientamenti dei giudici di Palazzo Spada.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, sarebbe preferibile forse seguire l'orientamento della Commissione europea per i motivi che seguono. *In primis*, ciò traspare dall'ovvia ragione che il diritto comunitario in caso di contrasto con la normativa nazionale certamente prevale.

Se si segue il percorso argomentativo sin qui indicato, lo stesso comma 5 dell'art. 113, D.Lgs. 267/2000 (c.d. TUEL), alla luce delle modifiche normative del 2009, disciplina l'affidamento del servizio ad una società mista, operando in tal modo, un rinvio dinamico alla normativa comunitaria<sup>86</sup>.

Il partenariato istituzionale deriva comunque o dalla costituzione di una società mista oppure dalla partecipazione del privato ad una società pubblica costituita "a monte". La disciplina comunitaria richiede l'applicazione di una procedura trasparente e non discriminatoria anche ai fini della scelta del partner privato ed ai fini dell'affidamento del servizio.

Nell'ipotesi in cui si verta nella materia degli appalti di cui alle direttive n. 2004/18/CE e n. 2004/17/CE – recepite nel nostro paese con il c.d. Codice De Lise n. 163/2006 – si deve applicare la normativa di dettaglio. In caso contrario dovranno essere osservati i principi comunitari di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità. La Commissione sembra abbia operato un distinguo tra la creazione

---

<sup>86</sup> Il suddetto articolo infatti testualmente dispone che "l'erogazione del servizio avviene nel rispetto della normativa dell'Unione Europea, con conferimento della titolarità del servizio a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza".

di una società il cui capitale sia detenuto dal soggetto pubblico e dal socio privato cui affidare il contratto pubblico e la concessione e la partecipazione di un socio in una società pubblica già presente formalmente e sostanzialmente.

Secondo le direttive comunitarie non è assolutamente necessario bandire due gare; è sufficiente infatti operare una scelta del socio privato dell'IPPP tramite una unica procedura, avvalendosi del ricorso alla negoziazione oppure al dialogo competitivo. In particolare, il contratto tra l'amministrazione e il socio privato deve prevedere cosa accade nel caso in cui la società mista non riceve altri affidamenti in futuro o se i contratti già assegnati non sono prorogati, in modo che siano rispettati i citati principi di trasparenza e di parità di trattamento.

#### 11. Conclusioni.

Per le considerazioni sopra poste in rilievo non vi è dubbio che, nonostante gli apporti giurisprudenziali di diritto nazionale e comunitario, non si sia ancora del tutto dipanato lo stato di incertezza sulla disciplina dei servizi pubblici locali<sup>87</sup>. Non è ipotizzabile la previsione di un modello definitivo di società mista in quanto non sussistono precise indicazioni sia da parte del legislatore sia da parte della giurisprudenza comunitaria<sup>88</sup>. L'unico dato di fatto consisterebbe nel fatto che gli ultimi arresti dell'Adunanza Plenaria aprono il varco ad ulteriori interventi giurisprudenziali e dottrinali nell'ambito del diritto interno, senza poter prescindere tuttavia dai contributi della normativa comunitaria.

Sarebbe auspicabile che l'intervento della Corte di Giustizia in futuro sia ancor più chiarificatorio e permetta di tracciare un cammino entro gli angusti percorsi giurisprudenziali e dottrinali fin qui indicati.

A ciò si dovrebbe accompagnare la scelta del socio privato legato non più ad un soggetto economico generalista ma ad una società con compiti e funzioni ben definite ed articolate, a guisa che siano rispettati i principii di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa nonché di buon andamento della Pubblica amministrazione, a vantaggio dei bisogni della collettività. Soltanto in tal modo, si potrebbe elaborare una nuova e puntuale disciplina della materia degli affidamenti *in house* e superare le incertezze ad oggi presenti nel vasto panorama giurisprudenziale e dottrinario.

---

<sup>87</sup> A. VIGNERI, *Questioni di attualità nelle modalità di gestione dei servizi pubblici locali*, in [www.astrid.it](http://www.astrid.it); IDEM, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, Relazione svolta al Convegno *Strategie e tecniche di liberalizzazione tra mercato e politica*, Università di Venezia, Dipartimento di Scienze giuridiche, 21-22 settembre 2007.

<sup>88</sup> F. ARNOULD, *Les contrats de concessions, de privatization et de services "in house" a regard des regles communautaires*, in *FFD adu*, 16(1), 2000, p. 2-28

