

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Facoltà di Giurisprudenza

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO E TRIBUTARIO NELLA DIMENSIONE
EUROPEA

SAUL MONZANI

**LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ
AFFIDATARIE DIRETTE DI SERVIZI PUBBLICI
LOCALI**

INDICE

CAPITOLO I

L'AFFIDAMENTO *IN HOUSE* NEL QUADRO DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI AZIONE AMMINISTRATIVA

1. Consensualità ed interesse pubblico nell'azione amministrativa.....	1
2. Il procedimento ad evidenza pubblica come ponte tra attività contrattuale e funzione amministrativa.....	8
3. Il principio dell'evidenza pubblica nell'ottica comunitaria.....	11
4. Soggettività pubblica, tutela della concorrenza e ampliamento del novero delle amministrazioni aggiudicatrici.....	15
5. Deroghe al principio di evidenza pubblica e affidamento <i>in house</i>	26

CAPITOLO II

GENESI E SVILUPPO DEL CONCETTO DI CONTROLLO “ANALOGO”

1. Affidamento <i>in house</i> e controllo “analogo”: l'opera creatrice della Corte di giustizia.....	33
2. L'affidamento diretto di servizi pubblici locali nell'ordinamento giuridico interno.....	57
2.1. Preambolo: l'incidenza della giurisprudenza comunitaria sui sistemi giuridici nazionali.....	57
2.2. Il quadro normativo nazionale di riferimento (in tema di servizi pubblici a rilevanza economica).....	60
2.3. L'affidamento diretto dei servizi pubblici locali nella giurisprudenza nazionale.....	70
2.3.1. Il concetto di controllo “analogo”.....	72
2.3.2. Gli strumenti extra-statutari possibili “veicoli” del sistema di controllo “analogo”: in particolare, il contratto di servizio e la convenzione.....	78
2.3.3. Le questioni relative al capitale della società affidataria pluripartecipata.....	85
3. In fin dei conti controllo “analogo” non significa (o non dovrebbe significare) controllo “identico” a quello esercitato sui propri servizi.....	90

CAPITOLO III

IL (DIVERSO) FENOMENO DELLE SOCIETÀ A CAPITALE MISTO PUBBLICO-PRIVATO

1. L'utilizzabilità della società "mista" per la gestione dei servizi pubblici locali: non perfetta coincidenza di vedute tra ordinamento comunitario e sistema nazionale..... 95
2. Alla ricerca della compatibilità comunitaria delle soluzioni delineate a livello nazionale tra ulteriori restrizioni e residui dubbi interpretativi..... 105
3. L'intenso e dominante controllo "societario" dell'amministrazione pubblica sulla compagine a capitale misto..... 113

CAPITOLO IV

LE SOCIETÀ *IN HOUSE* DEGLI ENTI LOCALI: PROFILI DI SPECIALITÀ RISPETTO ALLA DISCIPLINA COMUNE

1. Premessa: scopo della ricerca e delimitazione del campo di indagine..... 121
2. L'impresa pubblica tra legalità, singolarità e qualificazione societaria eteronoma..... 123
 - 2.1. La visuale privatistica..... 124
 - 2.2. La prospettiva pubblicistica..... 131
3. Le compagini *in house* quali società di diritto speciale..... 143
 - 3.1. La eterodirezione e l'irrilevanza dell'entità della partecipazione sociale. I comitati extra-societari..... 146
 - 3.2. L'obbligo di evidenza pubblica..... 150
 - 3.3. La soggezione degli amministratori di società pubbliche alla giurisdizione della Corte dei conti..... 158
 - 3.3.1. L'azione di responsabilità erariale e le azioni sociali di responsabilità: ennesimo terreno di confronto tra disciplina pubblicistica e privatistica nell'ambito societario pubblico..... 161
 - 3.4. Il diritto di accesso nei confronti degli atti del gestore di un pubblico servizio..... 170
- RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI 181

CAPITOLO I

L'AFFIDAMENTO *IN HOUSE* NEL QUADRO DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI AZIONE AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Consensualità ed interesse pubblico nell'azione amministrativa. – 2. Il procedimento ad evidenza pubblica come ponte tra attività contrattuale e funzione amministrativa. – 3. Il principio dell'evidenza pubblica nell'ottica comunitaria. – 4. Soggettività pubblica, tutela della concorrenza e ampliamento del novero delle amministrazioni aggiudicatrici. – 5. Deroghe al principio di evidenza pubblica e affidamento *in house*.

1. *Consensualità ed interesse pubblico nell'azione amministrativa.*

Come è noto, il sistema amministrativo italiano, tradizionalmente, si è informato ad un'impostazione, di impronta giacobina-napoleonica, caratterizzata da un forte grado di accentramento, dalla supremazia nei confronti dei privati esercitata attraverso provvedimenti amministrativi di tipo autoritativo, tipico e nominale¹, nonché da un'applicazione del principio di legalità all'azione amministrativa molto stringente.

In tale quadro, l'attività privata posta in essere dalla pubblica amministrazione veniva relegata in un ambito di eccezionalità e tassatività derivante dal suo carattere derogatorio rispetto alla regola generale ispirata da un rapporto con il cittadino di tipo autoritario, a fronte di un'azione "provvedimentale" la quale, al contrario, era ricondotta nell'alveo di una fisiologica normalità dell'agire amministrativo.

In particolare, sulla scorta della concezione tradizionale descritta, attraverso una sorta di traslazione all'attività contrattuale della pubblica amministrazione del principio di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi, anche i contratti erano ritenuti adottabili solo nei casi previsti dalla legge e con il contenuto da essa previsto, secondo una regola che, posta per gli strumenti principi dell'attività amministrativa, ossia i provvedimenti, sembrava dover valere a maggior ragione per l'attività negoziale della pubblica amministrazione², in conformità con un'interpretazione (restrittiva) del disposto di cui all'art. 11 c.c.. il quale prevede che «le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti

¹ In tema si v. B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.

² In tema si v., tra gli altri, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 2008, 2443 ss.

come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico».

Senonché siffatta sistemazione dell'architettura complessiva dell'azione amministrativa non ha retto al vaglio dell'evoluzione dei tempi, finendo per segnare il passo in concomitanza con quella che è stata definita "la crisi dello Stato"³, la quale appare frutto di diversi fattori che sono venuti a contraddistinguere l'assetto giuridico della società moderna: in primo luogo, va segnalata una progressiva erosione della centralità del livello di governo statale a fronte dell'emersione di nuovi centri di potere, a livello sia infrastatale, quali le Regioni e gli enti locali, che sovrastatale, nel cui ambito il ruolo, peculiare, della normativa di matrice europea riveste un'incidenza sempre più condizionante le dinamiche interne di produzione e applicazione del diritto; inoltre, si assiste ad un marcato processo di rivisitazione delle funzioni assolte dalla pubblica amministrazione o, meglio, delle forme organizzative attraverso cui esse vengono esplicate, le quali coinvolgono sempre maggiormente i privati nell'esercizio di funzioni di interesse pubblico⁴, in omaggio, tra gli altri, al principio, assunto al rango costituzionale, della sussidiarietà orizzontale.

In tale rinnovato contesto, l'impalcatura che sorreggeva l'impianto amministrativo di tipo autoritario-gerarchico ha cominciato a scricchiolare, innescando, a partire della seconda metà del secolo scorso, in particolare nell'ultimo decennio dello stesso, un fenomeno di graduale ma progressiva deriva verso un modello ispirato a principi di consensualità e partecipazione⁵, i quali hanno trovato

³ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; ID, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 27 ss.

⁴ Per approfondimenti cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

⁵ In tema si v. T. MIELE, *Il rapporto pubblica amministrazione-cittadino dopo la stagione delle riforme*, in *Nuova rass.*, 2005, 1 ss.; R. CARANTA, L. FERRARIS, S. RODRIGUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005; R. PROIETTI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005; S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 901 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001, Milano, 2002; F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 ss.; G. GRECO, *Attività consensuale dell'amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Dir. ec.*, 2002, 457 ss.; W. GIULIETTI, *Attività consensuale della P.A. e vincoli giuridici: tutela del pubblico interesse e affidamento del privato*, in *Cons. St.*, 2001, 1617 ss.; M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione: modelli europei a confronto*, Milano, 2000; P. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998; T. MIELE, *Azione amministrativa consensuale*, in *Nuova rass.*, 1998, 1247 ss.; A. TRAVI, *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, 168 ss.; R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 576 ss.; A. PAJNO, *Gli strumenti dell'amministrazione consensuale*, in AA.VV., *Gli istituti della democrazia*

nella originaria formulazione della l. 7 agosto 1990, n. 241, in tema di procedimento amministrativo, un terreno fertile, giungendo a maturazione in seguito alle modifiche apportate alla stessa dalle l. 11 febbraio 2005, n. 15 e 14 maggio 2005, n. 80⁶.

In altri termini, la filosofia di fondo che permea il *corpus* normativo citato sembra voler ridimensionare il carattere provvedimentale dell'azione amministrativa a favore dell'attribuzione di un ruolo centrale al procedimento, visto non più come una sequenza di atti scandita dal principio gerarchico e preordinata all'emissione di una decisione imposta al cittadino, bensì come complesso trasparente di operazioni volte all'ottenimento di un risultato non solo partecipato ma anche "contrattato", attraverso istituti come quello dell'accordo amministrativo⁷, il cui utilizzo, peraltro, è risultato generalizzato a seguito della novella apportata dalla l. n. 15/2005, in virtù della quale la conclusione negoziata

amministrativa, Atti del seminario di studio – Roma 12 febbraio 1993, a cura di G. Berti, G.C. De Martin, Milano, 1996, 73 ss.; G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. soc.*, 1996, 483 ss.; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 3 ss.; M.S. GIANNINI, *L'Amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, 1988; U. ALLEGRETTI, *Pubblica Amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, 205 ss.

⁶ Per un'analisi sistematica del disposto di cui alla l. n. 241/90 così come modificata dalla l. nn. 15 e 80/2005 si rinvia a F. CANGELLI, *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni e accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla legge 15/2005*, in AA.VV., *Territorialità e delocalizzazione*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, 475 ss.; F. CASTIELLO, *La nuova attività amministrativa*, Rimini, 2006; AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005; AA.VV., *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, a cura di R. TOMEI, Padova, 2005; AA.VV., *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di F. Caringella, D. De Carolis, G. De Marzo, Milano, 2005; A. DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa*, Torino, 2005; AA.VV., *Il nuovo procedimento amministrativo*, a cura di T. TESSARO, Rimini, 2005; M.L. D'AUTILIA, *Semplificazione e trasparenza*, Napoli, 2005; A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 2005, 449 ss.

⁷ Sugli accordi amministrativi quali strumenti di amministrazione consensuale si v. G. SCIULLO, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 805 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003; C. MAVIGLIA, *Accordi con l'Amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002; R. FERRARA, *L'accordo...e gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. amministrazione consensuale*, in *Foro it.*, 2002, 136 ss.; A. ZUCCOLO, *L'accordo sostitutivo del provvedimento – Parte I. L'accordo sostitutivo e l'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2002, 5 ss.; V. PEDACI, *Aspetti e forme dell'amministrazione consensuale: il punto della situazione sugli accordi amministrativi*, in *Trib. amm. reg.*, 1999, 107 ss.; ID., *Brevi note sugli accordi amministrativi come modello di amministrazione consensuale*, in *Amm. it.*, 1999, 1169 ss.; F. CAIAFFA, *Le nuove frontiere dell'attività amministrativa consensuale*, in *Nuova rass.*, 1993, 233 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.

del procedimento, in precedenza confinata a particolari fattispecie previste dalla legge, diventa modalità ordinaria della fase decisoria⁸.

Tale mutamento di prospettiva si colloca in un contesto in cui le regole procedurali si atteggiavano, non tanto a strumento di difesa dell'indipendenza e dell'autorità della pubblica amministrazione, quanto a condizioni di partecipazione degli aventi titolo al processo decisionale, nell'ottica di pervenire ad una composizione degli interessi in gioco attraverso un percorso in cui la complessità delle posizioni soggettive coinvolte viene affrontata, non in via unilaterale e discrezionale dall'Amministrazione decidente, bensì in una prospettiva maggiormente dinamica e allargata in grado di fornire una soluzione fedele ad esigenze di giustizia sostanziale e di efficacia dei risultati⁹.

Un ulteriore sintomo della mutata filosofia di fondo che anima l'agire amministrativo si coglie, per la verità più a livello di principi che sul piano strettamente precettivo, nella previsione di carattere generale, in quanto riferita all'intera azione amministrativa, contenuta nella disposizione di apertura della l. n. 241/1990, così come recentemente novellata, ove, parallelamente all'affievolimento della potestà imperativa riconosciuta alla pubblica amministrazione, si intravede l'affermazione, in capo alla stessa, di una autonomia negoziale di carattere generale¹⁰ che sembrerebbe ribaltare lo *status quo ante*, il quale affidava al diritto pubblico il ruolo di regolare l'attività amministrativa, riservando ai casi espressamente previsti dalla legge, dunque in ipotesi eccezionali di stretta interpretazione¹¹, la possibilità di utilizzare le regole del diritto privato, specialmente del codice civile. In particolare, ci si riferisce al disposto di cui all'art. 1, comma 1-bis, l. n. 241/1990¹² il quale, nell'affermare che la pubblica

⁸ Sugli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento così come risultanti dalla novella della l. n. 241/1990, si rinvia, per approfondimenti, a: E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi dopo la legge 15/2005*, in AA.VV., *Riforma della legge n. 241/1990 e processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2006, 27 ss.; G. DE MARZO, P. GRAUSO, G. FABBRIZZI, *L'attività amministrativa alla ricerca del consenso*, in AA.VV., *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, cit., 99 ss.; M.A. SANDULLI, *Gli accordi amministrativi dopo la legge 15/2005*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 27 ss.; G. GRECO, *Commento all'art. 11*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, cit., 422 ss.; F. PASCUCCI, *Accordi tra pubbliche amministrazioni*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, cit., 375 ss.; G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di stato e limiti all'amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2005, 145 ss.

⁹ Sul punto cfr. M. BOMBARDELLI, *Decisioni e Pubblica Amministrazione*, Torino, 1996, 19.

¹⁰ Così F. CARINGELLA, *op. ult. cit.*

¹¹ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss.

¹² In tema si v. B. CAVALLO, *Tipicità ed atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, in *Contratto e impresa*, 2006, 355 ss.; F.

amministrazione agisce secondo le norme di diritto privato, pare sposare una tesi da tempo invalsa secondo la quale, in una prospettiva di semplificazione e snellimento, l'azione amministrativa dovrebbe incanalarsi lungo gli argini posti dal diritto privato¹³, fermo restando il vincolo di scopo che la caratterizza e di cui si dirà a breve, pur non dimostrandosi, tale norma, in grado di “affondare il colpo” innovando rispetto al già affermato riconoscimento della capacità di diritto privato dell'amministrazione¹⁴ per approdare ad un'enunciazione inequivoca e generalizzata di tale assunto, il quale risulta, al contrario, nella formulazione poi tradotta in legge¹⁵, condizionato nella sua applicazione da una duplice clausola che, da un lato, ne limita l'area agli atti non autoritativi e, dall'altro, ne circoscrive la portata introducendo una possibilità di deroga ad opera della legge.

In definitiva, la disposizione in commento, pur non sancendo definitivamente la preferenza del diritto privato quale strumento di attuazione dell'azione amministrativa, comunque compie un passo in tal senso, in quanto rafforza, rendendola maggiormente “persuasiva”, la tesi che impone una previsione di legge per negare alla pubblica amministrazione la possibilità, anzi il dovere, di ricorrere a strumenti di carattere privatistico, contribuendo, così, a completare il disposto contenuto nell'art. 11. c.c.¹⁶, il quale non si porrebbe in termini di contrasto con l'art. 1, comma 1-bis, l. n. 241/1990, bensì di compatibilità e concordanza, in

TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis della L. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 947 ss.; M.C. CAVALLARO, *Pubblica Amministrazione e diritto privato*, in *Nuove autonomie*, 2005, 39 ss.; F. ALBO, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, a cura di R. TOMEI, cit., 41 ss.; G. DE MARZO, P. GRAUSO, G. FABBRIZZI, *op. cit.*, 95 ss.

¹³ In questo senso si v., tra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'Amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2002, 245 ss.; ID., *Diritto amministrativo o diritto comune: principi e problemi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, 1998, 553 ss.; V. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 184.

¹⁴ In tema si v. M. LIPARI, *L'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. & form.*, 2005, 1253 ss.; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Giust. amm.*, 2002, 687 ss.; S. CASSESE, *Diritto pubblico e diritto privato nell'amministrazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Milano, 1996, 173 ss.; G. ROEHRSEN, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1961, 51 ss.

¹⁵ Su diverse versioni, poi accantonate, del disposto normativo in commento, ritenute meno compromissorie e quindi più risolutive nella affermazione di una capacità negoziale generale della Pubblica Amministrazione si v. AA.VV., *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, a cura di S. Civitarese Matteucci, G. Gardini, Bologna, 2004; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss.; G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 305 ss.; D. SORACE, *La “legificazione” delle norme generali sull'azione amministrativa*, *ivi*, 2002, 321 ss.; G. MORBIDELLI, *Verso un diritto amministrativo meno speciale*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 803 ss.

¹⁶ G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 482-483.

quanto il primo esprime la capacità giuridica di cui godono gli enti pubblici, mentre il secondo la capacità di agire delle Pubbliche Amministrazioni e degli enti pubblici in genere nel campo del diritto privato¹⁷.

Ovviamente, la regola di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/90 non incide sulla natura della funzione amministrativa, che rimane finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico, ma soltanto sulla sua forma, che potrà esprimersi, quando non sia richiesta necessariamente l'adozione di atti di natura non autoritativa, attraverso i modelli dell'azione consensuale, pur rimanendo assoggettata ai principi di carattere pubblicistico enunciati al comma 1 del medesimo articolo, dovendosi escludere che si possa realizzare, attraverso il modulo negoziale, un arretramento di tutela per effetto dell'abbandono, sul piano sostanziale, della necessaria funzionalizzazione dell'attività amministrativa rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico¹⁸.

In altri termini, il riconoscimento, sempre più marcato, dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione non vale ad elidere i limiti che ad essa sono posti in conseguenza della sua soggettività pubblica; ne deriva che l'attività amministrativa non può mai tradursi nella manifestazione di un diritto di libertà, come avviene per i privati, e che essa non può mai essere considerata totalmente libera in quanto si presenta, per definizione, funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico¹⁹. Del resto, la pubblica amministrazione è costituita per scopi legalmente individuati o individuabili secondo procedimenti a ciò predisposti ed agisce utilizzando risorse della collettività, ciò comportando che la sua azione sia funzionale ad obiettivi dati, anche quando si compie con atti di diritto privato, quali i contratti, che appaiono, perciò, conformati secondo le esigenze del finalismo amministrativo, andando a costituire una sorta di *tertium genus*, accanto ai contratti dei privati e agli accordi di cui alla l. n. 241/90²⁰, cui si può fare ricorso solo ove tale strumento risulti adeguato in vista del raggiungimento dell'interesse pubblico²¹.

L'affievolimento del modello autoritativo conseguente al mutato quadro normativo fin qui succintamente evocato ha generato alcuni dubbi circa la

¹⁷ V. ITALIA, *Commento all'art. 1, comma 1-bis*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, cit., 104.

¹⁸ G. DE MARZO, *Attività consensuale e attività autoritativa della P.A.*, in *Urb. e app.*, 2005, 382 ss.

¹⁹ F. CARINGELLA, *op. ult. cit.*

²⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.

²¹ G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., 483.

sopravvivenza del carattere indisponibile dell'interesse pubblico²² anche se, in effetti, il ricorso a strumenti di tipo consensuale o privatistico non pare debba comportare l'abdicazione di quest'ultimo, il quale continua a costituire il limite invalicabile per qualsiasi attività posta in essere da un'Amministrazione pubblica, con l'unica differenza che la tutela dell'interesse pubblico non appare più cristallizzata normativamente, bensì risulta all'esito di un dinamico processo di comparazione e di valutazione di interessi, non solo sul piano meramente formale dell'obbligo di presa in considerazione, ma su quello sostanziale di ricerca della soluzione più giusta ed efficace del caso concreto²³.

Dunque, il perseguimento dell'interesse pubblico continua a costituire l'orizzonte cui è preordinata quella che viene definita una "funzione", intesa come attività giuridica finalizzata ad uno scopo non proprio dell'agente ma ed esso posto dall'esterno²⁴, attribuita ai diversi apparati dell'organizzazione amministrativa; più specificamente, da questo punto di vista, la funzione amministrativa²⁵ si estrinseca nell'esercizio di poteri amministrativi atti a realizzare in concreto i fini pubblici individuati dal potere politico e precettivamente assegnati dal potere legislativo alla pubblica amministrazione, la cui organizzazione burocratica diviene, quindi, *munus*²⁶ poiché in base ad una norma dell'ordinamento essa riceve il compito di curare un interesse altrui e, di conseguenza, il dovere giuridico fondamentale di comportarsi in modo da ottenere il miglior risultato per l'interesse alieno²⁷.

²² Sul punto cfr. A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989 528 ss.

²³ M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1820 ss. Sul punto si v. anche ID., *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Dir. amm.*, 2000, 131 ss.

²⁴ V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, 48. Sul concetto di funzione di v. anche S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1949, 179, cui se ne deve la definizione come attività «esercitata nell'interesse altrui», nonché F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)-(ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.; F. MODUGNO, *Funzione (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301 ss.

²⁵ In tema si v. G. MARONGIU, *Funzione amministrativa (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.; F.S. SEVERI, *Funzione pubblica (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 2000, 69 ss.; M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova 1974.

²⁶ Nella ricostruzione offerta da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 125, il *munus* è originato da un fatto di astrazione giuridica per cui un soggetto, per una parte del suo agire giuridico, cura interessi alieni e per questo acquista una qualità di figura soggettiva che si aggiunge senza cumularsi a quella di soggetto; esso per tale suo agire diviene titolare di distinte situazioni soggettive, quali potestà, diritti e doveri, tutte funzionalizzate, di distinte responsabilità ed è assoggettato a distinte sanzioni.

²⁷ AA.VV., *L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, a cura di G. Cassano, I, Padova, 2005, 2. Secondo E. MELE, *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Milano, 2002, 9 ss., l'attività di diritto privato è solo uno strumento messo a disposizione della Pubblica Amministrazione per raggiungere i propri obiettivi, alla stessa stregua degli atti amministrativi, che

La concezione dell'attività amministrativa come funzione sposta l'asse strutturale dal potere all'interesse che si intende realizzare; ciò comporta, non che il potere venga meno, ma piuttosto che perda la sua centralità venendo a costituire uno degli elementi nel più ampio raggio della funzione²⁸ la quale, dunque, appare in grado di ricomprendere tutte le situazioni giuridiche soggettive coinvolte dalla sua azione²⁹, anche nel caso in cui ci si avvalga di strumenti di carattere privatistico che, in quanto tali, non possono certo incidere in senso modificativo sulla sua natura e tantomeno sulla sua destinazione alla tutela e al perseguimento del pubblico interesse³⁰.

2. Il procedimento ad evidenza pubblica come ponte tra attività negoziale e funzione amministrativa.

Una volta tratteggiata l'architettura generale del sistema giuridico-normativo entro cui si snoda l'azione amministrativa, soprattutto per quanto riguarda le linee ispiratrici, è possibile effettuare alcune riflessioni che appaiono utili ai fini del presente lavoro, onde fornire le chiavi di lettura di un fenomeno, quello dell'affidamento di servizi pubblici *in house*, che, per essere colto nella sua dimensione più genuina, necessita di un preliminare approccio di carattere sistematico volto a delineare il quadro complessivo entro cui tale istituto va collocato o, meglio, entro il quale il medesimo va riportato.

Da questo punto di vista, il riconoscimento, di cui si è dato conto poc'anzi, secondo cui anche l'attività amministrativa di natura privatistica è costantemente pervasa ed informata all'esercizio di una funzione volta al perseguimento e alla

pure sono strumentali all'Amministrazione per i medesimi fini, tanto che si può dire che l'Amministrazione non opera mai privatisticamente, nel senso di curare interessi propri, ma sempre pubblicisticamente per curare interessi alieni. Sul tema si v. anche G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 182 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000.

²⁸ A. BENEDETTI, *I contratti della Pubblica Amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 120-121.

²⁹ Secondo A. CROSETTI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi*, Torino, 1986, 26 ss., l'efficienza di ogni azione è data, non già dalla rigidità del modello utilizzato (negozio giuridico o provvedimento) ma dalla funzionalità al conseguimento dei suoi fini e dei suoi obiettivi.

³⁰ M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, cit., 1825. In tema si v. anche M.C. COLOMBO, F.C. RAMPULLA, L.P. TRONCONI, *I modelli di amministrazione nell'evoluzione dei caratteri funzionali dell'azione pubblica*, Rimini, 2007; P. CIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2004; F. CANGELLI, *La dimensione attuale del vincolo teleologico nell'attività amministrativa consensuale*, in *Cons. St.*, 2002, 111 ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 49 ss.

tutela dell'interesse pubblico, spiega il fatto che il procedimento di formazione della volontà della pubblica amministrazione debba essere "piegato" al medesimo vincolo di natura funzionale, anche quando essa, in ottemperanza al principio costituzionale per cui nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non per legge, deve necessariamente agire utilizzando lo strumento contrattuale.

Il collegamento tra l'attività negoziale della pubblica amministrazione e la funzione amministrativa cui essa è preposta si rinviene, fin dai primi ordinamenti amministrativo-contabili del Regno d'Italia³¹, nel procedimento c.d. ad evidenza pubblica volto a rendere conoscibili, anche mediante controlli, i motivi di pubblico interesse in considerazione dei quali si addivene alla stipulazione del contratto³². È proprio in considerazione del vincolo funzionale che caratterizza l'attività della pubblica amministrazione che la stipulazione, da parte della medesima, del contratto, tradizionalmente, viene preceduta, a differenza di quanto avviene per il procedimento di formazione della volontà dei privati che da questo punto di vista appare giuridicamente indifferente, da una complessa procedura di evidenza pubblica che si articola in una serie di atti amministrativi volti a rendere nota, anche

³¹ A tal riguardo si consideri quanto previsto dall'art. 3 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, recante «Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato», a norma del quale «i contratti da cui derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto» mentre la possibilità di addivenire alla licitazione o alla trattativa privata erano confinate rispettivamente «ai casi da determinare con regolamento» e alle ipotesi «di necessità», nonché quanto disposto, in maniera ancora più netta, dall'art. 37 del successivo R.D. 23 maggio 1924, n. 827, recante «Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato», secondo cui «tutti i contratti da cui derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti», eccetto casi espressamente previsti.

³² M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 460 ss. Sulla struttura del procedimento ad evidenza pubblica in generale, si rinvia, per approfondimenti, a P. SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2006; AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di G. Garofoli, M.A. Sandulli, Milano, 2005; AA.VV., *L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, a cura di G. Cassano, cit.; AA.VV., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2004; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003. Sul tema, sempre in generale, si v. inoltre G. RIGA, *Il punto su...procedura ad evidenza pubblica e stipulazione del contratto*, in *App. urb. ed.*, 2006, 15 ss.; F. MORFINI, *I rapporti tra aggiudicazione e contratto nel procedimento ad evidenza pubblica ed il "parasistema" della giustizia amministrativa*, in *Trib. amm. reg.*, 2005, 9 ss.; A.F. CAPUTO, *La procedura ad evidenza pubblica e le innovazioni della legge 241/1990*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, 187 ss.; M.R. SPASIANO, *L'evidenza pubblica possibile regola del libero mercato: soluzione di una dicotomia*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 139 ss.; G. GOLISANO, *Linee evolutive del contratto ad evidenza pubblica*, *ivi*, 2003, 173 ss.; F. MAZZIA, *L'evidenza pubblica*, in *Nuovo dir.*, 2003, 117 ss.; N. SIGNORETTA, *La procedura dell'evidenza pubblica: in particolare, la scelta del contraente nelle amministrazioni dello Stato*, in *Amm. cont. Stato enti pubbl.*, 1999, 228 ss.; P. VIRGA, *Teoria generale del contratto di diritto pubblico, sub Contratto (dir. amm.)-(ad vocem)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 979 ss.; O. SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione (ad vocem)*, *ivi*, 986 ss. Per una ricostruzione dogmatica sulla natura degli atti ad evidenza pubblica, cfr. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986.

ai fini di un eventuale controllo giurisdizionale finalizzato a reprimere eventuali abusi, la rispondenza all'interesse pubblico del singolo contratto sotto i profili attinenti alla manifestazione dell'intenzione di contrattare, alla scelta della controparte e al procedimento di formazione del consenso, ferma restando la riespansione, salvo alcune eccezioni, del diritto comune nella fase di esecuzione del contratto. In altri termini, i contratti ad evidenza pubblica consistono in atti negoziali di diritto privato la cui sequenza funzionale è doppiata da una sequenza amministrativa con funzione di evidenziazione dei motivi a fini di controllo³³.

In sostanza, la procedura in esame sostituisce il procedimento logico di formazione della volontà e di conseguente scelta del contraente che, nei rapporti tra i privati, è riservato alla libera autonomia negoziale, con una sequenza procedimentale definita dal legislatore³⁴ finalizzata a garantire il perseguimento dell'interesse pubblico all'individuazione del miglior contraente possibile, sia con riferimento ai requisiti soggettivi relativi alle capacità tecniche, organizzative e finanziarie, sia dal punto di vista oggettivo in relazione all'economicità dell'offerta formulata e quindi al buon uso del denaro pubblico, in applicazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione pubblica delineati dall'art. 97 Cost.³⁵, i quali si sono venuti specificando attraverso quelli di correttezza, trasparenza, pubblicità, efficienza ed efficacia³⁶, giungendo a ricomprendere anche l'esigenza di garantire la par *condicio* di tutti i concorrenti realizzata mediante la previa predisposizione del bando di gara in applicazione del principio della concorsualità, della segretezza, completezza, serietà, autenticità e compiutezza delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della *lex concorsualis*, nonché attraverso la previa predisposizione da parte dell'Amministrazione appaltante dei criteri di valutazione delle offerte³⁷.

In definitiva, il sistema dell'evidenza pubblica comporta che tutto il relativo procedimento viene improntato ai principi di legalità, buon andamento e razionalità in modo che qualsiasi segmento dell'*iter* procedimentale sia soggetto ai controlli di autotutela, in maniera costante, ai controlli interni, a controlli esterni, ove previsti,

³³ S. BACCARINI, *Ambito soggettivo di applicazione dell'evidenza pubblica*, in AA.VV., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, cit., 125. Sul punto si v. anche D. BORTOLOTTI, *Contratti della amministrazione pubblica (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 36 ss.; F.P. PUGLIESE, *Contratti della pubblica amministrazione, sub Contratto (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ss.

³⁴ Cons. St., sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Foro amm. CdS*, 2002, 6281.

³⁵ Cons. St., sez. IV, 22 settembre 2003, n. 5356, in *Foro amm. CdS*, 2003, 2542.

³⁶ Cass., Sez. un., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 475.

³⁷ Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 923, in *Foro amm. CdS*, 2002, 382.

nonché a quelli giurisdizionali nel momento in cui si verifichi una lesione di interesse o di diritto azionabile³⁸.

Da questo punto di vista, è evidente come nel buon andamento della pubblica amministrazione rientri la regolarità contrattuale e, con questa, l'economicità e l'efficienza dell'agire amministrativo attraverso la ricerca di un rapporto ottimale tra prezzo e qualità dei beni acquistati o alienati nonché tra costi e benefici dei servizi realizzati; analogamente, l'osservanza del criterio dell'imparzialità risulta indispensabile allo scopo di ancorare a criteri obiettivi la scelta, da parte della pubblica amministrazione, del soggetto contraente, in modo da evitare arbitri o ingiustificate preferenze che possano incidere, pregiudicandolo, sul perseguimento del pubblico interesse³⁹.

3. *Il principio dell'evidenza pubblica nell'ottica comunitaria.*

Considerando l'istituto dell'evidenza pubblica da un altro angolo visuale, quello comunitario, è agevole rendersi conto di come i termini della questione mutino, perlomeno parzialmente, rivelando una *ratio* ispiratrice che, in sede europea, presenta dei caratteri peculiari rispetto alla nostra tradizione nazionale, giungendo a condizionare e innovare quest'ultima, fino a determinare un mutato assetto della materia che rifluisce, inevitabilmente, nel sistema normativo interno.

Come è noto, il Trattato istitutivo delle Comunità europee, pur non prevedendo alcuna disposizione specifica in tema di appalti, tuttavia ha posto i principi destinati a divenire le pietre miliari della successiva elaborazione normativa comunitaria in materia, costituita dal sistema delle direttive riguardanti gli appalti di lavori, servizi e forniture, la cui disciplina è recentemente confluita nella direttiva unificata 2004/18/CE del 31 marzo del 2004, recepita, in Italia, insieme alla direttiva 2004/17/CE relativa ai settori c.d. speciali, nel Codice dei contratti di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Ebbene, i principi che vengono in considerazione ai fini in esame sono quelli che costituiscono i veri e propri capisaldi della costruzione europea, riguardando il divieto di discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 Tratt. CE), la libera circolazione delle merci (artt. 23 e ss. Tratt. CE) nonché delle persone, dei servizi e dei capitali (art. 39 ss. Tratt. CE), con particolare riferimento alla libertà di

³⁸ P. SANTORO, *op. cit.*, 31.

³⁹ N. SIGNORETTA, *Procedimenti di acquisizione di beni e servizi: l'evidenza pubblica*, in *lexitalia.it*.

stabilimento (art. 43 ss. Tratt. CE) e alla libera prestazione dei servizi (artt. 49 ss. Tratt. CE), nonché la tutela della concorrenza, apprestata dagli art. 81 ss. Tratt. CE, nell'ambito di un mercato economico unico, i quali, a loro volta, hanno costituito la base a partire dalla quale la Corte di Giustizia, attraverso la propria opera di creazione del diritto comunitario, è giunta alla elaborazione degli ulteriori principi⁴⁰ relativi alla parità di trattamento, la quale impone che la scelta del candidato debba avvenire secondo criteri obiettivi all'esito di una procedura rispettosa delle regole e dei requisiti inizialmente stabiliti⁴¹, alla non discriminazione in base alla nazionalità, che comporta un obbligo di trasparenza consistente nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, tale da permettere l'apertura alla concorrenza e la possibilità di controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione⁴², al mutuo riconoscimento, il quale, ponendosi in relazione con la libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, presuppone che lo Stato membro in cui la prestazione è fornita accetti le specifiche tecniche, i controlli nonché i titoli, i certificati e le qualifiche prescritte in un altro Stato membro, nella misura in cui essi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione⁴³ ed infine alla proporzionalità, che si traduce nell'esigenza che le amministrazioni aggiudicatrici adottino provvedimenti necessari ed adeguati in relazione all'obiettivo, evitando di fissare requisiti professionali o finanziari sproporzionati rispetto all'oggetto della prestazione⁴⁴.

In tale contesto, appare di palmare evidenza come la necessità di ricorrere a procedure ad evidenza pubblica risulta funzionale, nella prospettiva comunitaria, non tanto, come è avvenuto tradizionalmente nel nostro ordinamento, a soddisfare l'esigenza di esternalizzazione del processo decisionale relativo al contratto, di

⁴⁰ Sul tema si v., in generale, M. ANTONUCCI, *I nuovi criteri di partecipazione alle gare d'appalto*, in *Cons. St.*, 2005, 557 ss.; S. TESCAROLI, *Principi comunitari in materia di appalti*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2001, 189 ss.

⁴¹ In tema cfr. Corte di Giustizia CE, 25 aprile 1996, in C-87/94, *Bus Wallons*, in *Racc.*, 2043. In dottrina, cfr. M. DIDONNA, *L'esclusione dalla gara d'appalto. "Par condicio" e massima partecipazione*, in *Urb. e app.*, 2002, 1127 ss.

⁴² In tema si v. Corte di Giustizia CE, sez. III, 27 ottobre 2005, in C-234/03, *Vivisol*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2815; Corte di Giustizia CE, sez. VI, 4 dicembre 2003, in C-448/01, *ivi*, 2003, 3505, con nota di G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. "ecologiche"*; Corte di Giustizia CE, 17 settembre 2002, in C-513/99, *Concordia Bus Finland*, in *Dir. ec.*, 2003, 158.

⁴³ In tema si v. Corte di Giustizia CE, 25 luglio 1991, in C-76/90, *Dennemeyer*, in *Racc.* I-4221; Corte di Giustizia CE, 7 maggio 1991, in C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Racc.*, I-2357.

⁴⁴ Sull'argomento si v., di recente, Corte di Giustizia CE, 3 marzo 2005, in C-21/03, *Fabricom SA*, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 669.

evidenziazione dell'interesse pubblico sotteso nonché di controllo del proficuo impiego delle risorse finanziarie pubbliche utilizzate⁴⁵, quanto a perseguire la tutela della libera concorrenza⁴⁶ intesa come “valore” da realizzare in vista dell'instaurazione di un mercato unico⁴⁷ o come condizione generale la quale, più che rappresentare una vera e propria politica, attraversando in filigrana l'intero Trattato⁴⁸, viene a costituire un fattore di sviluppo dell'economia in grado di stimolare l'iniziativa, l'innovazione ed il progresso tecnologico⁴⁹. Nell'ambito degli appalti pubblici, in particolare, la tutela della libera concorrenza risulta preordinata a garantire, secondo i dettami della *par condicio*, una possibilità di partecipazione alla procedura di gara e di conseguente stipulazione del contratto a tutti i soggetti potenzialmente interessati, in attuazione dei fondamentali diritti di libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento⁵⁰. A conferma di un siffatto approccio si può notare come l'intervento comunitario non abbia investito l'intero rapporto contrattuale che si viene ad instaurare con la pubblica amministrazione, avendo interessato, invece, solo la fase in cui vengono in rilievo i principi del libero mercato e della concorrenza, ossia la fase della scelta del contraente, come testimoniato dalla stessa intitolazione delle direttive comunitarie sugli appalti che rivelano come, in realtà, esse si interessino solo delle procedure per la loro aggiudicazione⁵¹.

In sostanza, nella visione comunitaria, l'obbligo di gara non è posto a garanzia della pubblica amministrazione e, più precisamente, della sua imparzialità e della necessità di ricercare il miglior contraente possibile, quanto piuttosto del mercato e del suo libero funzionamento. Del resto, tale impostazione non appare meno funzionale al conseguimento dell'interesse pubblico rispetto a quella

⁴⁵ A. BENEDETTI, *op. cit.*, 133.

⁴⁶ Nel senso che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e a proteggere, di conseguenza, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in altro Stato membro cfr. Corte di Giustizia CE, sez. V, 22 maggio 2003, in C-18/01, in *Foro amm. CdS*, 2003, 1498; Corte di Giustizia CE, sez. V, 27 febbraio 2003, in C-373/00, *ivi*, 2003, 424; Corte di Giustizia CE, 1° febbraio 2001, in C-237/99, in *Eur. legal forum*, 2001, 406; Corte di Giustizia CE, 10 novembre 1998, in C-360/96, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 157.

⁴⁷ P. SANTORO, *op. cit.*, 46.

⁴⁸ V. GUIZZI, *Politiche comunitarie (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 844.

⁴⁹ A. FRIGNANI, *Intese, posizioni dominanti, concentrazioni (diritto comunitario) – (ad vocem)*, in *N.mo dig. it.*, App. IV, Torino, 1983, 359.

⁵⁰ F. CARINGELLA, *op. ult. cit.*

⁵¹ Sul punto cfr. E. FERRARI, *I contratti della pubblica amministrazione: dalla ricerca del mercato alla ricerca delle regole*, in *I contratti della Pubblica Amministrazione in Europa*, a cura di E. Ferrari, Torino, 2003, XX.

tradizionale, in quanto sembra in grado di giungere, per via diversa e probabilmente più efficace, al medesimo risultato: infatti, lo spostamento del punto di riferimento dall'interesse della stazione appaltante a quello del partecipante può consentire di verificare se la procedura sia sostanzialmente, e non solo formalmente, adeguata al raggiungimento del proprio scopo, il quale coincide, in ultima analisi, con l'interesse, più che dell'Amministrazione al buon esito del contratto, dei consociati destinatari della prestazione dedotta in appalto a fruire di opere, servizi e beni pubblici efficienti, ai costi minori possibili nonché attraverso le migliori modalità e tecnologie disponibili⁵². In altri termini, l'obiettivo di garantire il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali viene perseguito, non solo allo scopo di rendere effettivo il diritto di stabilimento e di promuovere la libera prestazione di servizi, ma anche nel convincimento che, così facendo, le amministrazioni aggiudicatrici siano messe in grado di conseguire il maggior beneficio possibile in termini di utilizzazione delle risorse pubbliche⁵³, finendo così per ottemperare al canone del buon andamento.

Come si accennava, tale rinnovata impostazione della *ratio* sottesa all'istituto dell'evidenza pubblica non poteva che giungere a plasmare anche la normativa interna, la quale, infatti, presenta evidenti segni di "contaminazione" derivanti dall'ordinamento comunitario che sono affiorati già con la legge 11 febbraio 1994, n. 109, il cui esordio (art. 1, comma 1) si caratterizzava per l'individuazione, tra i principi generali informatori dell'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici, da un lato, dei tradizionali criteri di efficienza, efficacia, nonché di tempestività, trasparenza e correttezza, quali espressioni del canone costituzionale del buon andamento, dall'altro lato, del rispetto del diritto comunitario e, in particolare, della libera concorrenza tra gli operatori. A siffatta linea di tendenza è stata impressa una ulteriore valorizzazione e specificazione attraverso il già citato Codice dei contratti, il quale si preoccupa subito di chiarire, all'art. 2, comma 1, che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, nonché di servizi e forniture, deve svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, mentre la fase dell'affidamento, in particolare, deve risultare rispettosa non solo del principio di libera concorrenza, ma anche dei corollari che ne

⁵² L.R. PERFETTI, *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce dell'adunanza plenaria n. 9 del 2004*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 1347 ss.

⁵³ V. SALVATORE, *Diritto comunitario degli appalti pubblici. Incidenza nell'ordinamento italiano delle direttive sulle procedure di aggiudicazione*, Milano, 2003, 75.

discendono relativi alla parità di trattamento, alla non discriminazione, alla trasparenza, alla proporzionalità, oltre che del principio di pubblicità.

Parimenti, è stato riconosciuto anche all'interno del nostro ordinamento come nell'ambito dei contratti pubblici venga in rilievo soprattutto l'aspetto della tutela della concorrenza, il quale si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità, di trasparenza, la cui osservanza costituisce anche attuazione delle regole costituzionali di buon andamento e imparzialità: in tale prospettiva, proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria ha determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione a favore di una impostazione che, in definitiva, assumendo come obiettivo primario la tutela degli interessi degli operatori ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato, finisce per realizzare anche la medesima finalità propria della visione tradizionale⁵⁴.

4. *Soggettività pubblica, tutela della concorrenza e ampliamento del novero delle amministrazioni aggiudicatrici.*

La realizzazione di un sistema economico informato ai canoni della libera concorrenza ha determinato la necessità di sottoporre a tale prospettiva anche un settore, come quello delle commesse pubbliche, il quale, per l'entità delle risorse impiegate, appare potenzialmente in grado di apportare significativi turbamenti del mercato, inteso nella sua globalità, soprattutto in considerazione del fatto che il processo decisionale preordinato alla scelta del contraente, in tale ambito, a differenza di ciò che avviene nel settore privato, ove la selezione del migliore appare naturalmente ed inscindibilmente connaturata all'esercizio di un'attività imprenditoriale, risulta esposto al rischio di inquinamento da parte di logiche clientelari non corrispondenti ai canoni dell'imparzialità suscettibili, in quanto tali, di compromettere, oltre il buon andamento dell'amministrazione, anche il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali.

In particolare, l'evoluzione, in precedenza tratteggiata, delle forme organizzative attraverso le quali la pubblica amministrazione esercita le funzioni ad

⁵⁴ Corte cost., 22 novembre 2007, n. 401, in www.giurcost.org.

essa spettanti, non più imperniata sul concetto di ente pubblico *tout court*, ha determinato l'esigenza di rivisitare il concetto di soggettività pubblica allo scopo di ricomprendervi anche soggetti che, pur attraverso uno schema di matrice privatistica, tuttavia, risultano esercitare un'attività di interesse collettivo, con conseguente necessità di sottoporre tali organismi alle medesime regole che scandiscono l'azione amministrativa, tra cui quelle, che interessa considerare in questa sede, relative al procedimento ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, la cui applicazione è stata estesa ben oltre il tradizionale limite soggettivo dei contratti stipulati dagli enti pubblici⁵⁵.

Da questo punto di vista, in ambito nazionale ci si è affannati, in passato, alla ricerca di una concezione tendenzialmente unitaria di soggetto pubblico attraverso un duplice percorso che si è snodato su due versanti: quello legislativo, ove si è proceduto a stilare un'elencazione nominativa dei soggetti pubblici⁵⁶, nonché quello giurisprudenziale, segnato da una faticosa e oscillante attività volta all'individuazione degli indici di riconoscibilità del carattere pubblico della persona giuridica.

Diversamente, a livello comunitario, dopo la direttiva 71/305/CEE, costituente il primo provvedimento normativo europeo in materia di appalti di opere, la quale limitava il suo ambito soggettivo di efficacia alle sole amministrazioni aggiudicatrici individuate nello Stato, negli enti pubblici territoriali e nelle persone giuridiche enumerate tassativamente in allegato, l'acquisita consapevolezza circa il carattere tendenzialmente evanescente del concetto di soggettività pubblica portò ad enucleare, accanto ai tradizionali enti pubblici, un'ulteriore figura giuridica dalla struttura flessibile e dinamica, in grado di adattarsi ai diversi contesti normativi dei settori presi in considerazione di volta in volta⁵⁷, allo scopo di ricondurre nell'alveo della normativa riguardante gli appalti pubblici una vasta categoria di soggetti giuridici che, pur avendo connotazioni pubblicistiche, non potevano tuttavia essere ricondotti nel novero delle persone giuridiche tassativamente individuate dalla normativa allora vigente.

⁵⁵ R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giur. it.*, 2004, 2415.

⁵⁶ Si v., a questo proposito, quanto previsto dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni».

⁵⁷ Sul punto cfr. F. CARINGELLA, *op. ult. cit.*

Così, a partire dalla direttiva 89/440/CEE, sotto l'influsso anche della giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵⁸, si sono considerati amministrazioni aggiudicatrici, oltre allo Stato e agli enti pubblici territoriali, i c.d. organismi di diritto pubblico, i quali, secondo una definizione pervenuta sostanzialmente immutata fino alla direttiva 2004/18/CE, nonché al relativo atto di recepimento nel nostro ordinamento costituito dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006, sono caratterizzati dalla ricorrenza cumulativa di determinati requisiti⁵⁹, quali il possesso della personalità giuridica, la sottoposizione ad un'influenza pubblica⁶⁰ nonché la tipicità del fine perseguito, che è stato individuato nel soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale, anche se non perseguito in via prevalente dall'ente⁶¹.

Nell'impossibilità, per evidenti ragioni di economia del presente lavoro, di affrontare in maniera analitica le complesse questioni interpretative sollevate dalla definizione normativa di organismo di diritto pubblico⁶² e con licenza di tornare

⁵⁸ A tal proposito si v. Corte di Giustizia CE, 20 settembre 1988, n. 31, in *Giust. civ.*, 1990, I, 579, in cui, utilizzando una nozione di tipo funzionale, si affermava che dovesse rientrare nella nozione di Stato un ente che, pur dotato di personalità giuridica distinta, tuttavia dipendeva in modo sostanziale dai pubblici poteri, non fosse altro che per la composizione e le funzioni disciplinate dalla legge. In tema si v. anche Corte di Giustizia CE, 15 gennaio 1998, *Mannesmann*, in C-44/96, in *Foro amm.*, 1998, 133, con nota di R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*. Sul punto si v. anche G. GRECO, *L'organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 733 ss. Sul recepimento, nel nostro ordinamento, della nozione in esame cfr., *ex pluribus*, Cons. St. sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748, in *Foro amm. CdS*, 2003, 3827, con nota di D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*. In tema si v. anche L. FRANCHINA, *Gli organismi di diritto pubblico, in Nuove autonomie*, 2004, 299 ss.; L. CIMELLARO, *Un'altra decisione nel cammino verso l'individuazione degli organismi di diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 31 ss.

⁵⁹ Sul punto, peraltro pacifico, cfr. M. ANTONUCCI, *La necessaria cumulatività dei requisiti di un organismo di diritto pubblico*, in *Cons. St.*, 2003, 2138.

⁶⁰ L'influenza pubblica, come è noto, deriva, secondo quanto previsto dalla normativa comunitaria, e conseguentemente dagli atti nazionali di recepimento, dal finanziamento in misura maggioritaria da parte dello Stato, di enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico, oppure dalla soggezione della gestione al controllo di questi ultimi oppure ancora dalla facoltà di nomina di più della metà dei componenti dell'organo di amministrazione, direzione e vigilanza riconosciuta in capo ai medesimi soggetti.

⁶¹ Corte di Giustizia CE, 15 gennaio 1998, in C-44/96, *Mannesmann*, cit.; Cons. St., sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2855, in *Foro amm. CdS*, 2002, 1325.

⁶² Per approfondimenti si rinvia, tra la letteratura ormai vastissima, a R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli, M.A. Sandulli, cit.; AA.VV., *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2004; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, 2003; M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000. Di recente, si v. anche E. ITALIA, *Organismo di diritto pubblico: il duplice volto del diritto amministrativo. Vecchi e nuovi risvolti della giurisprudenza*, in *Dir. & form.*, 2006, 81 ss.; T. FENUCCI, *A proposito degli "organismi di diritto pubblico"*, in *D&G*, 2005, 51 ss.; G. FISCHIONE, *Le società a partecipazione pubblica che*

sull'argomento nel prosieguo del presente lavoro, quello che preme segnalare in questa sede è l'approccio di carattere sostanziale, suffragato anche dal carattere "non limitativo" degli elenchi normativamente previsti, che la giurisprudenza, comunitaria e nazionale, ha assunto nel tracciare i confini della soggettività pubblica ed, in particolare, del concetto di organismo di diritto pubblico. Tale impostazione, giustificata dalla volontà di impedire fenomeni elusivi della normativa in materia di appalti pubblici e finalizzata ad estenderne l'ambito soggettivo di applicazione ai casi di "pubblicità reale", si riflette nell'esigenza di interpretare la nozione in esame in senso ampio e funzionale⁶³, secondo un'indagine da compiere nel caso concreto riguardo il contesto e le modalità specifiche in cui si svolge l'attività dell'ente in questione. In particolare, secondo i dettami comunitari, ferma restando l'assoluta irrilevanza della qualifica formale assunta⁶⁴, l'approccio fattuale volto alla verifica della sussistenza del carattere commerciale o industriale dei bisogni che l'ente risulta preordinato a soddisfare, deve tenere conto, come indizi, dell'inserimento dell'attività in un contesto concorrenziale o meno, del perseguimento di uno scopo di lucro⁶⁵ nonché dell'esposizione del soggetto al rischio di perdite connesse all'esercizio dell'attività stessa⁶⁶.

operano nell'ambito dei servizi pubblici locali e la categoria dell'organismo di diritto pubblico dopo la riforma legislativa del 2003, in *Giust. amm.*, 2005, 170 ss.

⁶³ Corte di giustizia CE, 16 ottobre 2003, in C-283/00, in *Foro amm. CdS*, 2003, con nota di D. CASALINI, *Appalti pubblici e organizzazioni in house: un caso spagnolo*; Corte di giustizia CE, 27 febbraio 2003, in C-373/00, *Truley*, *ivi*, 2003, 424. In tema si v. anche P. CERBO, *L'effetto utile nella giurisprudenza comunitaria sull'organismo di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2004, 649 ss.; M. LOTINI, *Bisogni non economici o attività non economiche? Sulla controversa nozione comunitaria di "organismo di diritto pubblico"*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 99 ss.; M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, *ivi*, 2004, 67 ss.; R. CARANTA, *L'organismo di diritto pubblico: questo sconosciuto*, in *Giur. it.*, 2003, 1687 ss.

⁶⁴ Corte di giustizia CE, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 84, in *Giur. it.*, 2005, 607; Corte di giustizia CE, sez. VI, 15 maggio 2003, in C- 214/00, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 1267. In tema si v. M. ANTONUCCI, *La definizione ampliata di organismo di diritto pubblico nell'Unione europea*, in *Cons. St.*, 2003, 1073 ss. Per quanto riguarda la giurisprudenza interna cfr. *Cons. St.*, sez. VI, 7 settembre 2002, n. 4711, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2146; *Cons. St.*, 1° aprile 2000, n. 1885, in *Urb. e app.*, 2000, 534.

⁶⁵ Sul punto si v. Corte di giustizia CE, 10 maggio 2001, in cause riunite C-223/99 e C-260/99, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 179, ove, in applicazione del criterio funzionale, si è escluso il carattere di organismo di diritto pubblico in capo all'Ente fiera di Milano, sulla base della considerazione che esso «sopporta direttamente il rischio economico della propria attività». In tema cfr. anche A. DE CHIARA, L.R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa*, in *Dir. amm.*, 2004, 135 ss.; A. DI GIOVANNI, *La Corte di Giustizia e i criteri necessari per la qualificazione dell'organismo di diritto pubblico: un passo avanti?*, in *Corr. giur.*, 2002, 196 ss.; S. CAMPAILLA, *Se l'ente opera in regime di concorrenza non è un organismo di diritto pubblico*, in *Dir. pubbl. com. eu.*, 2001, 1502 ss.

⁶⁶ Corte di giustizia CE, sez. V, 22 maggio 2003, in C-18/01, *Taitotalo*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 2498 ss., con nota di L.R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*. Conformemente, nella giurisprudenza nazionale, si v. *Cons. St.*, sez. VI, 23 gennaio 2004, n. 67, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 394; *Cons. St.*, sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4181, in *Foro amm. CdS*, 2003,

In sostanza, l'analisi concreta cui sono chiamati i giudici nazionali allo scopo di ravvisare o meno una situazione tale da giustificare l'affermazione in capo ad un determinato soggetto della qualifica di organismo di diritto pubblico, con conseguente sottoposizione al procedimento di evidenza pubblica per la scelta del contraente, deve essere preordinata a verificare le modalità ed il contesto in cui si svolge l'attività presa in considerazione: se il soggetto opera in regime concorrenziale in vista del perseguimento di finalità lucrative e se lo stesso appare pienamente responsabile della propria politica d'impresa, essendo sottoposto al rischio di dover sopportare le perdite conseguenti alle proprie scelte si può ritenere che il medesimo sia portato ad effettuare la selezione del contraente secondo i naturali meccanismi economici di mercato; viceversa, non ricorrendo tali presupposti, la scelta del prestatore potrebbe essere piegata a logiche extraeconomiche, in particolare ad indicazioni di connotazione politica provenienti dall'ente pubblico di riferimento, giustificando, così, la necessità di imporre legislativamente la procedura a carattere pubblico idonea a garantire, artificialmente, condizioni simili a quelle di mercato, favorendo l'imparzialità della stazione appaltante nonché il confronto competitivo tra gli operatori interessati alla commessa pubblica⁶⁷.

Nell'ambito dell'indagine che si sta compiendo, volta a mettere in luce la *ratio* sottesa all'applicazione della procedura ad evidenza pubblica, merita di essere considerata anche la nozione di impresa pubblica⁶⁸, la quale trova un primo, fondamentale, inquadramento, nel Trattato CE che, tramite il disposto di cui all'art. 86, assoggetta le medesime, insieme alle imprese beneficiarie di diritti esclusivi o speciali, al principio di non discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 Tratt.), nonché alle regole poste alle imprese a tutela della concorrenza (art. 81-85 Tratt.), compreso il divieto di aiuti di Stato (art. 87-89 Tratt.), sia pure nei limiti in cui

2306; Cons. St., sez. II, 25 settembre 2002, n. 2020, *ivi*, 2002, 3019. In tema cfr. anche S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 275 ss.; G. GUCCIONE, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1032 ss.

⁶⁷ R. GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, cit., 177.

⁶⁸ Sul tema si v. C. LACAVALA, *L'impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, t. IV, Milano, 2003, 3901 ss.

l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata⁶⁹.

In ambito nazionale, l'art. 3, comma 28, del Codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 163/2006, recependo le definizioni comunitarie in materia, considera "pubbliche" le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie o perché ne detengono una partecipazione finanziaria o in virtù delle norme speciali che disciplinano tali imprese; in particolare, l'influenza dominante si può considerare presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici detengono la maggioranza del capitale sottoscritto o controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa o hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

La differenza strutturale tra la nozione ora in esame e quella di organismo di diritto pubblico si coglie fundamentalmente attraverso la valorizzazione del dato letterale per cui un'impresa, anche pubblica, indipendentemente dalla veste formale, pubblicistica o privatistica assunta, per definizione, soddisfa bisogni di interesse generale a carattere industriale o commerciale, operando secondo le regole e i meccanismi propri del mercato⁷⁰, con conseguente sussistenza di quegli indici, come l'agire in normali condizioni di mercato, il perseguimento di uno scopo di lucro nonché l'assunzione del relativo rischio, che, come sottolineato in precedenza, escludono la configurabilità di un organismo di diritto pubblico, il quale, viceversa, si caratterizza, tra le altre cose, per una carenza di imprenditorialità sostanziale⁷¹. In altri termini, l'impresa pubblica, perlomeno a livello definitorio, appare deputata a svolgere un'attività economica, sia pure sotto l'influenza dominante di un'autorità pubblica, nel rispetto dei principi della normale gestione commerciale, con

⁶⁹ Per una visione comunitaria del fenomeno in esame cfr. M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti, G. Greco, *Parte speciale*, t. III, Milano, 2007, 1205 ss.; E. FERRARI, *L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive comunitarie*, in AA.VV., *Organismi e imprese pubbliche*, cit., 123 ss.

⁷⁰ R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, cit., 2419.

⁷¹ F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persona giuridica*, Milano, 2004, 288 ss. In tema si v. anche G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in AA.VV., *Organismi e imprese pubbliche*, cit., 91 ss.; A. NIUTTA, A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 1999, 477 ss.

conseguente sottoposizione alle relative regole⁷². Pertanto la nozione di impresa pubblica non solo non coincide con quella di organismo di diritto pubblico⁷³, ma neppure può farsi rientrare in tale ultima categoria, la quale, escludendo espressamente gli enti che perseguono fini di interesse commerciale o industriale, non può logicamente comprendere quelli che si caratterizzano per l'esercizio di un'attività economica. Ne deriva che la normativa comunitaria sugli appalti non coinvolge, di regola, l'impresa pubblica, stante il fatto che la medesima è normalmente sottoposta alle regole della concorrenza e dunque al funzionamento naturale dei meccanismi di mercato, non generando, perciò, alcuna necessità di creare artificialmente gli stessi tramite la sottoposizione al procedimento ad evidenza pubblica. In altri termini, qualora un soggetto che assume la veste di impresa, a prescindere dal fine generale perseguito, esercita la propria attività in un contesto concorrenziale, non sussiste l'esigenza di imporre il modello concorsuale oltre la sfera della soggettività pubblica, non potendo essere ravvisato alcun effetto utile conseguente alla limitazione dell'autonomia privata e della libertà dell'imprenditore di selezionare il proprio contraente secondo le naturali logiche del mercato⁷⁴.

Invero, un inquadramento corretto della materia non può non tenere conto che il requisito del carattere non industriale o commerciale richiesto per la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico è stato riferito, non tanto all'attività in senso oggettivo-organizzativo, quanto al bisogno soddisfatto⁷⁵, con conseguente necessità di distinguere imprese e società vere da quelle solo apparenti⁷⁶, per comprendere queste ultime nella nozione di organismo di diritto

⁷² G. MARCHEGIANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1233 ss.

⁷³ Sul punto cfr. Corte di giustizia CE, sez. VI, 15 maggio 2003, in C- 214/00, cit.; Corte di giustizia CE, 16 ottobre 2003, in C-283/00, cit. In tema si v. anche G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 91 ss.; G. PANZIRONI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: un approccio non solo giuridico*, *ivi*, 2004, 131 ss.; P. SANTORO, *Soggetti pubblici e privati nella nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico*, in *Riv. Corte conti*, 2001, 292 ss.; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839 ss.

⁷⁴ M.A. SANDULLI, *L'impresa pubblica: i limiti di applicabilità della normativa pubblicistica*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., 216.

⁷⁵ Sul punto cfr. F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 83 ss.

⁷⁶ G. GRUNER, *Considerazioni attorno alle società pubbliche dello Stato (Parte seconda)*, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 168 ss., distingue tra «società pubbliche imprese e società pubbliche non imprese» affermando che le prime, nell'attività di gestione dell'impresa, devono comportarsi come soggetti privati, perché in questo consiste e si risolve l'interesse pubblico in forza del quale sono

pubblico, escludendo viceversa le prime, giungendo a giustificare l'ampliamento del novero delle amministrazioni aggiudicatrici ai casi in cui è effettivamente necessaria l'applicazione della disciplina comunitaria in materia di gara e messa in concorrenza⁷⁷.

Da quest'ultimo punto di vista, i confini tra la figura dell'impresa pubblica e quella dell'organismo di diritto pubblico, al di là delle delimitazioni formali e terminologiche, si fanno incerti ed insuscettibili di essere fissati sulla scorta di definizioni astratte in grado di racchiuderne gli elementi in maniera impermeabile a contaminazioni reciproche⁷⁸. Così, in un quadro (a volte piuttosto confuso) in cui non sono ritenuti indici decisivi, ma solo elementi utili ai fini di una valutazione complessiva, il perseguimento di uno scopo di lucro e l'inserimento dell'attività societaria in un quadro di libera concorrenza, nemmeno la struttura organizzativa della società per azioni viene ritenuta, di per sé, incompatibile con la qualificazione della medesima come organismo di diritto pubblico⁷⁹.

Ne deriva, come si avrà modo di rilevare più approfonditamente, che le società affidatarie dirette di servizi pubblici locali, cui è dedicata la presente trattazione, sono obbligate a ricorrere a procedure ad evidenza pubblica nell'espletamento dell'attività contrattuale da loro posta in essere, non tanto, nonostante la tendenza estremamente "possibilista" assunta dalla giurisprudenza sul tema, in qualità di organismo di diritto pubblico, stante la asserita incompatibilità tra "servizi pubblici di rilevanza economica" e "soddisfacimento di bisogni non avente carattere industriale o commerciale", quanto come mere articolazioni organizzative dell'ente pubblico o degli enti pubblici dai quali promanano. Tali essenziali considerazioni paiono già sufficienti, per ora, a segnalare come il principio di evidenza pubblica tenda ad insinuarsi anche nell'ambito di compagini

state costituite, mentre le seconde posseggono in ogni caso la qualifica di organismo di diritto pubblico, con tutto ciò che ne consegue.

⁷⁷ G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismo di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 67-68.

⁷⁸ Nel senso che la nozione di organismo di diritto pubblico, in relazione a quella di impresa pubblica, sconta un regime di interezza giuridica, cfr. C. DEODATO, *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, in www.giustamm.it.

⁷⁹ Sulla compatibilità tra forma della società per azioni e sostanza dell'organismo di diritto pubblico cfr. Cass. civ., sez. un., 12 maggio 2005, n. 9940, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 5; Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7134, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2003, n. 8240, in *Foro amm. CdS*, 2003, 3844; Cons. St., sez. III, 11 marzo 2003, n. 525, *ivi*, 1406; Cons. St., sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, *ivi*, 2002, 2146; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 12 luglio 2007, n. 130, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia, Brescia, 26 marzo 2004, n. 254, in *Foro amm. TAR*, 2004, 604; T.A.R. Campania, sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868, *ivi*, 2003, 2335, con nota di D. PALLOTTINO, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche ed organismi di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale*.

la cui forma organizzativa e la cui collocazione in un ambito di mercato sembrerebbe suggerire la soluzione contraria, che invece non viene perseguita quasi a voler compensare “a valle” una restrizione della libera concorrenza effettuata “a monte” in sede di affidamento diretto del servizio ad un soggetto, costituito sotto forma di società di capitali ma pur sempre in mano pubblica.

Minori incertezze applicative circa la nozione di impresa pubblica possono probabilmente incontrarsi qualora una siffatta compagine si trovi ad operare nei settori c.d. speciali, ove tale concetto rileva in maniera precipua, finendo per risultare sottoposta alla relativa disciplina di cui alla direttiva 2004/17/CE, recepita, come noto, nel nostro ordinamento, dal Codice dei contratti, a norma della quale il ricorso al procedimento ad evidenza pubblica, sia pure secondo regole meno stringenti rispetto a quelle imposte nei settori tradizionali, appare giustificato, non tanto dalla soggettività pubblica dell’operatore, quanto dalle peculiarità del mercato in cui si inserisce l’attività svolta⁸⁰, sul presupposto che esso non sia ancora pienamente informato alle logiche della concorrenza, fermo restando che tale esigenza viene meno, con conseguente riespansione della disciplina ordinaria delle imprese, nel caso, contemplato dal 40° “considerando” della direttiva citata, di appalti volti a prestare un’attività che, in un determinato Stato membro, sia esposta alla concorrenza su di un mercato liberamente accessibile.

Un ulteriore indice della tendenza ad informare l’azione amministrativa ai canoni dell’evidenza pubblica si coglie considerando l’estensione di tale esigenza, se non sotto il profilo della rigida scansione procedimentale, perlomeno dal punto di vista dei principi ispiratori, ad un istituto tradizionalmente considerato escluso dall’applicazione delle norme poste dal Trattato CE, nonché dalla disciplina in materia di appalti pubblici, quello delle concessioni, in particolare di servizi, nell’ottica di scardinare l’abitudine, invalsa in passato, a considerare legittimo il ricorso a procedure negoziate per l’affidamento delle stesse, considerate come una sorta di delega di un servizio pubblico che poteva essere attribuita solo sulla base di

⁸⁰ Sul punto cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 27 ss. In particolare l’art. 207 Codice dei contratti pubblici prevede che la parte relativa ai settori speciali si applichi, tra gli altri, alle imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli artt. da 208 a 213 del Codice stesso, ossia relativamente ai settori del gas, dell’energia termica ed elettricità (art. 208), dell’acqua (art. 209), dei servizi di trasporti (art. 210), dei servizi postali (art. 211), della prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi (art. 212), dei porti ed aeroporti (art. 213).

un rapporto fiduciario con il concessionario⁸¹. Di fronte a tale situazione, non conforme all'ordinamento comunitario, la Corte di giustizia⁸² ha sentito l'esigenza, accogliendo anche le istanze in tal senso espresse dalla Commissione⁸³, di ricondurre a termini di compatibilità comunitaria l'istituto ora in esame, sottoponendolo ad un quadro di principi che, in qualche modo, assicuri la possibilità di partecipazione a tutti gli operatori comunitari: da questo punto di vista è stato precisato che, in tema di concessioni, gli enti aggiudicatori sono tenuti a rispettare, in generale, i principi fondamentali del Trattato, nonché, in particolare, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, il quale comporta un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un

⁸¹ Nell'ambito dell'ordinamento italiano, la concessione è stata il primo, dal punto di vista storico, dei modi di gestione dei servizi pubblici, tant'è che essa ha ricevuto una regolamentazione già nell'art. 267 del r.d. 14 settembre 1931, n. 1175 (T.U. per la finanza locale) il quale disponeva che le concessioni devono essere di regola precedute da asta pubblica, consentendosi il ricorso a licitazione o trattativa privata quando lo consigliassero "circostanze speciali in rapporto alla natura dei servizi". Sulla base di tale disposto normativo, fino ad un'epoca relativamente recente, si è sempre ritenuto che la specificità del ruolo del concessionario integrasse una di quelle "speciali" circostanze di cui sopra, la quale giustificava l'esonero dall'obbligo di utilizzare una procedura ad evidenza pubblica, pur nel rispetto dei principi di buona amministrazione ed imparzialità, anche in ragione del ritenuto carattere fiduciario sotteso al rilascio della concessione. In tema, per maggiori approfondimenti, si v. F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, 2005,

⁸² Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 2000, in C-324/98, *Teleaustria e Telefonadress*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1419, con nota di G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*. Per un commento a quest'ultima sentenza si v. anche M.V. FERRONI, *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Corr. giur.*, 2001, 494 ss.; L. BONECHI, *Concessioni di appalti pubblici: la Corte elimina i dubbi sulla disciplina applicabile*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2001, 324 ss. In termini conformi si v. anche Corte di Giustizia CE, 6 aprile 2006, in C-410/04, in *Foro amm. CdS*, 2006, 309; Corte di Giustizia CE, 27 ottobre 2005, in cause riunite C-187/04 e C-188/04, *Commissione c. Repubblica Italiana*, *ivi*, 2005, 2813; Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, in C-458/03, *Parking Brixen*, *ivi*, 2005, 2804, su cui si v. P. LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*, in *Urb. e app.*, 2006, 34 ss.; Corte di giustizia, 18 novembre 1999, in C-275/98, *Unitron Scandinavia*, con nota di L. BONECHI, *Principio di trasparenza e principio di non discriminazione in base alla nazionalità. Verso una possibile estensione della rilevanza comunitaria dei contratti del settore pubblico?*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2002, 229 ss. In tema cfr., inoltre, G. GRECO, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 993 ss.

⁸³ Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000, in G.U.C.E., 121/5 del 29 aprile 2000. In tema si v. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 112 ss.; A. MATTERA *Il diritto comunitario e le concessioni di servizi di pubblica utilità: tra liberalizzazione e universalità*, in *Serv. pubbl. app.*, 2003, 5 ss.; S. TESCAROLI, *op. cit.*, 189 ss.; G. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1263 ss.; E. VALLANIA, *Le innovazioni apportate dalla comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 838 ss.; F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2000, 1071 ss.; A. BARONE, U. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, 389 ss.; L. QUARTA, D. SPINELLI, *Appalti pubblici europei: la comunicazione interpretativa della Commissione in tema di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 585 ss.

adeguato livello di pubblicità, tale da permettere l'apertura alla concorrenza e la possibilità di controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. Ciò non preclude al concedente la libertà di scegliere la forma di aggiudicazione che ritiene più appropriata, senza che si debba necessariamente fare ricorso ad una gara⁸⁴, purchè la scelta del candidato sia operata nel rispetto del principio della parità di trattamento, ossia secondo criteri obiettivi all'esito di una procedura rispettosa di regole e requisiti predeterminati⁸⁵.

Tale linea di tendenza è stata consacrata a livello normativo, nel nostro ordinamento, attraverso il disposto di cui all'art. 30 del Codice dei contratti⁸⁶, il quale sancisce la sottoposizione della scelta del concessionario ai principi desumibili dal Trattato e dalla normativa in tema di contratti pubblici, con particolare riferimento, oltre ai principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento, a quello di mutuo riconoscimento⁸⁷, il quale, ponendosi in relazione con la libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, comporta che lo Stato membro in cui la prestazione è fornita accetti le specifiche tecniche, i controlli nonché i titoli, i certificati e le qualifiche prescritte in un altro Stato membro, nella misura in cui essi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione⁸⁸, nonché al principio di proporzionalità che, in generale, comporta che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti⁸⁹, mentre, applicato alle concessioni, esso impedisce ad uno Stato membro, ad esempio, di esigere, ai fini della selezione dei candidati, capacità tecniche, professionali o finanziarie eccessive o sproporzionate rispetto all'oggetto della concessione o di ricorrere a deroghe delle disposizioni generali del Trattato, se non quando ciò risulti indispensabile allo scopo di raggiungere gli obiettivi prefissati;

⁸⁴ Corte di giustizia CE, 21 luglio 2005, in C-231/03, *Coname*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2001 ss., con nota di F. GAVERINI, *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di "controllo" sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*.

⁸⁵ Corte di giustizia CE, 25 aprile 1996, in C-87/94, *Bus Wallons*, in *Racc.*, 2043.

⁸⁶ In tema si v. R. MORZENTI PELLEGRINI, *Commento art. 30*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 318 ss.

⁸⁷ Su cui si v. Corte di Giustizia CE, 25 luglio 1991, in C-76/90, *Dennemeyer*, in *Racc.* I-4221; Corte di Giustizia CE, 7 maggio 1991, in C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Racc.*, I-2357.

⁸⁸ Ad esempio, lo Stato membro in cui è fornita la prestazione è tenuto ad accettare le qualifiche equivalenti relative alle capacità professionali, tecniche e finanziarie dei prestatori di servizi già acquisite dagli interessati in un altro Stato membro. Sul punto Cfr. B. MAMELI, *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 63 ss., spec. nt. 161.

⁸⁹ Sull'argomento si v., di recente, Corte di Giustizia CE, 3 marzo 2005, in C-21/03, *Fabricom SA*, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 669.

inoltre, sempre in omaggio a tale principio, è da ritenersi che la durata della concessione deve essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza più di quanto non sia necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura ragionevole⁹⁰.

Ciò posto, non resta che rilevare come, ad ulteriore accentuazione della linea di tendenza in atto, l'articolo 30 del Codice degli appalti non si limiti a richiedere una procedura di affidamento rispettosa dei principi comunitari poc'anzi succintamente esposti, ma fissi delle modalità ben precise circa il procedimento che deve condurre alla scelta del concessionario, il quale, oltre alla predeterminazione dei criteri selettivi, imposta dal rispetto del principio della parità di trattamento, deve prevedere una gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, sempre che sussistano in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione.

5. *Deroghe al principio di evidenza pubblica e affidamento in house.*

L'indagine compiuta fino ad ora, lungi dal pretendere di approfondire i complessi temi che si sono potuti solo sfiorare, aveva l'obiettivo di sottolineare come il procedimento di evidenza pubblica sia preordinato a tutelare e valorizzare, oltre che il buon andamento dell'amministrazione, secondo la tradizionale visione nazionale, anche e soprattutto, dopo le sollecitazioni comunitarie in tal senso, la formazione di un mercato di dimensioni europee caratterizzato dal libero esplicarsi, al suo interno, dei meccanismi concorrenziali, ritenuti in grado di realizzare i valori portanti della costruzione comunitaria e, per loro tramite, anche le esigenze di efficienza, efficacia ed economicità della azione amministrativa.

Da questo punto di vista, il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente emerge come regola di comportamento ordinaria e fisiologica per tutti quei soggetti che, da un lato, presentando intrinseci e strutturali elementi di pubblicità, non offrono adeguate garanzie di "impermeabilità" a logiche diverse da quelle del mercato, rendendo così necessaria la creazione "artificiale" di una situazione concorrenziale che deve informarne il processo decisionale e che, dall'altro lato, si inseriscono in un mercato il quale, per peculiarità sue proprie, non si presenta come perfettamente libero ed accessibile, necessitando così di alcuni correttivi, sia pure più attenuati di quelli imposti nei settori tradizionali, volti alla

⁹⁰ Sul punto cfr. MAMELI, *op. cit.*

tutela, per quanto possibile, della concorrenza. Come visto, nel primo caso viene in considerazione il concetto di amministrazione aggiudicatrice, comprensiva, coerentemente alla evoluzione delle forme organizzative attraverso le quali vengono esercitate le funzioni pubbliche, del concetto di organismo di diritto pubblico, nel secondo l'impresa pubblica.

Posto il principio dell'evidenza pubblica come criterio generale finalizzato alla tutela della libera concorrenza, ciò che preme rilevare in questa sede è come le forme alternative di scelta del contraente si presentino come ipotesi derogatorie al regime ordinario da ricondurre a fattispecie ben precise e circoscritte.

Rientrano evidentemente nell'alveo della eccezionalità le ipotesi, tassativamente individuate, da ultimo, dagli art. 56 e 57 d.lgs. n. 163/2006, in cui le stazioni appaltanti sono legittimate a ricorrere ad una procedura negoziata per l'aggiudicazione di appalti pubblici⁹¹; lo stesso si può affermare in relazione alle procedure di acquisizione in economia di beni, servizi e lavori, sotto forma di amministrazione diretta o cottimo fiduciario, in quanto fattispecie inquadrata, dall'art. 125 d. lgs. n. 163/2006, nell'ambito dei contratti sotto soglia comunitaria e sottoposta a precisi vincoli in ordine all'importo massimo della commessa e alle modalità procedurali attraverso le quali essa viene affidata⁹².

⁹¹ Sull'eccezionalità dell'istituto in esame cfr. Corte di giustizia CE, sez. II, 27 ottobre 2005, in C-187/04, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 1765; Corte di giustizia CE, sez. I, 2 giugno 2005, in C-394/02, in *Urb. e app.*, 2005, 778, con commento di M. PROTTO, *Illegittimo ricorso alla trattativa privata*; Corte di giustizia CE, sez. II, 13 gennaio 2005, in C-84/03, *Commissione c. Regno di Spagna*, *ivi*, 2005, 1275 ss., con commento di G. BARDELLI, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra pp.aa. fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*; Corte di giustizia CE, sez. I, 18 novembre 2004, in C-126/03, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3030; Corte di giustizia CE, sez. II, 14 settembre 2004, in C-385/02, *ivi*, 2004, 2393, su cui si v. anche il commento di C. DE ROSE, *La trattativa privata nei lavori pubblici: se e quando si può fare*, in *Cons. St.*, 2004, 2049 ss.; per quanto riguarda la giurisprudenza interna si v., di recente, *Cons. St.*, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3999, *ivi*, 2006, 1925; T.A.R. Lazio, sez. I bis, 24 aprile 2008, n. 3546, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 marzo 2007, n. 1781, in *Comuni d'Italia*, 2007, 4. In dottrina cfr. L. MONTEFERRANTE, *Diritto comunitario e ricorso alla trattativa privata: l'Italia è ancora inadempiente*, in *Urb. e app.*, 2006, 289 ss.; E. D'ARPE, *Brevi considerazioni di commento al codice degli appalti pubblici*, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, pt. 4, 203 ss.; C. DE ROSE, *Ancora sui limiti comunitari alla trattativa privata: un dovuto riconoscimento alla Corte dei conti italiana e le ultime conferme in materia*, in *Cons. St.*, 2005, 1609; M. ZOPPOLATO, *Art. 24 (Trattativa privata)*, in AA.VV., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Milano, 2003, 608; B. FANETTI, *La trattativa privata nei contratti della pubblica amministrazione: disciplina, natura giuridica e forme di tutela dei soggetti interessati*, in *Dir. & form.*, 2002, 733 ss.; R. DE NICTOLIS, *I sistemi di scelta del contraente – Trattativa privata*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. Caringella, G. De Marzo, Milano, 2003, 723 ss.

⁹² In tema cfr. A. CAROSI, *La disciplina dei lavori, servizi e forniture in economia secondo il Codice dei contratti*, in *Enti pubbl.*, 2006, 131 ss.; R. FALSONE, S. FALSONE, *L'esecuzione "in economia" con particolare riferimento ai lavori*, in *Nuove autonomie*, 2004, 225 ss.; S. GLINIANSKY, *Gestione degli acquisti tra autonomia e centralizzazione*, in *Nuova rass.*, 2003, 2090; A. TABARRINI, L. TABARRINI, *Dei lavori in economia*, in *Comuni d'Italia*, 2002, 397 ss.; C.

A maggior ragione non si può dubitare circa il carattere eccezionale della “attenuazione” del procedimento ad evidenza pubblica in relazione a situazioni del tutto peculiari⁹³ facenti riferimento, in primo luogo, ai c.d. contratti esclusi, di cui al titolo II della Parte I del d.lgs. n. 163/2006, i quali, peraltro, risultano comunque sottoposti, ai sensi dell’art. 27, comma 1, ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, nonché ad un procedimento che, compatibilmente con l’oggetto del contratto, deve prevedere l’invito ad almeno cinque concorrenti prima di procedere all’affidamento⁹⁴, nonché, in secondo luogo, ai contratti nei settori speciali di rilevanza comunitaria⁹⁵ di cui alla Parte III del medesimo provvedimento normativo, le quali, come noto, non sono soggette, se non in parte, alla medesima disciplina riservata ai settori tradizionali, ferma restando, come visto in precedenza, la sottoposizione, ai sensi dell’art. 219, comma 1, d. lgs. n. 163/2006, alle regole dettate per le imprese comuni nel caso di attività esercitata in uno Stato membro che risulti «esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili».

All’esito della breve disamina fin qui condotta circa la *ratio* sottesa all’applicazione della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente da parte di soggetti rientranti nella nozione di amministrazione aggiudicatrice, il ragionamento appare maturo per tracciare, come era nelle intenzioni, un inquadramento sistematico dell’istituto dell’affidamento “*in house*” di servizi pubblici locali, rinviando gli ulteriori approfondimenti sul tema al prosieguo del presente lavoro.

MANINCHEDDA, *Brevi note in tema di servizi in economia*, in *Nuova rass.*, 2002, 695; M. PINI, *Lavori in economia. Principi generali e regolamenti delle spese*, in *App. urb. ed.*, 1998, 9 ss.

⁹³ Tali situazioni riguardano i contratti relativi alla produzione e commercio di armi, munizioni e materiale bellico (art. 16), quelli segreti o che comunque esigono particolari misure di sicurezza (art. 17), quelli aggiudicati in base a convenzioni internazionali o secondo procedure proprie di un’organizzazione internazionale (art. 18), oppure ancora risultano destinatari di una disciplina derogatoria di quella generale i contratti di servizi esclusi (art. 19, comma 1), nonché gli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un’amministrazione aggiudicatrice ad un’altra o ad un consorzio o associazione di amministrazioni aggiudicatrici in base ad un diritto esclusivo spettante per legge, regolamento o atto amministrativo, pur nel rispetto dei principi del Trattato CE (art. 19, comma 2) ed inoltre i contratti in settori particolari, quali quello delle telecomunicazioni (art. 22) o del servizio pubblico di autotrasporto mediante autobus (art. 23), nonché gli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi (art. 24) o per l’acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione della stessa (art. 25) ed infine i contratti di sponsorizzazione di cui sia parte un’amministrazione aggiudicatrice (art. 26).

⁹⁴ In tema cfr. M. BALDI, *Contratti esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del codice*, in *Urb. e app.*, 2006, 758 ss.

⁹⁵ I settori c.d. speciali sono quelli del gas, dell’energia termica, dell’acqua, dei trasporti, dei servizi postali, nonché quello inerente allo sfruttamento di area geografica di rilevanza comunitaria. In tema cfr. L. GERMANI, *Le innovazioni della direttiva 2004/17/CE*, in *Urb. e app.*, 2006, 264 ss.

Dal punto di vista che interessa al momento considerare, il fenomeno in esame si attergerebbe, non tanto a deroga, anche se la giurisprudenza si è spesso espressa in questi termini, quanto, più precisamente, a modalità organizzativa alternativa rispetto ai contratti pubblici, finendo per sfuggire all'applicazione della disciplina prevista per questi ultimi. Infatti, la tutela apprestata dall'ordinamento comunitario, e conseguentemente da quello nazionale, nei confronti di un assetto concorrenziale del mercato non si spinge fino a disconoscere ogni margine di autonomia organizzativa in capo agli enti pubblici locali in merito alla produzione e all'offerta alla collettività di riferimento dei servizi e delle prestazioni di propria competenza; ne deriva il riconoscimento in capo alla pubblica amministrazione della libertà di autoproduzione⁹⁶, la quale consiste nella possibilità, sia pure in casi limitati e circoscritti, di optare per formule organizzative alternative rispetto all'acquisizione sul mercato delle prestazioni destinate alla collettività.

In particolare, il riconoscimento della possibilità di affidamento diretto di servizi pubblici locali rappresenta un tentativo di conciliare i principi comunitari posti a tutela della concorrenza con il potere di auto organizzazione riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri sul presupposto che non risulta codificato un obbligo in capo alle medesime di esternalizzazione, ma solo quello di rispettare la disciplina in materia nel momento in cui esse decidano di rivolgersi al mercato, secondo una valutazione discrezionale che, condotta dall'ente più idoneo ad interpretare il bisogno della collettività di riferimento, dovrebbe giungere ad individuare, tra auto produzione e selezione ad evidenza pubblica del contraente, la soluzione maggiormente in grado di garantire l'economicità, l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa⁹⁷.

Così, mentre la figura dell'organismo di diritto pubblico, in precedenza tratteggiata, costituisce, da un punto di vista funzionale, uno strumento di estensione della procedura ad evidenza pubblica a soggetti solo formalmente privati ed imprenditoriali, ma non sostanzialmente tali, l'istituto dell'affidamento diretto opera nel senso opposto di escludere il confronto competitivo sul mercato nel momento in cui si ravvisi l'insussistenza di un rapporto di terzietà tra prestatore o fornitore ed amministrazione aggiudicatrice, in considerazione del fatto che quest'ultima esercita sul primo un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici e che lo stesso realizzi la parte più importante della propria attività a favore

⁹⁶ Sul punto cfr. Cons. St., sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, in *Riv. trim. app.*, 1999, 284.

⁹⁷ D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione* in house, cit., 282.

dell'ente che lo controlla: in tali condizioni, esplicitate per la prima volta nella paradigmatica sentenza *Teckal* della Corte di Giustizia⁹⁸, l'immedesimazione organica sussistente tra il soggetto pubblico e il contraente determina l'insussistenza di un vincolo definibile come "contrattuale", facendo venir meno la necessità di rispettare le relative procedure ad evidenza pubblica.

Dal punto di vista della tutela della concorrenza, è pur vero che la restrizione operata "a monte" in sede di affidamento del servizio, sarebbe "compensata" riespandendosi a "valle", nel senso che il prestatore *in house*, in quanto entità indistinta sul piano organizzativo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice affidataria del servizio, risulta, come rilevato in precedenza, a sua volta soggetto all'obbligo di osservanza della disciplina sugli appalti pubblici; tuttavia, lo spostamento del momento di apertura alla concorrenza non comporta, verosimilmente, che il saldo complessivo risulti in pareggio, nel senso che il complesso delle gare che gli affidamenti diretti evitano "a monte" si riversi poi "a valle" in capo all'affidatario "in house", sia pure nelle vesti di amministrazione aggiudicatrice, in quanto quest'ultimo realizza direttamente i prodotti da fornire, i servizi da offrire o i lavori da espletare, determinando una "perdita secca" in termini di accesso al mercato secondo le regole della concorrenza⁹⁹.

Da quest'ultima considerazione discende il portato finale del ragionamento fin qui condotto, il quale porta a concludere nel senso che la procedura di affidamento diretto di servizi pubblici locali costituisce quasi un *vulnus* al principio di libera concorrenza, tollerato dall'ordinamento comunitario in omaggio alla necessità di non interferire eccessivamente nella scelta discrezionale competente alle Pubbliche Amministrazioni degli Stati membri in ordine alle modalità di erogazione dei c.d. servizi pubblici, purchè tale possibilità sia correttamente interpretata come eccezione alla regola ordinaria che impegna le amministrazioni aggiudicatrici, per i motivi che si sono illustrati, al rispetto delle procedure ad evidenza pubblica.

Come ci si accinge ad illustrare nel prosieguo del lavoro, la giurisprudenza della Corte di giustizia più recente si caratterizza per il tentativo di sottrarre l'ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali ad una dimensione di normalità invalsa, per ricondurla al contesto residuale, rispetto al principio di evidenza

⁹⁸ Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, in C-197/98, in *Urb. e app.*, 2000, 227.

⁹⁹ G. GRECO, *op. ult. cit.*, 75.

pubblica, che le compete¹⁰⁰, attraverso una stretta e rigorosa interpretazione dei requisiti all'uopo richiesti, in particolare quello del "controllo analogo".

¹⁰⁰ Sul punto cfr., di recente, Corte di giustizia CE, sez. I, 6 aprile 2006, in C-410/04, *Carbotermo*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 309; Corte di giustizia CE, sez. I, 11 gennaio 2005, in C-26/03, in *Ragiusan*, 2005, 121; Corte di giustizia CE, sez. VI, 8 maggio 2003, in C-349/97, in *Riv. trim. app.*, 2004, 1069, con nota di G. GUCCIONE, *Affidamenti in house e nozione di organismo di diritto pubblico*; Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2008, n. 156, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316, in *Foro amm. CdS*, con nota di S. COLOMBARI, *"Delegazione interorganica" e "in house providing" nei servizi pubblici locali*; T.A.R. Liguria, sez. I, 13 luglio 2006, n. 829, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2393; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 8 settembre 2004, n. 885, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 622, con nota di C.M. SARACINO, *In house providing: margini di scelta tra libera concorrenza e cooptazione*; T.A.R. Toscana, sez. II, 28 luglio 2004, n. 2833, in *Riv. amm. reg. Toscana*, 2004, 229; T.A.R. Piemonte, sez. II, 31 gennaio 2004, n. 127, in *Foro amm. TAR*, 2004, 6.

CAPITOLO II

GENESI E SVILUPPO DEL CONCETTO DI CONTROLLO “ANALOGO”

SOMMARIO: 1. Affidamento *in house* e controllo “analogo”: l’opera creatrice della Corte di Giustizia.

- 2. L’affidamento diretto di servizi pubblici locali nell’ordinamento giuridico interno. –
- 2.1. Preambolo: l’incidenza della giurisprudenza comunitaria sui sistemi giuridici nazionali.
- 2.2. Il quadro normativo nazionale di riferimento (in tema di servizi pubblici a rilevanza economica). – 2.3. L’affidamento diretto dei servizi pubblici locali nella giurisprudenza nazionale. – 2.3.1. Il concetto di controllo “analogo”. – 2.3.2. Gli strumenti extra statutari possibili “veicoli” del sistema di controllo “analogo”: in particolare, il contratto di servizio e la convenzione. – 2.3.3. Le questioni relative al capitale della società affidataria pluripartecipata. – 3. In fin dei conti controllo “analogo” non significa (o non dovrebbe significare) controllo “identico” a quello esercitato sui propri servizi.

1. *Affidamento in house e controllo “analogo”: l’opera creatrice della Corte di Giustizia.*

La nozione di produzione *in house* da parte della pubblica amministrazione conosce i propri albori nell’ordinamento del Regno Unito¹⁰¹ ove l’approvvigionamento di beni, servizi o lavori di cui le autorità pubbliche centrali o locali abbisognano per l’esercizio delle funzioni loro affidate può avvenire secondo due modalità procedurali: quella c.d. *in house*, per l’appunto, che si verifica quando la produzione di beni, lavori o servizi, l’erogazione di servizi pubblici o l’esercizio di pubbliche funzioni sono svolti direttamente dagli organi e uffici del soggetto pubblico medesimo oppure quella c.d. *contracting out*, la quale, al contrario, presuppone la scelta dell’amministrazione di affidare all’esterno l’approvvigionamento di beni, l’esecuzione di servizi o lavori, oppure l’erogazione di servizi pubblici o lo svolgimento di una funzione pubblica, ricorrendo, dunque, a strumenti di natura contrattuale, come l’appalto.

¹⁰¹ Sul punto cfr. D. CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, cit., 103 ss., ivi ulteriori riferimenti. In tema, per una visione in termini comparatistici, cfr. anche AA.VV., *Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali. Modelli europei a confronto*, a cura di L. Ammannati, F. Di Porto, Milano, 2007; L. CUOCOLO, *I servizi pubblici nell’ordinamento giuridico italiano ed europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2007, 347 ss.; ID. (a cura di), *I servizi pubblici negli ordinamenti europei*, ivi, 802 ss.; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.; G. MARCOU, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l’esperienza francese, inglese e tedesca*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 125 ss.

In particolare, sia la procedura del *compulsory competitive tendering*, prevista dal *Local Government, Planning and Land Act* del 1980, nonché dai successivi *Local Government Act* del 1988 e del 1992, sia la procedura del *Best Value*, introdotta ad opera del *Local Government Act* del 1999, hanno imposto alle autorità pubbliche che ne sono soggette l'individuazione della soluzione organizzativa più economica, efficiente ed efficace per l'esercizio delle proprie competenze e per l'acquisizione delle risorse all'uopo necessarie attraverso un sistema di comparazione che prevede il confronto tra auto-produzione da parte della medesima autorità e soluzioni alternative, quali, in via precipua, le offerte provenienti da soggetti terzi¹⁰².

Per quanto riguarda l'ordinamento comunitario, la nozione di affidamento *in house* si affaccia per la prima volta nella comunicazione della Commissione europea dell'11 marzo 1998 recante «Gli appalti pubblici nell'Unione europea», ove semplicemente ci si propone di definire compiutamente i caratteri «degli appalti *in house*, ossia quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio, tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata», ma è grazie all'opera creatrice della Corte di giustizia, foriera, come noto, di regole che costituiscono diritto comunitario a tutti gli effetti, che vengono definiti i contorni dell'istituto in esame, enucleando in maniera via via maggiormente precisa le condizioni in presenza delle quali risulta legittimo un affidamento diretto di servizi pubblici in deroga all'applicazione delle generali norme comunitarie in tema di concorrenza¹⁰³, anche se, come si vedrà, nel costruire condizioni derogatorie puramente astratte, la giurisprudenza comunitaria ha trascurato di considerare che un siffatto modello non risponde ad una realtà significativa dell'organizzazione pubblica¹⁰⁴, oltre a presentare dei profili di incompatibilità con la normativa privatistico-societaria posta dagli Stati membri.

¹⁰² Sull'argomento cfr. J. FENWICK, K. HARROP, *Servizi pubblici locali nel Regno Unito. Privatizzazione e concorrenza*, in *Dir. ec.*, 2000, 53 ss. In tema si v. anche A. ALAIMO, A. TEMPESTA, *Affidamenti diretti e "in house": l'esperienza del Regno Unito*, in *Amministrare*, 2006, 425 ss.

¹⁰³ In tema si v. C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1 ss.; D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, *ivi*, 17 ss.; G.F. FERRARI, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in M.P. CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006, 31 ss.

¹⁰⁴ In questi termini cfr. M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 555.

L'*excursus* giurisprudenziale annunciato¹⁰⁵ conosce i suoi esordi già a partire dalle sentenze *Arnhem*¹⁰⁶ e *RI.SAN*¹⁰⁷, ove si è cominciato ad individuare nel rapporto di delega interorganica tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario (data dalla dipendenza finanziaria e amministrativa, sia gestionale che organizzativa di quest'ultimo nei confronti della prima) un fattore in grado di escludere la necessità di ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica nell'affidamento dell'appalto.

Tale principio ha ricevuto un'enunciazione maggiormente compiuta nella paradigmatica sentenza *Teckal*¹⁰⁸, la quale è stata poi assunta come punto di partenza per l'elaborazione condotta dalla successiva giurisprudenza volta a precisare il significato dei requisiti che legittimano l'affidamento diretto di servizi pubblici. In particolare, la Corte di giustizia, nella medesima occasione, ha specificato che presupposto per l'applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti, in quanto tale informata ai principi di trasparenza, concorrenza e non discriminazione, è che il prestatore o fornitore sia effettivamente un soggetto terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice¹⁰⁹, terzietà che va valutata alla stregua dei parametri, in precedenza indicati, costituiti dall'indipendenza

¹⁰⁵ Per una rassegna di giurisprudenza, comunitaria e nazionale, sul tema oggetto della presente trattazione si v. anche R. OCCHILUPO, *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 525 ss.; G. STANCANELLI, I. MOSCARDI, R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, I, Milano, 2008, 307 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2008.

¹⁰⁶ Corte di giustizia CE, 10 novembre 1998, in C-306/96, *Arnhem*, in *Racc.*, 1998, I, 6821.

¹⁰⁷ Corte di giustizia CE, sez. V, 9 settembre 1999, in C-108/98, *RI.SAN.*, in *Cons. St.*, 1999, III, 1905.

¹⁰⁸ Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, in C-107/98, *Teckal*, in *Foro amm.*, 2001, 795. In tema si v. D. PROTTO, *La direttiva 93/36/CE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è applicabile anche nei contratti fra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Urb. e app.*, 2000, 1152 ss.

¹⁰⁹ Negli stessi termini si v. anche Corte di giustizia CE, sez. IV, 7 dicembre 2000, in C-94/99, *Arge*, in *Foro amm.*, 2001, 6, in cui si afferma che «la direttiva 93/36/CEE è applicabile qualora un'amministrazione, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno». Analogamente cfr. anche Corte di giustizia CE, sez. II, 13 gennaio 2005, in C-84/03, *Comm. Ce c. Regno di Spagna*, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 486, in cui, prima di giungere all'affermazione del principio secondo cui «pure gli accordi di collaborazione stipulati tra le amministrazioni pubbliche e gli altri enti pubblici possono rientrare nella disciplina di evidenza pubblica», si ribadisce che, ai fini dell'applicazione delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici, è sufficiente che il contratto sia stato stipulato da un ente pubblico con una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo, potendo avvenire diversamente solo se l'ente in questione eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e se, nel contempo, quest'ultimo soggetto realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che lo controllano. Per un commento alla sentenza appena citata cfr. P. TOMASSI, *La Corte di giustizia ancora sull'ambito di applicazione soggettivo della disciplina sugli appalti pubblici*, in *Riv. amm. app.*, 2005, 309 ss.

finanziaria, amministrativa, gestionale ed organizzativa del soggetto prestatore rispetto al committente¹¹⁰. Qualora, al contrario, l'amministrazione eserciti sul soggetto affidatario un controllo "analogo" a quello esercitato sui propri servizi e il medesimo realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che lo controlla, si esula, secondo la Corte, dal campo applicativo della disciplina comunitaria, la quale presuppone l'incontro di volontà tra due persone distinte, con conseguente possibilità di affidamento diretto¹¹¹. In altri termini, la facoltà dell'ente di influire sulle decisioni del gestore e l'assenza di autonomia di quest'ultimo fanno perdere rilevanza al contratto stipulato con l'affidatario, il cui ruolo sarebbe quello di vera e propria articolazione organizzativa, ovvero di un'emanazione, del soggetto pubblico; in definitiva, la giustificazione alla possibilità di derogare al diritto comunitario in materia di concorrenza viene individuata, dalla giurisprudenza ora in esame, nell'assenza di un rapporto di tipo contrattuale tra affidante e affidatario: ne deriva che le condizioni del rapporto di servizio pubblico, coerentemente al principio di delegazione interorganica, non devono essere oggetto di contrattazione, ma stabilite in via unilaterale dall'ente locale¹¹².

I due requisiti individuati nella sentenza *Teckal*, consistenti, come si è appena rilevato, nella sussistenza di un rapporto di controllo "analogo" tra amministrazione

¹¹⁰ In tema cfr. A. PIAZZA, *In house providing: assenza di terzietà e nuovi approcci interpretativi*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 531 ss., spec. 535-536, il quale ritiene necessario, ai fini dell'integrazione del requisito del controllo analogo, la sussistenza di una relazione di subordinazione gerarchica tra società appaltatrice e amministrazione, tale da concretizzare uno stretto controllo gestionale e finanziario che si esprime attraverso un potere di direzione, per il quale l'organo sovraordinato impartisce direttive ed indirizzi, ossia indica gli obiettivi da raggiungere, lasciando libertà d'azione all'organo sottostante circa le modalità di perseguimento degli stessi, un potere di sostituzione, che sussiste solo laddove espressamente previsto dalla legge nonché attraverso poteri di controllo sull'ufficio subordinato e sul suo complessivo funzionamento.

¹¹¹ Per un commento alle prime prese di posizione della Corte di giustizia in tema di affidamento *in house* cfr. M. GALESI, *In house providing: verso una concreta definizione del "controllo analogo"?*, in *Urb. e app.*, 2004, 931 ss.; 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, 1461 ss.

¹¹² La Corte di giustizia CE, sez. II, 19 aprile 2007, in C-295/05, *ASEMFO*, in *Urb. e app.*, 2007, 1479 ss., con commento di R. CARANTA, *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, ha ritenuto sussistente il requisito del controllo "analogo" con riferimento ad una società costituita e regolata, per ciò che attiene agli aspetti giuridici, economici ed amministrativi, per legge ed il cui capitale è interamente detenuto da enti pubblici, la quale è tenuta ad effettuare in via esclusiva i lavori e le attività ad essa attribuite dalle autorità pubbliche socie nelle materie che costituiscono il proprio oggetto sociale, senza la possibilità di stabilire liberamente il costo degli interventi, il quale viene fissato da ogni amministrazione pubblica di cui tale società costituisce strumento interno e servizio tecnico in modo da riflettere i costi effettivi e complessivi sostenuti, secondo un rapporto che, non potendosi qualificare di natura contrattuale, presenta, al contrario, un carattere unilaterale. Ricorrendo tali condizioni, secondo i giudici comunitari, la società in questione non può essere considerata come un terzo rispetto agli enti pubblici che ne detengono le quote, così risultando legittimo l'affidamento diretto delle operazioni rientranti nel proprio oggetto sociale. In tema si v. G. FIENGO, *Un significativo allargamento dell'in house providing*, in *Rass. avv. Stato*, 2007, 254 ss.; G.F. FERRARI, *Un raro esempio di controllo analogo*, in *www.giustamm.it*.

aggiudicatrice e soggetto affidatario nonché nella destinazione, in misura prevalente, dell'attività di quest'ultimo a favore della prima, sono venuti a costituire i capisaldi fondanti la legittimità di procedure di affidamento diretto di servizi pubblici e, come tali, sono stati sviluppati dalla successiva giurisprudenza in tema la quale, come si è segnalato in precedenza, si è trovata nella necessità di arginare la disinvoltura con cui le amministrazioni aggiudicatrici dei Paesi membri hanno interpretato il portato della sentenza *Teckal*, travisando il carattere di eccezionalità, rispetto al principio del confronto concorrenziale, che deve rivestire la procedura di affidamento diretto, assunta nel frattempo a modalità ordinaria di comportamento. In tale opera di perimetrazione dei contorni dell'affidamento c.d. *in house*, la Corte di giustizia ha fatto perno sul requisito che consentiva maggiori sviluppi interpretativi, ossia quello del controllo "analogo", in quanto formula ancora inesplorata non facente parte delle tradizioni amministrative nazionali e quindi suscettibile di costituire una sorta di involucro il cui contenuto andava definito nella sua interezza attraverso l'opera della giurisprudenza.

Da questo punto di vista, infatti, il requisito della prevalenza dell'attività non è stato oggetto di particolari approfondimenti: in tema, si registra la posizione espressa dall'Avvocatura generale comunitaria, la quale ha avuto modo di esprimersi sul punto, dapprima, in senso negativo, affermando che il requisito in esame non è soddisfatto allorché l'ente affidatario svolge essenzialmente la propria attività con operatori o enti territoriali diversi da quelli che compongono l'amministrazione aggiudicatrice¹¹³, e poi, giungendo ad una ricostruzione più precisa della materia che ha portato a proporre il principio fondamentale secondo cui il giudice nazionale è tenuto ad accertare quale sia la parte più importante dell'attività tenendo conto di elementi non solo quantitativi, con precipuo riferimento al fatturato¹¹⁴, ma anche qualitativi¹¹⁵. In tale prospettiva, si è rigettata

¹¹³ Conclusioni dell'Avvocato generale M. Philippe Leger, presentate il 15 giugno 2000 nella causa C-94/99, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1449.

¹¹⁴ Da tale punto di vista T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 13 febbraio 2006, n. 198, in *Foro amm. TAR*, 2006, 754, ha ritenuto illegittima la scelta di un Comune di procedere all'affidamento diretto ad una società mista del servizio del servizio di illuminazione votiva del cimitero comunale, nel caso in cui la medesima società svolga una cospicua attività esterna (circa il 40% del fatturato), tanto da rendere non prevalente l'attività svolta a favore dell'Ente controllante.

¹¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Christine Stix-Hackl, presentate il 12 gennaio 2006 nella causa C-340/04, in www.curia.europa.eu. Sul punto si v. anche Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 439, in www.giurcost.org, la quale, nel censurare la legge della provincia autonoma di Bolzano n. 12 del 16 novembre 2007 nella parte in cui faceva riferimento, in ordine al requisito in esame relativo alla prevalenza dell'attività, esclusivamente al fatturato e alle risorse impiegate, ha statuito che «è necessario assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura

l'idea che il requisito della prevalenza dell'attività potesse essere soddisfatto a seguito della semplice verifica volta ad accertare che una determinata percentuale del fatturato del soggetto affidatario, ad esempio l'80%, secondo una regola mutuata dall'art. 13 della dir. 93/38/CEE in materia di settori speciali, fosse rivolta all'ente affidante, in quanto la rigidità di una percentuale fissa costituisce un ostacolo per addivenire ad una soluzione corretta della questione, non consentendo di prendere in considerazione elementi non quantitativi.

In particolare, per quanto riguarda l'aspetto qualitativo sarebbe necessario verificare, secondo l'impostazione in commento, l'esistenza di un mercato per l'attività effettuata dal soggetto controllato e, conseguentemente, la circostanza che quest'ultimo offra su tale mercato una parte delle proprie prestazioni a soggetti diversi dall'ente controllante, fermo restando che la presenza di condizioni di mercato non è esclusa a priori per il fatto che i richiedenti siano tutti soggetti pubblici, qualora siano presenti, anche solo potenzialmente, anche altri offerenti: in tal modo, si dovrebbe procedere ad una valutazione della posizione economica sul mercato, tenendo presente la regola secondo cui è possibile procedere a trattativa privata quando solo un operatore economico è in grado di eseguire l'appalto.

Inoltre, sempre dal punto di vista qualitativo, è stato precisato che si dovrebbe fare riferimento solo alle attività effettivamente esercitate dall'impresa e non a quelle che la medesima, in base alle risultanze statutarie, potrebbe in astratto esercitare nonché che l'attività da prendere in considerazione ai fini in esame non sarebbe solo quella che deve essere fornita al soggetto controllante, lasciando così fuori dal calcolo eventuali altri settori in cui opera l'impresa, bensì l'insieme di tutte le attività svolte da quest'ultima che, dunque, nel loro complesso, devono essere rivolte in via prevalente a favore dell'ente affidante.

Per ciò che attiene all'aspetto quantitativo, l'Avvocatura generale suggerisce di non considerare esclusivamente il fatturato, ma anche agli altri indicatori economici dell'impresa: da questo punto di vista, si può confrontare la somma dei proventi derivanti dalle attività a favore dei detentori di quote con la somma totale delle entrate.

qualitativa idonei a fare desumere, ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati - anche non contigui - in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente».

Infine, nel caso in cui la società controllata non svolga prestazioni solo a favore dell'ente che la controlla, ma anche di soggetti terzi situati nel territorio di riferimento di tale ente, allo scopo di verificare il requisito della prevalenza dell'attività, verrebbe in considerazione il rapporto tra terzi beneficiari e soggetto controllante: l'imputazione dell'attività effettuata a favore dei primi in capo a quest'ultimo sarebbe verosimile quando esso sia tenuto a fornire ai terzi quel tipo di prestazione in base ad un rapporto giuridico, ossia per legge o anche per contratto. Andrebbe esclusa, invece, secondo la ricostruzione offerta dall'Avvocatura generale, la tesi in base alla quale si deve ricomprendere nel calcolo circa la prevalenza dell'attività ogni prestazione svolta a favore della popolazione locale, in quanto, così facendo, verrebbero incluse le forniture effettuate a privati senza alcun rapporto con l'ente di riferimento (ad es. nel caso in cui un'impresa non si limitasse a fornire energia o smaltire rifiuti, ma vendesse anche determinati beni, come stufe o contenitori per rifiuti, che ogni consumatore potrebbe acquistare anche da altri fornitori): in definitiva, per tale specifico aspetto, sarebbe necessario considerare non solo la qualità del terzo richiedente ma anche il contenuto negoziale della prestazione effettuata.

Dal canto suo, la Corte di giustizia ha fornito indicazioni piuttosto scarse¹¹⁶, recependo l'indicazione dell'Avvocatura generale secondo cui, nel verificare la sussistenza del requisito della prevalenza dell'attività a favore dell'ente controllante, è necessario «prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie sia qualitative che quantitative» e limitandosi a puntualizzare che «il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni», non risultando rilevante «sapere chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente», né «sapere su quale territorio sia erogate tali prestazioni». Infine, la Corte ha precisato

¹¹⁶ Corte di giustizia CE, sez. I, 11 maggio 2006, in C-340/04, *Carbotermo*, in *Giust. civ.*, 2006, 1663. In tema si v. R. URSI, *Brevissime considerazioni sul vincolo di destinazione dell'attività delle società in house*, in *Foro it.*, 2006, 512 ss.; R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 81-87. Sul fronte interno, invece, si è ritenuto che il criterio della "prevalenza" sia soddisfatto quando l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diverso dall'ente (o dagli enti) controllanti, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali ed, in ogni caso, non fuori dalla competenza territoriale dell'ente (o degli enti) controllanti: sul punto cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, in *Foro amm. CdS*, 2007, 2602.

che, nel caso in cui diversi enti locali detengano il capitale di un'impresa, l'attività da prendere in considerazione è quella realizzata dalla medesima nei confronti di tali enti complessivamente considerati.

Salvo quanto si è appena rilevato, dunque, l'attenzione della Corte di giustizia in tema di affidamento *in house* di servizi pubblici locali si è appuntato, dopo la sentenza *Teckal*, esclusivamente sull'affinamento del significato da attribuire al concetto di controllo "analogo" a quello esercitato sui propri servizi, secondo una linea di tendenza decisamente evolutiva rispetto al dato di partenza.

Un primo aspetto che è stato specificato come connotante il concetto di controllo "analogo" riguarda la sussistenza tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto destinatario dell'affidamento di un rapporto di delegazione interorganica, in ragione del quale quest'ultimo si configura come parte della complessiva organizzazione della prima: in tale ipotesi, l'affidamento diretto si pone in termini di conformità al diritto comunitario in quanto non si sarebbe in presenza di un ricorso al mercato volto ad individuare il contraente dell'amministrazione sollecitando il confronto tra soggetti terzi, circostanza che farebbe inevitabilmente "scattare" l'operatività della disciplina a tutela della concorrenza, bensì del ricorso ad un processo di "autoproduzione" da parte della medesima amministrazione, attuato attraverso una articolazione organizzativa strumentale suscettibile di essere considerata, per le forme di controllo che l'ente pubblico risulta in grado di esercitare nei suoi confronti, alla stessa stregua degli uffici propri di quest'ultimo¹¹⁷. In sostanza, l'affidamento diretto di servizi pubblici, può considerarsi legittimo dal punto di vista comunitario se il destinatario di esso sia un soggetto che non esprime una volontà imprenditoriale autonoma, ma attua scelte ed indirizzi unilateralmente determinati dall'amministrazione o dalle amministrazioni di cui è ente strumentale¹¹⁸. In termini analoghi, è stato rilevato come l'ente beneficiario di un affidamento diretto debba configurarsi come una sorta di "prolungamento amministrativo", ovvero come una *longa manus* dell'ente affidante, in quanto

¹¹⁷ Corte di giustizia CE, sez. IV, 14 novembre 2002, in C-310/01, *Didi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 275, con nota di S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*. In tema si v. A. ISONI, *La delegazione interorganica nella gestione dei servizi pubblici locali. Tutela della concorrenza o prevalenza delle esigenze del servizio?*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3124 ss.; S. COLOMBARI, "Delegazione interorganica" ovvero "in house providing" nei servizi pubblici locali, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1136 ss.; ID., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, 1144 ss.

¹¹⁸ Sul punto cfr. anche Corte di giustizia CE, sez. VI, 8 maggio 2003, in C-349/97, *Comm. CE c. Regno di Spagna*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 1069.

legato a quest'ultimo da un rapporto di dipendenza formale, economica ed amministrativa ed in assenza della capacità di esprimere una volontà imprenditoriale autonoma¹¹⁹.

Un'indicazione in ordine ai caratteri del controllo sulla gestione da parte di un ente pubblico, sia pure fornita in riferimento alla figura dell'organismo di diritto pubblico, è pervenuta dalla sentenza *Truley*¹²⁰, in cui la Corte di giustizia ha avallato, ai fini dell'integrazione del requisito in esame, non un mero controllo a posteriori, bensì una situazione in cui, da un lato, le pubbliche autorità verificano non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche la sua amministrazione corrente sotto il profilo dell'esattezza, della regolarità, dell'economicità, della redditività e della razionalità, mentre, dall'altro lato, le stesse autorità appaiono autorizzate a visitare i locali e gli impianti aziendali del medesimo organismo.

La tendenza volta al ridimensionamento dell'ambito applicativo dell'affidamento *in house* di servizi pubblici viene inaugurato, in una prima statuizione basilare della Corte di giustizia¹²¹, attraverso un chiarimento in merito al principio secondo cui l'inesistenza della dualità soggettiva necessaria a configurare un rapporto contrattuale, non solo nell'ipotesi in cui l'amministrazione si rivolga ad un proprio ufficio, secondo lo schema della delegazione interorganica, ma anche qualora affidi l'incarico ad una struttura soggettiva che, pur formalmente autonoma, si configuri tuttavia, nella sostanza, come indistinta rispetto all'ente affidante, cosa che avviene al ricorrere dei requisiti enucleati dalla sentenza *Teckal*, giustifica un regime derogatorio rispetto alla disciplina posta dalle direttive comunitarie in materia di appalti¹²². Ebbene, da questo punto di vista, la giurisprudenza comunitaria, con la pronuncia ora in esame, partendo dal dato condiviso secondo cui, in presenza dei presupposti relativi al controllo "analogo" e alla prevalenza dell'attività dell'affidatario a favore dell'affidante, l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte dell'amministrazione aggiudicatrice costituisca un'entità giuridicamente distinta da quest'ultima, afferma, tuttavia, che la

¹¹⁹ G. GUCCIONE, *Affidamenti in house e nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 1089.

¹²⁰ Corte di giustizia CE, sez. V, 27 febbraio 2003, in C-373/2000, *Truley*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 424.

¹²¹ Corte di giustizia CE, sez. I, 11 gennaio 2005, in C-26/03, *Stadt Halle*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3023.

¹²² Sul punto cfr. E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 666 ss.

partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso che la stessa possa esercitare su tale società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, con ciò vanificando la possibilità di addivenire ad un affidamento diretto¹²³. Ciò si traduce nel fatto che la natura dell'interesse perseguito assurge ad elemento qualificante del rapporto tra amministrazione pubblica ed espletamento dei servizi affidati alla sua cura: da questo punto di vista, secondo la Corte, perché la società controllata persegua effettivamente l'interesse pubblico è necessario che essa non debba al contempo tenere conto di obiettivi di diversa natura derivanti dalla partecipazione di un soggetto privato, indipendentemente dalla quantità o qualità della stessa in quanto una presenza siffatta nell'ambito della compagine societaria presuppone da parte della pubblica amministrazione un minimo di considerazione degli interessi privati, condizione indispensabile affinché un terzo decida di mettere a disposizione il proprio *know-how* o le proprie risorse finanziarie: ebbene, dalla visuale in esame, il fatto che la pubblica amministrazione debba tenere conto degli interessi economici di un terzo privato potrebbe ostacolarla nella concreta realizzazione dell'interesse pubblico, sebbene quest'ultimo rimanga realizzabile dal punto di vista meramente giuridico¹²⁴. Da questo punto di vista, si è rilevato, in particolare, 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» mentre, per contro, «qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente».

In secondo luogo, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico privata senza far appello alla concorrenza viene considerato come possibile motivo di pregiudizio rispetto all'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata e al principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

¹²³ In tal senso cfr. anche Corte di giustizia CE, Grande sez., 8 aprile 2008, in C-337/05, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 972.

¹²⁴ In questi termini cfr. F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 456 ss.

Pertanto, conclude la Corte, che «nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate».

Come risulta evidente dal tenore della pronuncia citata, un primo effetto restrittivo alla possibilità di ricorrere all'affidamento *in house* di servizi pubblici locali consiste nell'aver aggiunto, di fatto, un ulteriore requisito rispetto a quelli enucleati nella sentenza *Teckal*, ossia quello della totale partecipazione pubblica in capo alla compagine societaria affidataria diretta del servizio, ciò comportando, se non la preclusione, comunque una certa difficoltà sotto un profilo di compatibilità comunitaria, come si vedrà meglio nel prosieguo, di addivenire all'utilizzo di tale procedura nei confronti delle società a capitale misto pubblico-privato¹²⁵ a fronte, della sussistenza, nel nostro ordinamento, di una previsione normativa, segnatamente quella di cui all'art. 113, comma, 5, lett. b), d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che espressamente contempla la possibilità di conferire la titolarità di servizi pubblici «a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica» nonché a fronte di un istituto, quello del partenariato pubblico-privato, codificato dallo stesso ordinamento comunitario.

¹²⁵ Secondo R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss., la sentenza in esame avrebbe «messo, in punto di fatto, la parola fine alle società miste per la gestione di servizi pubblici locali». Conformemente si v. anche ID., *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, IV, 136 ss. In termini meno espliciti, ma pur sempre nello stesso ordine di idee, si esprime G.F. FERRARI, *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione concorrenziale*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2005, 834 ss., a parere del quale, con la sentenza in esame, la Corte sembra «invitare ad un rapporto meno collaborativo e più chiaramente alternativo tra sfera pubblica e settore privato». Di diverso avviso è E. SCOTTI, *op. ult. cit.*, 672, secondo cui il modello in esame non sarebbe stato in alcun modo delegittimato dalla Corte in quanto lo stesso Libro Verde della Commissione del 30 aprile 2004, proprio alla luce del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni individua un modello collaborativo di tipo istituzionale caratterizzato dalla creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e da quello privato nel rispetto di regole di evidenza pubblica per la selezione del socio privato, nonché previa fissazione certa dei tempi di collaborazione e con la necessaria indicazione di nuove gare per l'attribuzione di ulteriori incarichi. Secondo 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.*, 2005, 295 ss., «solo l'affidamento senza gara di ulteriori appalti o concessioni sarebbe irrimediabilmente illegittimo».

In definitiva, il portato della sentenza comunitaria summenzionata, ad uno sguardo più generale, appare, da un lato, significativo in quanto pone un importante tassello utile a ricostruire i caratteri del concetto di controllo “analogo”, escludendo che l’affidamento *in house* possa intervenire a favore di soggetti non interamente partecipati dall’amministrazione aggiudicatrice, mentre, dall’altro lato, risulta inappagante nel momento in cui non coglie l’occasione di chiarire i termini del controllo di tipo organizzativo-amministrativo il quale, in coordinamento con il controllo di carattere finanziario, attuato appunto tramite il possesso, non della maggioranza, ma dell’intero capitale sociale, erano stati individuati fin dalla primissima giurisprudenza in tema come elementi costitutivi del concetto in esame. Tale considerazione appare tanto più pregante quanto più si consideri, come sarà fatto ancora più approfonditamente in seguito, che la normativa prevista nel nostro ordinamento in materia di organi amministrativi di società di capitali, con particolare riferimento alla s.p.a., sancisce l’assoluta autonomia degli amministratori nell’adozione delle concrete scelte di gestione, pur nel rispetto dei contestuali indirizzi di gestione formulati dall’organo assembleare, così finendo per rendere insufficiente la partecipazione finanziaria, anche totale, al fine di assicurare l’effettivo controllo sulla società affidataria e rendendo, conseguentemente, ancora più stringente l’esigenza, appena segnalata, di coordinare gli strumenti di controllo finanziario con quelli di natura organizzativo-amministrativa.

Ne deriva che la sentenza in commento lascia aperta la necessità, di cui la giurisprudenza successiva acquisirà consapevolezza, di affiancare alla verifica circa la totale partecipazione pubblica della società destinataria dell’affidamento diretto, un controllo in ordine alla sussistenza, nel caso concreto, di indici di effettivo controllo, quali quelli consistenti nella facoltà di nomina degli amministratori, oltre che degli organi di revisione, della società da parte dell’ente pubblico affidante nonchè nell’esercizio, in capo a quest’ultimo, di penetranti forme di controllo sui più rilevanti aspetti dell’attività sociale che siano in grado di condizionare totalmente tale attività, negando qualunque alterità soggettiva tra amministrazione aggiudicatrice e compagine affidataria del servizio¹²⁶.

¹²⁶ 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, 1004 ss. Sulla sentenza della Corte di giustizia *Stadt Halle* si v. inoltre C. GUCCIONE, *L’affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 271 ss.; G. ASTEGIANO, *Società partecipata da ente locale e affidamento del servizio pubblico*, in *Contratti Stato enti pubbl.*, 2005, 239 ss.; S. FERRANDO, *Disciplina comunitaria degli appalti pubblici e affidamento diretto a società miste: la*

Da questo punto di vista, in ordine al carattere che in concreto deve assumere il controllo “analogo”, la Commissione europea, con la comunicazione 26 giugno 2002, diretta al Governo italiano per sollecitare le modificazioni all’art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali, come introdotto dall’art. 35 l. n. 448/2001, nell’ambito della procedura di infrazione comunitaria aperta per contrasto della disposizione con la normativa e i principi comunitari in materia di appalti e di concorrenza, aveva già avuto modo di escludere che la sola partecipazione, sia pure totalitaria, dell’amministrazione aggiudicatrice nella società aggiudicataria del servizio sia in grado di garantire quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell’organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione e quindi un controllo “analogo” a quello esercitato sui propri servizi. In tal senso, l’istituzione europea ha precisato, infatti, che «affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario», ritenendo, diversamente, che l’affermazione della sussistenza del requisito del controllo “analogo” debba passare attraverso la verifica che l’amministrazione controllante eserciti «un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato» che riguardi «l’insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo».

Nell’ambito della tendenza, che si è già avuto modo di segnalare, ad estendere il campo di applicazione della procedura ad evidenza pubblica, perlomeno a livello dei relativi principi ispiratori, si colloca anche la posizione della giurisprudenza comunitaria impegnata a delineare, alla luce del criterio del controllo “analogo”, la possibilità di affidare direttamente una concessione relativa alla gestione di un pubblico servizio¹²⁷. Da questo punto di vista, è stato ribadito che l’attribuzione di

partecipazione minoritaria dell’investitore privato esclude il controllo analogo della pubblica amministrazione, in *Dir. commercio internaz.*, 2005, 169 ss.; L. IERA, *Appalti pubblici, servizi pubblici, affidamento in house, partecipazione e controllo. Un difficile intreccio*, in *Nuovo dir.*, 2005, 351 ss.; M.A. SCINO, *Escluso il ricorso alla procedura «in house providing»: gara necessaria anche se la partecipazione è minima*, in *Guida al dir.*, 2005, 110 ss.; C. LEGA, *L’affidamento in house. La disciplina nazionale rispetto alle direttive comunitarie. Decisione della Corte di giustizia europea dell’11 gennaio 2005*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2005, 737 ss.

¹²⁷ Corte di giustizia CE, Grande sez., 21 luglio 2005, in C-231/03, *Co.Na.Me.*, cit. In tema si v. anche R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società «in house»*, in *Foro it.*, 2006, pt. 1, 79 ss.; S. MENTO, *Servizi pubblici e affidamenti trasparenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 407 ss.; M. BALDINATO, *Breve nota alla sentenza Coname: alcune interessanti osservazioni della Corte di giustizia sull’applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1426 ss.; A. SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2005, 693 ss.; G. FIENGO, *Ulteriori sviluppi sull’in house providing*, in *Rass. avv. Stato*, 2005, 44 ss.

una concessione, pur non essendo disciplinata dalle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici, tuttavia non può non inserirsi in un quadro di compatibilità comunitaria a livello primario, con riferimento, perciò, alle libertà fondamentali riconosciute dal Trattato. Ciò premesso, la Corte, ammette che «la necessità per un Comune di esercitare un controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico possa costituire una circostanza obiettiva tale da giustificare un'eventuale differenza di trattamento». Tuttavia, non ravvisando, nel caso concreto, l'esistenza di una siffatta forma di controllo, in considerazione della partecipazione particolarmente esigua del Comune affidante alla società affidataria del servizio nonché dell'apertura, almeno in parte, della medesima compagine al capitale privato, circostanza, quest'ultima, che impedisce a tale società di poter essere considerata come una "struttura di gestione interna" di un servizio pubblico nell'ambito dei Comuni che ne fanno parte, la Corte è giunta a statuire che il principio di non discriminazione in base alla nazionalità impone una procedura di affidamento delle concessioni di pubblico servizio informata a condizioni di trasparenza le quali, senza necessariamente comportare un obbligo di gara, siano tali da consentire ad un'impresa avente sede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello del Comune concedente di avere accesso alle informazioni adeguate prima che tale concessione sia attribuita, in modo da essere messa nelle condizioni di manifestare un eventuale interesse in merito. In sostanza, l'insegnamento della Corte di giustizia in esame afferma, ancora una volta, che solo la sussistenza delle condizioni declinate dalla giurisprudenza *Teckal*, così come successivamente sviluppate ed interpretate, costituisce circostanza in grado di giustificare la non applicazione della normativa europea la quale, se per gli appalti è costituita dal complesso disposto di cui alle direttive comunitarie in tema, per le concessioni si identifica con i principi fondamentali codificati dal Trattato.

Un'altra pietra miliare posta dalla Corte di giustizia nella costruzione, o, meglio, della delimitazione della "casa" entro le cui mura poter considerare legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale è costituita dalla sentenza *Parking Brixen*¹²⁸, in occasione della quale i giudici comunitari sono stati

¹²⁸ Corte di giustizia CE, sez. V, 13 ottobre 2005, in C-458/03, *Parking Brixen*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2804. Per un commento a tale sentenza cfr., tra gli altri, B. GILBERTI, In house providing: *questioni vecchie e nuove*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 44 ss.; P. LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*, in *Urb. e app.*, 2006, 34 ss.; M. BALDINATO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 227 ss.; G. PIPERATA, *L'affidamento*

chiamati a decidere «se l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi senza svolgimento di una pubblica gara sia compatibile con il diritto comunitario qualora l'impresa concessionaria sia una società per azioni costituita mediante trasformazione di un'azienda speciale di un'autorità pubblica e il cui capitale sociale al momento dell'attribuzione sia interamente detenuto dall'autorità pubblica concedente, il cui consiglio di amministrazione disponga però dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione e possa concludere autonomamente, senza l'accordo dell'assemblea dei soci, taluni negozi entro un valore di cinque milioni di euro».

Nel risolvere la questione, la Corte ha nuovamente ribadito che, in sede di attribuzione di una concessione, l'applicazione dei principi fondamentali del Trattato, in particolare quello di non discriminazione in base alla nazionalità, che si traduce a sua volta nell'esigenza di parità di trattamento, onde offrire a tutti i potenziali offerenti le medesime possibilità di manifestare il proprio interesse, nonché nell'obbligo di trasparenza, che consenta l'apertura della procedura di concessione alla concorrenza, oltre che un controllo sull'imparzialità sull'*iter* di aggiudicazione, può essere esclusa (solo) nel caso in cui ricorrano, al contempo, le condizioni fissate dalla giurisprudenza *Teckal*¹²⁹, le quali, peraltro, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario debbono formare oggetto di un'interpretazione restrittiva, gravando su colui che intenda avvalersene l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una siffatta deroga.

Uno degli aspetti più significativi della sentenza in esame si rinviene comunque nel metodo attraverso cui la Corte è giunta ad escludere la sussistenza, nel caso concreto, delle circostanze legittimanti l'affidamento diretto: da questo punto di vista, l'indagine giudiziale ha tenuto conto «di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti» nel verificare se l'ente concessionario fosse soggetto ad una forma di controllo in grado di consentire all'autorità pubblica concedente di esercitare, nei suoi confronti, un'«influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti». In tale ottica, la verifica in parola

in house nella giurisprudenza del giudice comunitario, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 137 ss.; C. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. civ.*, 2006, 13 ss.; M. PADELLARO, *Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in house*, in *Riv. amm. app.*, 2005, 325 ss.

¹²⁹ In tal senso cfr. anche G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni e i c.d. "affidamenti in house"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 945 ss.

è stata svolta assumendo come punto di riferimento le risultanze statutarie: da questo punto di vista, la Corte, ha osservato che, inizialmente, il soggetto destinatario della concessione rivestiva la forma dell'azienda municipalizzata, costituendo, perciò, un ente del Comune preposto specificamente all'esercizio unitario e integrato dei servizi pubblici locali, nei cui confronti il medesimo ente, attraverso il consiglio comunale, determinava gli indirizzi generali, conferiva il capitale di dotazione, provvedeva alla copertura di eventuali costi sociali, controllava i risultati della gestione ed esercitava la vigilanza strategica, assicurando all'azienda la necessaria autonomia imprenditoriale. Sennonché, la trasformazione di tale azienda in società per azioni ha reso, secondo i giudici comunitari, precario il controllo del Comune.

In tal senso militerebbero alcuni indici concreti, quali: a) la trasformazione da azienda speciale del Comune in società per azioni, con particolare riferimento a tale natura societaria, la quale è connotata, per definizione, da una spiccata vocazione commerciale; b) l'ampliamento dell'oggetto sociale, giacché la società ha cominciato ad operare in nuovi importanti settori, in particolare quelli del trasporto di persone e merci, dell'informatica e delle telecomunicazioni, in aggiunta alla vasta gamma di attività precedentemente esercitate dall'azienda speciale, tra cui quella di adduzione dell'acqua e di depurazione delle acque reflue, di fornitura di calore ed energia, di smaltimento dei rifiuti e di costruzione di strade; c) l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali¹³⁰; d) l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero; e) i considerevoli poteri conferiti al consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del Comune.

Inoltre, è stato rimarcato come, nonostante il Comune affidante detenesse la facoltà di designare la maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione, il controllo esercitato dal medesimo ente pubblico sul concessionario fosse, in pratica, limitato ai provvedimenti facenti capo, ai sensi del diritto societario, alla maggioranza dei soci, con conseguente sensibile riduzione del rapporto di dipendenza in precedenza sussistente tra Comune ed azienda speciale, in

¹³⁰ Sul punto cfr. A. COLAVECCHIO, *Gli affidamenti in house a future società miste*, in *Giust. amm.*, 2005, 524 ss. In senso parzialmente diverso cfr. Corte di giustizia CE, sez II, 17 luglio 2008, in C-371/05, *Commissione c. Repubblica italiana*, in www.curia.europa.eu, secondo cui la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria (diversamente, nel caso deciso dalla sentenza *Parking Brixen* vi era addirittura un obbligo in tal senso), in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento dell'aggiudicazione, non sarebbe sufficiente per affermare l'inesistenza di un rapporto di controllo "analogo".

considerazione soprattutto degli ampi poteri a disposizione del consiglio di amministrazione.

La pronuncia in commento si segnala all'attenzione dell'interprete anche per avere innescato la formazione di uno dei nodi più complessi e discussi in tema di affidamento diretto di servizi pubblici, soprattutto in riferimento alla disciplina posta dal nostro ordinamento in materia: infatti, i giudici comunitari, nell'escludere la sussistenza del requisito del controllo "analogo" in ragione dell'elevato grado di autonomia riconosciuto agli amministratori nei confronti degli azionisti, secondo lo schema proprio della società per azioni, finiscono per porre seri dubbi circa la possibilità che soggetti dotati di una siffatta forma societaria siano destinatari di affidamenti *in house*, in quanto per definizione informati ad una logica commerciale orientata al conseguimento di un utile attraverso una dinamica organizzativa e gestionale che peraltro, in seguito alla riforma del diritto societario intervenuta nel nostro Paese, ha visto accrescere e potenziare il ruolo degli amministratori a discapito di quello svolto dall'assemblea, determinando, così, un certo favore, da questo punto di vista, per la forma giuridica della società a responsabilità limitata, posto che essa, in virtù della mancata separazione tra proprietà e controllo, appare maggiormente in grado di garantire al socio pubblico quei poteri di gestione e decisione sugli atti fondamentali richiesti dalla giurisprudenza comunitaria ai fini della sussistenza del controllo analogo¹³¹.

¹³¹ Sul punto cfr. R. URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società*, cit., a parere del quale l'insegnamento della Corte di giustizia avrebbe decretato il necessario abbandono del modello della società per azioni quale strumento di organizzazione interna per l'erogazione dei servizi pubblici. Ancora più drastico pare il commento di A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in *Giust. amm.*, 2005, 1061 ss., secondo cui «se la Corte intende detto controllo in termini di rapporto gerarchico, caratterizzato dalla fungibilità tra sovraordinato e sott'ordinato, è pacifico che non può ipotizzarsi in astratto la riconducibilità a nessun modello di persona giuridica o di soggetto comunque terzo. Forse solo il modulo consortile potrebbe ricondurre l'attuale configurazione della Corte, ma sempre – restando nella delineata prospettazione della sentenza – se vi è identità soggettiva tra consorziati e membri dell'organo decisionale. In sostanza se la Corte manterrà ferma la delineata interpretazione le forme giuridiche di diritto privato non potrebbero più essere utilizzate ai fini di una mera organizzazione interna e quindi di configurare un rapporto *in house*». Scettico a tal proposito pare essere anche I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 781 ss., al quale non sembra ipotizzabile, in mancanza di qualsivoglia riferimento a società di tipo "speciale" o "a statuto speciale", «una deroga al diritto societario tale da consentire l'utilizzo di uno strumento privatistico quale la società senza il rispetto della disciplina sua propria», conformemente a quanto affermato da G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in AA.VV., *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000, 50, ossia che «l'interesse pubblico può servirsi del diritto privato ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale». In tema si v. anche D. D'ALESSANDRO, *Affidamento in house in senso ampio: la Corte mette in crisi l'idea della neutralità dello strumento societario*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 103 ss.; F. GOISIS, *I giudici comunitari*

In sostanza, la Corte, in occasione della sentenza ora in considerazione, accentuando ulteriormente la tendenza restrittiva in atto¹³², ha ritenuto insufficiente, ai fini dell'affidamento *in house*, la totale partecipazione pubblica in capo al soggetto affidatario e il conseguente controllo che l'ente pubblico è posto in grado di esercitare sul medesimo in qualità di azionista, anche unico, secondo i dettami del codice civile italiano, ritenendo indispensabile la predisposizione di strumenti di indirizzo e controllo maggiormente penetranti e limitativi, in concreto, dell'autonomia imprenditoriale della compagine destinataria dell'affidamento diretto, con conseguente inutilizzabilità della forma della società per azioni ove ad essa non si affianchino ulteriori meccanismi di controllo di matrice pubblicistica¹³³. Da questo punto di vista, non è mancato chi¹³⁴ ha scorto una residua possibilità di utilizzazione del modello di cui alla società per azioni ai fini di un affidamento diretto di servizi pubblici nel caso in cui la forte autonomia del *management*, che caratterizza per definizione la suddetta forma societaria, sia "temperato" da una previsione statutaria, non modificabile – se non con maggioranza che richieda il voto dell'ente affidante – in forza della quale l'impresa in questione possa rendere servizi solo nei confronti di quest'ultimo, non essendo legittimata, viceversa, a compiere alcuna prestazione a favore di altri committenti, pubblici o privati. In altri termini, secondo l'opinione ora proposta, a fronte di una società legata all'ente da rigorosi atti d'affidamento e contratti di servizio, i quali prevedano forme efficaci di controllo sulla qualità del servizio nonché fissino in modo chiaro i sistemi tariffari e le modalità di indennizzo a fine affidamento, i piani di investimento e i loro ammortamenti, la sussistenza di margini di autonomia riconosciuti all'organo gestorio non sembrerebbe pregiudicare la sussistenza di un controllo "analogo" da parte dell'ente pubblico affidante, proprio in quanto si tratterebbe di società su cui

negano la «neutralità» delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1915 ss.

¹³² Secondo G.F. FERRARI, *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2006, 271, «l'applicazione del metodo deduttivo per concatenazioni logiche semplificanti, sulla base del precedente *Teckal*, a forza di elaborazioni apparentemente interpretative, sembra condurre ad una sorta di sublimazione degli assunti di base, che vengono esasperati fino allo svuotamento».

¹³³ In tal senso cfr. anche G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui sul piano strutturale la società potrà dirsi rispondente al modello definito dalla delegazione interorganica quando il controllo dell'ente locale sia attuato con mezzi, quali clausole statutarie, nomine *ex art.* 2449 c.c., convenzioni di diritto pubblico per il controllo congiunto nel caso di pluralità di enti locali soci, idonei ad assicurare che essa costituisca effettivamente un soggetto strumentale senza una propria autonomia decisionale, se non per i profili esecutivi.

¹³⁴ Il riferimento è a L.R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2006, 387 ss., spec. 423.

quest'ultimo avrebbe «potere di vita o di morte», in grado di operare solo a suo vantaggio, impossibilitata a svolgere attività diverse da quelle relative o connesse all'affidamento, con piani industriali del tutto vincolati dalla concessione e dagli accessivi contratti.

In pratica, ai fini in esame, risultando insufficiente il possesso della maggioranza o addirittura della totalità del pacchetto azionario della società affidataria, così come il potere di nomina dei membri degli organi sociali in capo all'ente pubblico affidante, appare necessario predisporre ulteriori meccanismi che consentano a quest'ultimo di intervenire direttamente, *by-passando* i canali previsti dal diritto societario, perlomeno in tema di s.p.a., sull'organo di amministrazione della società, vincolandone in maniera stringente l'operato (diversamente da ciò che accade nel fisiologico funzionamento della dinamica societaria in cui i soci possono semplicemente esprimere degli indirizzi, senza alcuna certezza giuridico-formale che essi vengano effettivamente attuati, salvo la mancata conferma o la revoca degli amministratori e fermo restando che l'organo di amministrazione, nel contrasto tra interesse della società o dei creditori sociali ed interessi dei soci, sia tenuto a privilegiare il primo e non il secondo). In sostanza, alla luce della giurisprudenza comunitaria, sarebbe necessario, onde poter procedere ad un affidamento *in house* di servizi pubblici locali, delineare un assetto di *governance* societaria tale per cui l'ente pubblico, oltre a sedere nell'assemblea dei soci, sia virtualmente presente anche nel consiglio di amministrazione e deliberi le concrete scelte operative, indipendentemente dalla dimensione della partecipazione sociale¹³⁵, il che è destinato a generare alcuni problemi di compatibilità con il diritto societario comune.

A breve distanza dalla sentenza *Parking Brixen*, la Corte, seguitando ad assumere un approccio analitico che non si limita ad esaminare il dato formale delle previsioni statutarie in ordine ai poteri attribuiti all'ente pubblico affidante ma, in coerenza con l'impostazione “sostanzialistica” che da sempre ne contraddistingue l'operato, giunge a svolgere un dettagliato sindacato volto ad accertare quale sia l'effetto pratico di tali previsioni¹³⁶, ha indicato quale ulteriore aspetto della “effettività” del requisito del controllo “analogo” anche la dimensione temporale in

¹³⁵ In tal senso cfr. O.M. CALSOLARO, *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1670 ss., spec. 1686-1687.

¹³⁶ O.M. CALSOLARO, *op. cit.*, 1679.

cui esso si snoda, nel senso che non è da ritenere sufficiente la sussistenza di tale condizione al momento dell'affidamento diretto, dovendo, quest'ultima, assieme all'altro requisito necessario a tale scopo, ossia la prevalenza dell'attività a favore dell'ente pubblico controllante, risultare continuativamente soddisfatta anche dopo l'attribuzione del servizio, onde evitare operazioni elusive delle regole concorsuali comunitarie. Sul punto la Corte si è espressa in relazione ad un caso in cui un Comune, dopo avere affidato, in esclusiva e a tempo indeterminato, un servizio pubblico ad una società totalmente partecipata dallo stesso senza ricorrere ad un gara, cedeva, dopo due settimane, il 49% del capitale sociale ad un'impresa privata e solo dopo il perfezionamento della cessione la società, divenuta così a capitale misto, cominciava a svolgere il servizio¹³⁷. Secondo l'argomentazione dei giudici comunitari, l'aggiudicazione di un appalto deve essere esaminata, ai fini in considerazione, tenendo conto dell'insieme delle fasi in cui esso si snoda, nonché dell'obiettivo perseguito e non solo dello svolgimento cronologico in senso stretto. Da questo punto di vista, la considerazione dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico solo in relazione alla data in cui essa è intervenuta senza tenere conto degli effetti della cessione successiva delle quote ad un soggetto privato, pur rispondente ad esigenze di certezza del diritto, vanificherebbe l'effetto utile della direttiva n. 92/50/CE, volto a garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, effetto che sarebbe compromesso se le autorità aggiudicatrici potessero ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici a società ad economia mista, le quali, come appena segnalato, non appaiono idonee, alla luce della giurisprudenza comunitaria, ad essere destinatarie di affidamenti diretti di servizi pubblici locali¹³⁸.

¹³⁷ Corte di Giustizia CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 3151. Per un commento cfr. M. GIOVANNELLI, *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing*, in *Urb. e app.*, 2006, 160 ss.

¹³⁸ Nello stesso senso militano la Conclusioni dell'Avvocato generale L.A. Geelhoed, 12 gennaio 2006, in causa C-412/04 in www.dirittodeiservizipubblici.it, il quale ribadisce che nell'ipotesi in cui, una volta soddisfatti i due requisiti richiesti per l'affidamento diretto, l'amministrazione competente procedesse alla cessione di una quota, anche di minoranza, del capitale della società affidataria ad un'impresa privata, ne conseguirebbe, mediante una procedura artificiosa, la concessione di un servizio pubblico ad una compagine ad economia mista senza previa gara ad evidenza pubblica, in spregio ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza. In senso diverso, sembrerebbe deporre Corte di giustizia CE, sez II, 17 luglio 2008, in C-371/05, *Commissione c. Repubblica italiana*, cit., secondo cui, proprio per esigenze di certezza del diritto, «l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto dev'essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi».

Successivamente, la Corte, dopo avere ribadito 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 e 49 Tratt. CE, oltre che dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, a meno che risulti che, allo stesso tempo, ricorrano le due condizioni esplicitate nella sentenza *Teckal*, le quali vanno interpretate restrittivamente e la cui sussistenza va dimostrata dalle parte che intende avvalersene, è giunta a confermare, inasprendolo ulteriormente, l'assunto poc'anzi segnalato, precisando che nell'eventualità in cui durante l'intera vigenza del contratto (e non solo a breve distanza temporale dall'aggiudicazione) il capitale della società affidataria diretta di un servizio pubblico venga aperto ad azionisti privati, il relativo affidamento sarebbe da ritenersi effettuato nei confronti di una società mista senza la (a questo punto) necessaria procedura concorrenziale, in contrasto, pertanto, con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario¹³⁹.

Continuando sul filone restrittivo circa la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di servizi pubblici locali¹⁴⁰, la Corte di giustizia ha posto un ulteriore tassello a presidio della eccezionalità di tale ipotesi, giungendo a vagliare, negativamente, ai fini della sussistenza del controllo "analogo" una fattispecie in cui l'ente pubblico affidante deteneva il capitale della società destinataria dell'affidamento, non direttamente, ma tramite una società *holding*¹⁴¹.

¹³⁹ Corte di giustizia CE, sez. I, 6 aprile 2006, in C-410/04, *ANAV*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1109. In tema si v. S. VENTURI, *L'evoluzione del concetto dell'in house providing dalla sentenza Teckal C-107/98 alla sentenza C-410/04 della Corte di giustizia*, in *Contratti Stato enti pubbl.*, 2006, 363 ss.; E. ROLANDO, *Gestione dei servizi pubblici locali: affidamento "in house" o procedura ad evidenza pubblica? La scelta degli enti locali*, in *Giur. it.*, 2006, 2174 ss.

¹⁴⁰ Secondo G.F. FERRARI, *Ancora sui requisiti Teckal: la coperta è sempre più corta*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2006, 1367 ss., spec. 1371, le circostanze che accompagnano l'affidamento diretto di servizi pubblici locali «vengono una dopo l'altra escluse, in una sequenza di restrizioni che finiscono non solo con lo svuotare di sostanza reale l'eccezione, ma di fatto con il vanificarla come ipotesi concettualmente plausibile». In tale situazione, prosegue l'A., «apparentemente, non esiste via di uscita allo stallo così venutosi a creare. Da una parte, la Corte potrebbe raccogliere l'appello degli Avvocati generali e mettersi nell'ordine di idee non di un *overruling*, ma di un ripensamento globale della materia, così facendo, però, essa dovrebbe se non rinnegare una linea di precedenti, escogitare un diverso equilibrio tra mercato e autoproduzione pubblica locale, per molti aspetti precedendo o surrogando l'inattività o la carenza di fantasia dei legislatori nazionali. Questi ultimi, in assenza di segnali profondamente diversi dalla Corte, dovrebbero per converso mettere a punto strategie organiche alternative alle misure per lo più perseguite in fatto sin qui: ma una scelta simile comporterebbe non solo capacità di ripianificare sistematicamente una parte molto importante della propria costituzione economica in condizioni di cornice istituzionale europea tutt'altro che favorevoli, ma anche la necessità di rimettere ordine nel proprio complesso di relazione intergovernative, riportando sotto controllo forme organizzative sperimentale congegnate a livello municipale o al più regionale».

¹⁴¹ Corte di giustizia CE, sez. I, 11 maggio 2006, in C-340/04, *Carbotermo*, cit. In tema si v. P. LOTTI, *Corte di giustizia e involuzione dell'in house providing*, in *Urb. e app.*, 2006, 1048 ss.

In primo luogo, in occasione della sentenza in esame, è stato ribadito che non risulta compatibile con la direttiva 93/36 l'affidamento diretto di un appalto ad una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice. Più specificamente, la Corte, pur ammettendo che la partecipazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, anche se insieme ad altri enti pubblici, all'intero capitale della società aggiudicataria potrebbe indicare, comunque in maniera non decisiva, l'esercizio di un controllo "analogo" a quello esercitato sui propri servizi, tuttavia, procedendo secondo il metodo evidenziato in precedenza informato al canone della effettività, è giunta a rilevare come dallo statuto della società affidataria emerga l'attribuzione al consiglio di amministrazione dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società, senza che sia riservato al Comune affidante alcun potere di controllo o diritto di voto particolare per arginare la libertà d'azione riconosciuta a detto organo di gestione, risolvendosi, al contrario, tale controllo, semplicemente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, con conseguente considerevole limitazione della possibilità in capo all'ente pubblico di influire sulle decisioni delle società.

Inoltre, passando all'annunciato reale elemento di novità rispetto alla giurisprudenza precedente, i giudici comunitari eccepiscono che, nel caso sottoposto alla loro attenzione, l'influenza del Comune sulle decisioni della società aggiudicataria viene esercitata mediante una società *holding*: ebbene, l'intervento in senso restrittivo della Corte si appunta sul fatto che l'esistenza «di un siffatto tramite può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale»¹⁴². Ne consegue che, ricorrendo le circostanze verificate nel caso concreto, ossia, si ritiene, in assenza di una adeguata regolamentazione in grado di "controbilanciare" l'elemento di "debolezza" costituito dalla partecipazione azionaria indiretta, l'amministrazione aggiudicatrice, secondo la statuizione in esame, non sarebbe in grado di esercitare

¹⁴² Sul tema degli affidamenti diretti nei confronti di società controllate da *holding* comunali cfr. M. DUGATO, G. PIPERATA, *La gestione dei servizi pubblici attraverso società holding*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 312 ss.

sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Analogamente, sempre sulla scia della tendenza restrittiva fin qui descritta, la Corte ha statuito anche che «un'amministrazione aggiudicatrice non è dispensata dal fare ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori previste dalla direttiva per il fatto che, in conformità al diritto nazionale, tale convenzione può essere conclusa soltanto con determinate persone giuridiche, che abbiano esse stesse lo *status* di amministrazione aggiudicatrice e che saranno tenute, a loro volta, ad applicare le dette procedure per aggiudicare eventuali appalti susseguenti»¹⁴³. In particolare, la Corte, nel ribadire nuovamente che il ricorso alla gara non è obbligatorio per appalti conclusi tra un ente locale e un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo solamente ricorrendo le condizioni di cui alla sentenza *Teckal*, come specificate dalla giurisprudenza successiva, a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'ente affidatario, ha disatteso le argomentazioni proposte dalle parti resistenti secondo cui l'effetto utile della direttiva in tema sarebbe comunque salvaguardato nel caso in cui una seconda amministrazione aggiudicatrice, beneficiaria dell'affidamento diretto, sia in ogni caso tenuta a seguire le procedure di aggiudicazione previste dalla normativa comunitaria per ogni appalto susseguente, in virtù della semplice considerazione circa l'inesistenza di alcuna disposizione che a ciò autorizzi, non risultando, altresì, nel caso concreto, che la seconda amministrazione fosse tenuta a subappaltare il valore totale della commessa ad imprenditori successivi. In definitiva, i giudici comunitari, non ravvisando nella fattispecie portata alla loro attenzione, il requisito del controllo "analogo", in quanto il soggetto beneficiario risultava essere una società ad economia mista partecipata da fondi privati, propendono per l'obbligatorietà del ricorso a procedure ad evidenza pubblica.

Maggiori aperture, conseguenti forse anche ad un'accresciuta consapevolezza dei temi dell'*in house providing* da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, si sono registrate nella successiva giurisprudenza della Corte, nell'ambito della quale hanno cominciato a trovare posto anche decisioni di segno positivo rispetto alla sussistenza dei requisiti legittimanti un affidamento diretto. In tal senso, i giudici comunitari hanno valutato favorevolmente ai fini in esame una situazione in cui ad

¹⁴³ Corte di giustizia CE, sez. I, 18 gennaio 2007, in C-220/05, *Auroux*, in *Foro amm. CdS*, 2007, 3. In tema si v. L. GENINATTI SATÈ, *Forme e limiti dell'affidamento di appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici*, *ivi*, 740 ss.

un Comune, in qualità di socio di maggioranza, era attribuita la possibilità di designare i membri degli organi direttivi e di condizionare l'attività di una compagine societaria destinataria di un affidamento *in house*, tanto sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti; in particolare, nel caso in esame, il consiglio comunale dell'ente locale in questione, in applicazione di una convenzione, stabiliva, per mezzo di delibere, le spese di funzionamento della società suddetta mentre il Comune stesso si era riservato la possibilità di compiere una serie di verifiche, da un lato, con la nomina di un funzionario comunale incaricato di collaborare, stimolare e controllare l'operato societario e, dall'altro, con il controllo sulla contabilità di detta società al fine di assicurare la piena applicazione delle norme di correttezza contabile e delle norme di tutela previste dalla convenzione¹⁴⁴.

Infine, occorre segnalare come, da un punto di vista più strettamente normativo, sempre sul versante comunitario, il fenomeno dell'*in house providing* è stato sancito, sia pure con riferimento ad uno specifico settore, nell'ambito del Regolamento CE n. 1370 del 23 ottobre 2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e ferrovia, il quale, all'art. 5, ha riconosciuto alle autorità nazionali competenti a livello locale la facoltà di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico ad un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità stessa eserciti un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture. In particolare, viene espressamente indicato che gli "indici di riconoscimento" di un siffatto controllo vanno reperiti considerando il livello di rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione e vigilanza, le disposizioni statutarie, l'assetto proprietario, l'influenza ed il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione.

¹⁴⁴ Corte di giustizia CE, sez II, 17 luglio 2008, in C-371/05, *Commissione c. Repubblica italiana*, cit. Sul punto F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 589-590, ha effettuato dei rilievi che, nell'ottica della presente trattazione, dischiudono la prospettiva sul tema cruciale che s'intende affrontare nel presente lavoro e che sarà affrontato compiutamente nel prosieguo. Da questo punto di vista, viene evidenziato come in tale pronuncia si ometta totalmente di considerare se le particolari prerogative di controllo previste nel caso sottoposto alla Corte siano compatibili con il diritto societario: in tal senso, l'A. eccepisce che una convenzione, ossia un negozio giuridico bilaterale non può mutare le competenze gestorie e le altre discipline imperative in ordine ai poteri della maggioranza societaria nonché il funzionario comunale, in realtà, da un punto di vista civilistico, non potrebbe legittimamente imporre alcuna sua effettiva autorità sulle scelte strategiche della società, con il risultato che in concreto la società oggetto del giudizio potrebbe anche dirsi una mera *longa manus* dell'ente affidante, ma ciò in contrasto con il diritto societario.

2. *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali nell'ordinamento giuridico interno.*

2.1. *Preambolo: l'incidenza della giurisprudenza comunitaria sui sistemi giuridici nazionali.*

Una volta fissati i capisaldi della disciplina comunitaria nel settore che interessa indagare in questa sede, ferma restando la consapevolezza di non essere ancora pervenuti ad una sistemazione definitiva della materia a fronte di un processo di evoluzione interpretativa ancora in atto, la trattazione appare matura a verificare in quali termini i dettami della giurisprudenza comunitaria siano stati tradotti nel nostro ordinamento giuridico.

Da questo punto di vista, appare appena il caso di ricordare l'incidenza, sempre più marcata, dell'ordinamento comunitario nei sistemi giuridici nazionali in forza di un processo di unificazione europea basato sul fondamentale assunto secondo cui, aderendo al Trattato CEE, gli Stati membri hanno accettato una limitazione della loro sovranità, sia pure in ambiti circoscritti, a favore di un ordinamento giuridico nuovo, integrato in quelli interni, ma al tempo stesso autonomo, creando, così, un complesso di diritti vincolante, non solo per i propri cittadini, ma anche per loro stessi, non più legittimati, a questo punto, ad incidervi in via unilaterale. Da tale meccanismo fondante l'ordinamento comunitario derivano, come corollario, le due caratteristiche che connotano il rapporto tra diritto interno degli Stati membri e diritto comunitario, ossia la diretta efficacia e il primato di quest'ultimo. Nel primo senso, le norme di diritto comunitario, originario o derivato, che siano chiare, precise e complete (ossia non bisognose di una ulteriore normativa di attuazione da parte di organi statali o comunitari), come lo sono, per definizione, quelle contenute nei regolamenti, o, a certe condizioni, anche quelle desumibili dalle direttive, devono essere considerate parte integrante del diritto di ciascun Stato membro, con la conseguente possibilità da parte dei singoli di invocarle presso le autorità giurisdizionali nazionali, le quali dovranno disporre, in caso di loro violazione, forme di tutela adeguate. Il primato del diritto comunitario su quello nazionale, invece, sancito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁴⁵, è stato riconosciuto appieno nel nostro ordinamento solo in tempi

¹⁴⁵ Cfr. Corte di giustizia CE, 28 giugno 1978, in C- 70/77, *Simmenthal*; Corte di giustizia CE, 15 luglio 1964, in C-6/64; *Costa c. ENEL*; Corte di giustizia CE, 5 febbraio 1963, in C-26/62, *Van Gend & Loss*, tutte in www.curia.europa.eu.

relativamente recenti¹⁴⁶, attraverso l'individuazione nell'art. 11 della nostra Carta fondamentale della copertura costituzionale al processo di trasferimento di prerogative sovrane in favore della Comunità, con conseguente ammissione circa il fatto che il giudice nazionale, in caso di contrasto tra norma comunitaria e norma interna, sia tenuto a disapplicare quest'ultima¹⁴⁷.

Su tali basi si è innestata l'attività della Corte di giustizia, il cui ruolo nel processo di costruzione europea si è rilevato, nel tempo, determinante grazie all'esercizio della funzione, c.d. "nomofilattica", volta ad assicurare l'interpretazione e l'applicazione uniforme del diritto comunitario in tutti gli ordinamenti nazionali. Considerando, infatti, che la maggior parte del diritto comunitario, originario e derivato, viene applicato direttamente da organi giurisdizionali statali i quali, nello svolgere tale ruolo, rimangono inevitabilmente condizionati dall'ordinamento giuridico al quale appartengono, appare evidente come tale funzione esercitata dalla Corte, in un'ottica di cooperazione giudiziale tra gli organi nazionali e quelli comunitari, ben rappresentato dal meccanismo del rinvio pregiudiziale¹⁴⁸, risulti essenziale allo scopo di conferire al diritto

¹⁴⁶ A partire dalla sentenza della Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, I, 1098.

¹⁴⁷ Per approfondimenti in tema cfr., tra gli altri, L. ZANCHIELLO, *Rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale alla luce delle pronunce della Corte costituzionale*, in *Nuova rass.*, 2006, 1881 ss.; A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003, 2419 ss.; M. TAMBURINI, *L'adattamento del diritto interno al diritto comunitario e l'integrazione dell'acquis communautaire negli ordinamenti dei nuovi membri*, in *Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, Atti del Convegno, Milano, 15-17 febbraio 2001, a cura di M. Ganino, G. Venturini, Milano, 2002, 377 ss.; A. BARONE, *L'ordinamento giuridico comunitario ed il diritto interno: spunti ricostruttivi*, in *Società, contratti, metodo*, a cura di P. Zanelli, Milano, 2002, 355 ss.; L. ALBINO, *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 923 ss.; A. ANDRONICO, *Un "nuovo genere" di ordinamento. Riflessioni sul rapporto fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Jus*, 2001, 69 ss.; L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *AA.VV.*, *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, I, Milano, 1998, 357 ss.; A. CELOTTO, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno: orientamenti della Corte costituzionale e spunti di teoria generale*, in *Giur. cost.*, 1992, 4481 ss.; G. BOSCO, *Problemi posti dall'attuazione del diritto comunitario nell'ordinamento interno*, in *Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Atti del Seminario, Roma, 15-16 ottobre 1990, Milano, 1991, 25 ss.; G. COCCO, *Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 641 ss.; G. NAPOLETANO, *Diritto comunitario e diritto italiano nella sentenza n. 170/84 della Corte costituzionale*, in *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Atti della Tavola rotonda, Castelgandolfo, 18 ottobre 1986, a cura di U. Lenza, Milano, 1988, 229 ss.; S. GALEOTTI, *I rapporti tra norma comunitaria e norma della legge nazionale dopo la sentenza n. 170/84 della Corte costituzionale*, *ivi*, 265 ss.; P.A. CAPOTOSTI, *Rapporti tra diritto interno e diritto comunitario nella giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 281 ss.; *AA.VV.*, *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982.

¹⁴⁸ Per approfondimenti in tema cfr. R. MURGIA, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di giustizia della C.E.*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 441 ss.; P. ADONNINO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Rass. trib.*, 2005, 1462 ss.; A. SANTA MARIA, *Il rinvio pregiudiziale nella nuova disciplina a seguito del Trattato di Nizza*, in *Dir.*

comunitario un'efficacia prescrittiva all'interno degli Stati membri, la quale verrebbe sicuramente a sgretolarsi in assenza di strumenti che impediscano alle giurisdizioni nazionali di interpretare ed applicare il diritto comunitario a proprio piacimento. In particolare, l'effetto "unificante" della sentenza "interpretativa" resa dalla Corte a seguito del rinvio pregiudiziale promosso da un giudice nazionale, desideroso di conoscere l'interpretazione corretta di una norma di diritto comunitario, deriva, in primo luogo, dal fatto che essa non vincola solo quest'ultimo, ma anche tutti gli altri giudici nazionali, di qualsiasi Stato membro, che si trovino a dover decidere una fattispecie analoga nonché, in secondo luogo ed in senso più ampio, dal noto principio in base al quale qualsiasi sentenza che precisi il significato di una norma comunitaria entra a far parte integrante della stessa, venendo a costituire essa stessa "diritto" a tutti gli effetti¹⁴⁹.

In tale contesto, un settore in cui l'esercizio di tale funzione ha contribuito in maniera particolarmente significativa a definire i contorni della relativa disciplina, conferendo, peraltro, all'ordinamento comunitario, e conseguentemente a quelli nazionali, un orizzonte più esteso, volto alla tutela non solo dei tradizionali principi della concorrenza e del libero accesso al mercato, ma anche dei valori della solidarietà economica e sociale, è proprio quello, che interessa in questa sede, dei servizi pubblici, in quanto attività dirette a soddisfare bisogni della collettività, secondo una gestione connotata dai criteri di parità, universalità e continuità.

Si tratta quindi, dopo il breve preambolo effettuato, di valutare l'impatto che le sentenze, in precedenza esaminate, rese dalla Corte di giustizia nell'esercizio della propria funzione "nomofilattica" hanno prodotto sull'ordinamento giuridico

comm. internaz., 2003, 367 ss.; G. TRISORIO LUZZI, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 727 ss.; A. D'ASARO, *Funzione uniformatrice della Corte di giustizia e rinvio pregiudiziale: evoluzione e prospettive*, in *Nuove autonomie*, 2002, 583 ss.; G. GORI, *Il rinvio pregiudiziale e la collaborazione tra la Corte di giustizia delle Comunità europee e i giudici nazionali alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. eu.*, 1998, 721 ss.

¹⁴⁹ In tal senso cfr. Corte cost., 16 marzo 1990, n. 132, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 513; Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389, *ivi*, 1065; Corte cost., 19 dicembre 1986, n. 274, in *Quad. reg.*, 1987, 288; Cort cost., 23 aprile 1985, n. 113, in *Giur. cost.*, 1985, I, 694. In tema, per approfondimenti, si v. A. LEONARDI, *Efficacia interna del diritto comunitario e delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 1060 ss.; G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 249 ss.; S. MASTROPASQUA, *Corte di giustizia C.E. (sentenze interpretative e rapporti con i giudici nazionali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Mastropasqua, F. Tamassia, Milano, 2004, 98 ss.; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente nelle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1193 ss.; G. BERARDIS, *Gli effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1982, 245 ss.

interno in relazione al tema dell'affidamento diretto di servizi pubblici locali ed, in particolare, in riferimento ai caratteri del requisito del controllo "analogo".

2.2. *Il quadro normativo nazionale di riferimento (in tema di servizi pubblici a rilevanza economica)*

La norma fondamentale in materia, mai abrogata, è il comma 1 dell'art. 112 d.lgs. n. 267/2000 il quale non fornisce la definizione di servizio pubblico locale ma ne definisce l'oggetto che consiste nella «produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». I servizi pubblici locali possono essere definiti, dunque, come attività economiche in astratto suscettibili di essere organizzate in forma di impresa che si caratterizzano per la loro diretta ed immediata finalizzazione alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività locale non pienamente soddisfabile tramite il mercato o il sistema degli appalti e concessioni. Si tratta di un concetto molto ampio, dinamico nel tempo e nello spazio, in quanto servizi che appaiono pubblici in un determinato contesto, in cui appaiano direttamente finalizzati ad assolvere un bisogno primario della collettività sociale cui il mercato non è in grado di rispondere, possono non esserlo in un diverso territorio, con diversi bisogni e con diversa struttura del mercato.

Il sistema nazionale dei servizi pubblici locali vigente è il risultato di una prima serie di interventi normativi (art. 35 l. n. 448/2001 e art. 14 d.l. n. 269/2003, convertito in l. n. 326/2003) sulla disciplina posta dall'art. 113 del TUEL, di cui al d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267¹⁵⁰, finalizzati a renderla compatibile coi principi comunitari di trasparenza e tutela della concorrenza, nonché con il nuovo assetto di competenze scaturito dalla riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione (in particolare per quanto riguarda il riparto delle competenze legislative delineato dal nuovo art. 117 e l'introduzione, a livello costituzionale, del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost.)¹⁵¹.

¹⁵⁰ Sul disposto di cui all'art. 113 d.lgs. n. 267/2000 s.m.i., cfr. R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 113*, in R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 660 ss.; M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 121 ss.; T. NICOLAZZI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Riv. amm.*, 2004, 257 ss.; A. PURCARO, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 2003, 2078 ss.; M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 218 ss.

¹⁵¹ In tema si v. G. FARES, *Servizi pubblici locali e promozione della concorrenza fra Stato e Regioni*, in *Studium iuris*, 2006, 976 ss.; R. CARANTA, *Servizi pubblici locali, tutela della concorrenza e riparto di competenze fra Stato e Regioni*, in *Giur. it.*, 2006, 1737 ss.; E. ROLANDO, *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze fra Stato e*

La riorganizzazione della materia in esame effettuata con i provvedimenti suddetti è avvenuta individuando due differenti categorie di servizi pubblici: quelli a rilevanza economica, di cui ci si occupa, e quelli privi di tale carattere, allo scopo di regolamentare con maggiore attenzione verso i principi comunitari quei servizi che, pur non rivestendo una rilevanza “industriale” secondo la previgente classificazione, sono comunque strettamente connessi al mercato, dovendo di conseguenza essere inquadrati in un’ottica di piena e corretta concorrenza secondo i dettami del diritto comunitario.

La distinzione tra le due diverse categorie di servizi pubblici rileva, in primo luogo, nell’ambito dell’ordinamento comunitario, in quanto la riconduzione all’una o all’altra comporta la sottoposizione del servizio a regole che non sempre coincidono; in particolare, se i principi di non discriminazione e di libera circolazione delle persone valgono per l’accesso a tutti i tipi di servizi e le stesse norme sugli appalti pubblici si applicano indifferentemente alle pubbliche amministrazioni nella prospettiva di fornire servizi di natura economica e non economica, la libertà di fornire servizi, il diritto di stabilimento, le norme sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato si applicano solo alle attività economiche¹⁵².

Analogamente, la distinzione in esame, invero non agevole, risulta di decisiva importanza anche nell’ambito dell’ordinamento interno, allo scopo di individuare la disciplina applicabile nel caso concreto. Infatti, i servizi dotati di rilevanza economica, soprattutto in ordine all’aspetto organizzativo, trovano una regolamentazione precisa, a differenza dei servizi privi di tale rilevanza¹⁵³, soprattutto relativamente all’aspetto organizzativo e delle modalità di affidamento, nell’art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000, a norma del quale «l’erogazione del

Regioni nella materia “trasversale” della tutela della concorrenza, ivi, 2005, 838 ss.; F. CASALOTTI, Il riparto della potestà legislativa “alla prova” della disciplina dei servizi pubblici locali, in Le Regioni, 2005, 262 ss.; V. DE GIOIA, I servizi pubblici locali nel quadro delle competenze legislative dell’art. 117 della Costituzione, in Urb. e app., 2004, 1395 ss.; A. ZITO, I riparti delle competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, in Dir. amm., 2003, 387 ss.

¹⁵² In tema cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 945 ss.

¹⁵³ L’abrogazione dell’art. 113-bis TUEL, ritenuto da C. Cost. 27 luglio 2004, n. 272, in *Giur. cost.*, 2004, 2748, illegittimamente lesivo dell’autonomia regionale e locale, ha segnato il tramonto della tipizzazione, perlomeno di quella di derivazione statale, delle opzioni organizzative esercitabili, con conseguente espansione della libertà di scelta da parte dell’ente su cui ricade la titolarità del servizio. Per approfondimenti in tema si rinvia, tra gli altri, a V. MOLASCHI, *La gestione dei servizi pubblici locali “privi di rilevanza economica”: prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito di Corte cost. n. 272 del 2004*, in *Foro it.*, 2005, 2652 ss.

servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa UE, con conferimento della titolarità dello stesso a:

- a) società di capitali, individuate attraverso gare con procedura ad evidenza pubblica;
- b) società a capitale misto pubblico privato, nelle quali il socio privato sia individuato attraverso gare con procedura ad evidenza pubblica nel rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza;
- c) società a capitale interamente pubblico, a condizione che 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 che la controlla».

La ricostruzione in via interpretativa della nozione di servizio a rilevanza economica, resa indispensabile dalla mancanza di una disposizione normativa in grado di offrire una definizione soddisfacente, essendo la nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c. insufficiente a tale scopo¹⁵⁴, va effettuata secondo la prospettiva dell'ordinamento comunitario. In tale ottica, l'affermazione generale secondo cui ogni attività consistente nell'offerta di beni e servizi su un dato mercato costituisce un'attività economica appare ormai eccessivamente semplicistica considerando come l'evoluzione tecnologica, economica e sociale della gamma di servizi che possono essere collocati in commercio abbia fatto assumere alla distinzione tra attività economiche e non un carattere necessariamente dinamico ed evolutivo, che ne impedisce la fissazione a priori. In siffatto contesto, la giurisprudenza comunitaria affida al giudice nazionale il compito di valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato tenendo conto di alcuni indici sintomatici quali l'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, la mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività e l'eventuale finanziamento pubblico della stessa¹⁵⁵. In altri termini, un servizio può dirsi economico quando viene offerto sul mercato dietro il pagamento di un corrispettivo idoneo a coprire i costi e a remunerare il capitale e, per converso, non lo è quando il servizio viene offerto per fini non di guadagno ma di mutualità o quando per la copertura dei costi si

¹⁵⁴ A norma dell'art. citato «E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi».

¹⁵⁵ Cfr. Corte di Giustizia CE, 22 maggio 2003, in causa C-18/2001, in *Foro amm. CdS*, 2003, 1498.

faccia ricorso alla fiscalità generale o alla determinazione di tariffe allo scopo di esigere dall'utenza una mera compartecipazione che però non copre i costi¹⁵⁶.

In base a tale prospettiva, i servizi di interesse economico generale, secondo la dizione comunitaria, sono quelli che secondo le autorità pubbliche devono essere garantiti con carattere di continuità, mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, anche quando non siano economicamente remunerativi e pertanto, il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo. Ciò significa che la linea di discriminazione tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza, per utilizzare la terminologia nazionale, va individuata nell'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività, in modo che si debba ritenere di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, almeno potenzialmente, una redditività, e quindi una competizione sul mercato in grado di far conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico, mentre, in via residuale, saranno da considerare privi di rilevanza economica i servizi che, per loro natura o per i vincoli cui è sottoposta in concreto la relativa gestione, non diano luogo ad alcuna competizione, risultando pertanto irrilevanti ai fini della concorrenza¹⁵⁷. In altri termini, va qualificato a rilevanza

¹⁵⁶ Nel senso che il carattere economico del servizio si desume non tanto dal contenuto dell'attività quanto dalla sua concreta configurazione essendo l'ente locale che, tenuto conto del contesto economico, decide se procedere con modalità idonee a garantire le entrate necessarie per coprire quantomeno i costi di produzione o procedere invece addossando, in tutto o in parte, i costi alla fiscalità generale applicando prezzi politici si v. A. VIGNERI, *Servizi e interventi pubblici locali*, Rimini, 2004, 242-243; G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento degli enti locali*, in www.aedon.mulino.it, 2003. In tema cfr. anche E. CARLONI, *Il "carattere" del servizio locale e il suo affidamento: il sistema italiano fra aperture, paradossi e regressioni*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 786 ss.; T. NICOLAZZI, *La riforma dei servizi pubblici locali: il nuovo assetto normativo*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2004, 527 ss.; A. PURCARO, *La riforma dei servizi pubblici locali. Appunti a margine dell'art. 14 del D.L. n. 269/2003*, in *Nuova rass.*, 2003, 2078 ss.

¹⁵⁷ In questo senso cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1444, su cui si v. nota di A. VACCA, *Ricostruzione ontologica dell'affidamento "in house" dei servizi pubblici locali*, *ivi*, 1844 ss., in cui i giudici amministrativi hanno affermato che «la distinzione tra i servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza va considerata legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività, con la conseguenza che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale potrebbe esistere, quantomeno potenzialmente, una redditività e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubbliche, più o meno ampie, dell'attività in questione»; T.A.R. Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729, *ivi*, 2005, 2618, su cui si v. E. IORIO, P. MONEA, *La distinzione tra i servizi pubblici a rilevanza economica e non a rilevanza economica. Breve commento a sentenza del T.A.R. Sardegna del 2 agosto 2005*, n. 1729, in *Amm. it.*, 2006, 21 ss.; T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527, in *Foro amm. TAR*, 1022, secondo cui l'inquadramento di un servizio pubblico nell'ambito di quelli privi di rilevanza economica deve essere supportato da una specifica e congrua motivazione che dia conto, nel caso concreto, dell'insussistenza della rilevanza economica (nella fattispecie esaminata si è desunta la (astratta) remuneratività, e quindi il carattere economico, di servizi di manutenzione delle strade, degli impianti di illuminazione pubblica e del verde pubblico dalla predisposizione di un contratto di servizio quadro che definiva, tra l'altro, il corrispettivo per la manutenzione ordinaria, il prezzario degli interventi di manutenzione straordinaria, i parametri tecnici ed economici per la valutazione

economica un servizio pubblico nel quale è presente una rilevante componente economica tesa ad assicurare, non la mera copertura delle spese, ma anche un potenziale profitto d'impresa, secondo una valutazione che non può andare disgiunta da una considerazione globale dell'attività posta in essere dalla società affidataria¹⁵⁸.

Un ulteriore aggiornamento della disciplina di cui all'art. 113 d.lgs. n. 267/2000 è stato effettuato attraverso la l. 6 agosto 2008, n. 133 (di conversione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112)¹⁵⁹, in vigore dal 22 agosto 2008, la quale, ribadendo che «il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica», ha ristretto ulteriormente la possibilità di affidamento *in house*, limitandola alle ipotesi in cui sussistano «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 ponendo in capo all'ente affidante l'onere di dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato, nonché di 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 suddetta relazione¹⁶⁰. Peraltro, pare legittimo nutrire più di qualche dubbio sull'effettiva

delle prestazioni rese, i corrispettivi economici per il primo triennio di validità del contratto); T.A.R. Umbria, 24 ottobre 2003, n. 821, *ivi*, 2003, 2963.

¹⁵⁸ Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in *Urb. e app.*, 2006, 1417 ss., con commento di M. URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, secondo cui se un soggetto societario viene costituito per svolgere, accanto ad attività di significativa rilevanza sociale, anche, e soprattutto, attività di preminente rilevanza economica, nonché operazioni, ancorché accessorie, finanziarie e immobiliari, deve aversi riguardo non al semplice contenuto specifico dei singoli servizi affidati, ma all'interesse economico globalmente perseguito a livello societario; la struttura societaria, infatti, in siffatte circostanze, va considerata in maniera unitaria, così come profitti e perdite concorrono a formare il bilancio societario in termini parimenti unitari, nel senso che eventuali aspetti deficitari relativi ad un singolo servizio ritenuto astrattamente privo di rilevanza economica ben possono e, anzi, debbono essere corretti dagli aspetti compensativi legati all'espletamento di servizi di rilevanza economica, i quali non possono essere posti su piani separati e non comunicanti. In sostanza, secondo i giudici di Palazzo Spada, non può aversi riguardo, allo scopo in esame, all'astratta natura del servizio di cui si tratta, bensì va considerata la concreta natura del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo.

¹⁵⁹ In tema si v. R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 1109 ss.

¹⁶⁰ A tal proposito si v. la segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AS457) del 24 luglio 2008 sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in www.dirittodeiservizipubblici.it, in cui l'Autorità stessa, in merito all'onere di invio di relazione sulle motivazioni che sorreggono un affidamento *in house*, pur apprezzando l'intento di

portata precettiva del parere reso dall’Autorità garante della concorrenza del mercato, tant’è che la medesima si è limitata ad auspicare che l’ente locale tenga «nella dovuta considerazione le valutazioni espresse nel parere rilasciato»¹⁶¹. Inoltre, ai sensi del comma 9, dell’art. 23-*bis* in esame, i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive, con l’eccezione delle società quotate in mercati regolamentati, 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, nè svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, nè direttamente, nè tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, nè partecipando a gare.

A proposito di tale ulteriore novella legislativa, preme rilevare, per inciso, l’insorgenza di qualche dubbio di compatibilità comunitaria relativamente alla parte in cui si afferma che l’affidamento *in house* sarebbe praticabile solo in presenza, tra le altre cose, di peculiari situazioni ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento. Invero, tale ultima disposizione sembrerebbe alludere al territorio di quegli enti locali che si trovino in posizioni isolate, in zone a bassa densità abitativa e magari difficilmente raggiungibili e collegabili (ad esempio, piccoli paesi di montagna), tanto da generare il “disinteresse” degli operatori del mercato a concorrere per aggiudicarsi la gestione di un servizio pubblico in tali ambiti, con conseguente esclusione, viceversa, della possibilità di affidamento diretto in relazione ad un territorio, ad esempio di pianura, in cui i diversi Comuni sono facilmente collegabili tra loro ed in cui pare agevole l’accessibilità ad un

arginare il diffondersi di deroghe ingiustificate, rileva come all’attribuzione di tale nuova competenza, di carattere consultivo, non si accompagni l’assegnazione di risorse aggiuntive, «le quali, invece, risultano assolutamente necessarie ai fini dello svolgimento dei nuovi compiti istituzionali, pena il pregiudizio nell’efficiente adempimento anche di quelli già esistenti».

¹⁶¹ Autorità garante della concorrenza e del mercato, comunicazione del 16 ottobre 2008, in www.dirittoediservizipubblici.it. In tale occasione, l’Autorità ha anche specificato i contenuti della richiesta di parere da inviare alla stessa, richiedendo all’uopo: a) una relazione contenente gli esiti dell’indagine di mercato dai quali risulti, in termini comparativi, la convenienza dell’affidamento diretto rispetto all’esperimento di una procedura ad evidenza pubblica; b) informazioni circa le modalità con le quali sono resi pubblici gli elementi di cui al punto *sub a*); c) tutte le indicazioni soggettive relative all’impresa/e interessata/e; d) dati relativi al tipo ed al valore dei servizi in questione; e) l’atto costitutivo, lo statuto e le informazioni relative al campo di attività della società affidataria; f) informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore o del mercato tali da giustificare l’affidamento *in house*; g) indicazioni in merito ai principali concorrenti; h) indicazioni in merito alle eventuali forme di finanziamento o di sussidio dell’attività oggetto di affidamento e delle attività a questa connesse.

mercato di utenti dalle dimensioni tali da poter essere considerato appetibile da un imprenditore privato.

In realtà, tale interpretazione, che sembra del tutto verosimile rispetto agli intenti del legislatore, sarebbe destinata a collidere con la regola, invalsa in ambito comunitario, secondo la quale «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi»¹⁶². La stessa giurisprudenza nazionale ha ammesso che non vi è alcun obbligo in capo alle amministrazioni pubbliche locali di ricorrere ad entità esterne per assolvere i compiti istituzionali e realizzare gli interessi pubblici ad essa affidati, dato che la creazione di un mercato comune e l'applicazione delle regole di tutela della concorrenza non ostacolano lo svolgimento della potestà organizzatoria della pubblica amministrazione; ne deriva che quest'ultima può legittimamente decidere, in alternativa alla gara, di non rivolgersi al mercato, optando per il ricorso all'autoproduzione dei servizi pubblici¹⁶³. Analogamente, è stato rilevato come l'amministrazione locale abbia facoltà di scegliere di optare tra *outsourcing* e *in house providing*, senza possibilità che tale scelta sia sindacabile alla stregua del diritto comunitario¹⁶⁴. In particolare, secondo l'impostazione ora in commento, la creazione di un mercato comune e l'applicazione delle regole di tutela della concorrenza per garantirne il mantenimento incontrano il limite del potere di organizzazione della pubblica amministrazione riconosciuta agli Stati membri dalle istituzioni comunitarie, con la conseguenza che la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi al mercato non può essere coartata nei settori di attività in cui la medesima ritenga il ricorso all'autoproduzione, nel rispetto della relativa disciplina fissata dall'ordinamento, maggiormente rispondente alle esigenze affidate alla propria cura.

¹⁶² Corte di giustizia, sez. III, 13 novembre 2008, in C-324/07, *Coditel Brabant*, in www.dirittodeiservizi pubblici.it, Corte di giustizia CE, sez. I, 11 gennaio 2005, in C-26/03, *Stadt Halle*, cit., punto 48. Nello stesso senso si v. Corte di giustizia CE, sez. V, 13 ottobre 2005, in C-458/03, *Parking Brixen*, cit., punto 61.

¹⁶³ T.A.R. Lombardia Brescia, 27 ottobre 2008, n. 1440, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶⁴ T.A.R. Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407, in *Foro amm. TAR*, 2008, 264, su cui si v. B. DI GIACOMO RUSSO, *TAR Sardegna: l'affidamento in house alle luce del Regolamento CE n. 1370/2007 e della sentenza del 17 luglio 2008 (causa C-371/05) della Corte di giustizia CE*, *ivi*, 2254 ss.

Pertanto, in definitiva, sembrerebbe illegittimo riconoscere tale diritto di “autoproduzione” solo agli enti locali il cui territorio si collochi in zone disagiate e non appetibili dal mercato per ragioni ambientali e geomorfologiche, oltre che economiche e sociali, escludendolo, invece, a priori, per tutti gli altri¹⁶⁵.

Inoltre, l’art. 23-bis cit., al comma 10, ha chiamato il Governo ad emanare uno o più regolamenti al fine di prevedere, tra le altre cose, l’assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno 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, così da profilare, al termine di una linea di privatizzazione, il ritorno della pubblicizzazione¹⁶⁶ attraverso l’introduzione di un modello che, sempre di più, si avvicina a quello dell’azienda speciale¹⁶⁷.

Nell’ambito dell’ordinamento interno, occorre segnalare anche il disposto di cui alla l. 24 dicembre 2007, n. 244 (l. finanziaria per l’anno 2008), il cui art. 3, comma 27, al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato, vieta alle amministrazioni pubbliche di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali nonché di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali compagini. I successivi commi 28 e 29 prevedono, rispettivamente, che l’assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall’organo

¹⁶⁵ S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in www.giustamm.it, specifica che la modalità di gestione *in house* non è da intendersi come residuale, bensì semplicemente come derogatoria rispetto alla gara: da un punto di vista comunitario, infatti, l’*in house providing* rappresenta un istituto al quale è sempre possibile ricorrere, previo rigoroso accertamento della sussistenza di tutti i requisiti della fattispecie, come dapprima individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e poi ribaditi e specificati anche dalle altre istituzioni comunitarie. Al contrario, secondo l’A., ove si volesse addivenire ad un’interpretazione dell’art. 23-bis, commi 3 e 4, così rigida da ritenere che agli enti locali è lasciata, se non in ipotesi del tutto marginali, la sola possibilità del conferimento della gestione dei servizi pubblici mediante gara, non potrebbe non insinuarsi il dubbio di un contrasto, oltre che con l’ordinamento comunitario, anche con gli artt. 5 e 114 della Costituzione, perché la legge dello Stato può regolare l’autonomia (in questo caso organizzativa) degli enti locali, ma non comprimerla fino a negarla.

¹⁶⁶ C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 351. In senso simile si v. anche F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, cit., 582-583, secondo cui le amministrazioni pubbliche, ove volessero evitare le gare nella scelta dei fornitori di beni e servizi, dovrebbero considerare un ritorno al diritto pubblico nel suo nucleo più puro e caratteristico, di diritto unilaterale ed imperativo, in alternativo al ricorso a strumenti, più o meno genuinamente, privatistici o comunque consensuali.

¹⁶⁷ Sulla possibilità di affidamento diretto ad un’azienda speciale si v. Corte di giustizia CE, ord. 10 aprile 2008, in C-323/07, *Termoraggi*, in www.curia.europa.eu.

competente (da identificarsi con il consiglio comunale) con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei suddetti presupposti e che le amministrazioni pubbliche sono tenute a cedere, tramite procedure ad evidenza pubblica, le partecipazioni vietate. Senonché la legge finanziaria suddetta ha previsto, nella seconda parte del comma 27 dell'art. 3, anche una norma di salvezza per le società che «producono servizi di interesse generale», la partecipazione nelle quali sarebbe «sempre ammessa». Evidentemente si tratta di disposizioni animate da un intento di razionalizzazione delle partecipazioni societarie facenti capo ad enti pubblici, in un'ottica di contenimento della spesa, che, proprio per questo motivo, possono considerarsi condivisibili, se non fosse che la formulazione scarna che le caratterizza finisce per sollevare diversi interrogativi, più che produrre effetti positivi significativi: in primo luogo, ci si potrebbe chiedere cosa debba accadere nell'ipotesi in cui la procedura ad evidenza pubblica bandita per l'alienazione delle partecipazioni vietate vada deserta, il che appare probabile, perlomeno nel frequente caso di società di servizi pubblici locali che non ammettono, ai fini dell'affidamento diretto, l'ingresso di soci privati nel capitale, posto che, verosimilmente, i soci pubblici già presenti nella compagine societaria difficilmente potranno nutrire un qualche interesse ad aumentare la propria quota; si potrebbe pensare, ma di ciò non vi è traccia nella legge finanziaria, che, una volta fallito il collocamento presso terzi, che, nel caso suddetto, potrebbero essere solo enti pubblici, la società sia obbligata ad acquistare tali quote, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 2437-*quater*, comma 5 e 6, c.c., dettato in tema di recesso del socio; in secondo luogo, non aiuta a delimitare il campo di applicazione delle norme in commento, il generico richiamo ai «servizi di interesse generale», secondo una nozione di origine comunitaria dai caratteri sfumati, in cui, ragionevolmente, dovrebbero ricondursi quelle attività che, in un'ottica pubblicistico-funzionale, possano definirsi “servizio pubblico” alla luce della giurisprudenza nazionale. Infine, merita una considerazione l'uso del verbo «producono», il quale non sembra casuale, rispecchiando, in realtà, l'ostilità del legislatore rispetto a compagini societarie a capitale pubblico che non provvedano direttamente ad effettuare il servizio loro affidato, limitandosi, viceversa, ad affidare ulteriormente ad un terzo soggetto l'effettivo espletamento dello stesso. Pare evidente, in quest'ultimo caso, come la società che non “produca” un servizio rappresenti un mero costo per l'ente pubblico, il quale non ne trarrebbe alcuna utilità, ben potendo affidare direttamente

il servizio al soggetto effettivo erogatore, senza bisogno dell'intermediazione di un costoso apparato societario¹⁶⁸. Un discorso analogo, da tale punto di vista, potrebbe condursi per le società c.d. *holding*, la cui dubbia ammissibilità è stata affermata anche in sede comunitaria¹⁶⁹.

Solo sfiorata, invece, dalla disciplina posta dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto "Bersani") risulta essere la materia, oggetto della presente trattazione, dei servizi pubblici locali, espressamente esclusi¹⁷⁰, in sede di conversione nella l. 4 agosto 2006, n. 248, dalla previsione, di cui all'art. 13, destinata alle «società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali¹⁷¹ per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti»¹⁷², alle quali è stato imposto di «operare esclusivamente con

¹⁶⁸ In termini simili cfr. Corte conti Umbria, sez. giurisd., 8 novembre 2006, n. 354, in *Riv. Corte conti*, 2006, 6, 176, ove si è affermata la responsabilità amministrativa per non avere valutato la convenienza economica di continuare a partecipare in una società che, lungi dal porre in essere realmente una qualche attività di produzione diretta dei servizi che le venivano chiesti, ha semplicemente "girato" le richieste stesse ad operatori esterni, ponendo in essere un'attività di «mera interposizione fittizia».

¹⁶⁹ Corte di giustizia CE, sez. I, 11 maggio 2006, in C-340/04, *Carbotermo*, cit.

¹⁷⁰ La giurisprudenza ha puntualizzato che resterebbero escluse dalle prescrizioni di cui al decreto "Bersani" solo le società costituite esclusivamente per la gestione di servizi pubblici locali che, pertanto, non prevedano nel proprio oggetto sociale anche attività strumentali alla più generica attività di competenza dell'Amministrazione pubblica non classificabili come servizi pubblici in senso proprio in quanto consistenti in prestazioni a vantaggio dell'ente pubblico e non direttamente della collettività: in tal senso T.A.R. Sardegna, sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371, in [Foro amm. TAR](#), 2008, 2251; T.A.R. Lombardia, Brescia, 27 dicembre 2007, n. 1373, *ivi*, 2007, 3706, in cui si è classificato, ai fini in esame, come servizio pubblico quello relativo alla pubblica illuminazione, poiché dell'erogazione dello stesso beneficia direttamente la collettività, e non il c.d. servizio energia, che viene fornito alle strutture gestite dall'ente pubblico e non alla collettività, che ne beneficia solo indirettamente solo in occasione della fruizione di un altro servizio svolto nei locali pubblici.

¹⁷¹ In base a quanto statuito, in sede consultiva, da Cons. St., Ad. sez. III, 25 settembre 2007, n. 322, in [Urb. e app.](#), 2007, 1515, la disposizione in esame, nella sua complessità, si riferisce a tutte le amministrazioni pubbliche che perseguono il soddisfacimento di interessi pubblici entro un dato ambito territoriale, tra cui le Camere di commercio, a nulla rilevando, a tali fini, la loro riconducibilità alla categoria delle autonomie funzionali. Secondo l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, delib. 9 maggio 2007, n. 135, in *Urb. e app.*, 2007, 1521, i divieti ora in esame operano anche se la partecipazione dell'amministrazione pubblica è indiretta, con la conseguenza che una società partecipata da un'altra società a sua volta indirettamente partecipata da enti locali non può concorrere agli appalti banditi da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale. Sul tema si v., per tutti, D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, 2008.

¹⁷² Secondo T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, in *Guida al diritto*, 2007, 26, 97, «possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, 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 lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (per le quali il Decreto fa esplicita eccezione) che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività. Seppure, infatti, tali società strumentali esercitano attività di natura imprenditoriale, ciò che rileva è che siano state costituite per tutelare in via primaria

gli enti costituenti o partecipanti o affidanti», non potendo «svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara» e nemmeno «partecipare ad altre società od enti»¹⁷³.

Si pone, dunque, il delicato tema relativo alla precisa delimitazione del concetto di “servizio pubblico locale”, rispetto a quello di “appalto di servizi”¹⁷⁴, tenendo conto che, per effetto della esclusione in parola, lo spazio applicativo della suddetta norma pare notevolmente ridimensionato, anche in considerazione di un diffuso orientamento volto a dilatare il concetto di servizio pubblico¹⁷⁵.

2.3. *L'affidamento diretto dei servizi pubblici locali nella giurisprudenza nazionale*

l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche possibile che venga sacrificato l'interesse privato imprenditoriale». Conforme T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2515, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷³ Sulla legittimità costituzionale della disciplina introdotta dal c.d. decreto “Bersani”, cfr. Corte cost., 1° agosto 2008, n. 326, in *Foro amm. CdS*, 2008, 2013, la quale ha sancito, in particolare, che «le previsioni in base alle quali le società in questione non possono operare per soggetti diversi dagli enti territoriali soci o affidanti, imponendo di fatto una separazione societaria, e obbligandole ad avere un oggetto sociale esclusivo, mirano ad assicurare la parità nella competizione, che potrebbe essere alterata dall'accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati. Esse, dunque, non sono irragionevoli, né sproporzionate rispetto alle esigenze indicate. In secondo luogo, il divieto di detenere partecipazioni in altre società o enti è complementare rispetto alle altre disposizioni considerate, è volto, infatti, a evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, le attività loro precluse». Sul disposto di cui al c.d. decreto Bersani, per gli aspetti che qui rilevano, sia pure non direttamente, cfr., per approfondimenti, S. MUSOLINO, *L'art. 13 del decreto-Bersani: quale futuro per il modello della società mista?*, in *Urb. e app.*, 2007, 1521 ss.; G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *Giust. amm.*, 2007, 705 ss.; D. MASETTI, *Le società partecipate dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali ed i loro limiti funzionali*, *ivi*, 1215 ss.; M.R. SPASIANO, *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, *ivi*, 2006, 959 ss.; S. ROSTAGNO, *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, *ivi*, 961 ss.; R. GIANI, *Le novità del decreto Bersani in materia di giustizia, appalti e pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2006, 1160 ss.; M. D'ALBERTI, *Misure urgenti a tutela della concorrenza e dei consumi nel decreto legge n. 223/2006*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1173 ss.; E.M. TRIPODI, *Competitività e liberalizzazioni nel nuovo decreto Bersani*, in *Disc. comm. servizi*, 2006, 511 ss.

¹⁷⁴ Sul punto T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 19 ottobre 2007, n. 6137, in [Foro amm. TAR](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2007, 3003, ha ritenuto rientrate nel divieto in esame il servizio di igiene urbana e ambientale in base alla considerazione che l'attività dell'affidatario, pur riverberandosi sulla intera collettività, è in ogni caso remunerata direttamente e totalmente dall'ente pubblico, per cui oggetto della gara è un appalto di servizi e non una concessione di pubblico servizio. Diversamente, in senso francamente più convincente, T.A.R. Lombardia Brescia, 26 novembre 2008, n. 1689, in www.giustizia-amministrativa.it, ha chiarito che le attività di raccolta, trasporto, smaltimento di rifiuti solidi urbani sono qualificabili come servizio pubblico, a nulla rilevando in tal senso che l'onere di remunerare l'attività svolta dal privato sia assunto direttamente dall'Amministrazione pubblica. Da questo punto di vista, infatti, se è pur vero che il compenso del gestore è erogato periodicamente dal Comune, è altrettanto vero che, in definitiva, il costo del servizio è comunque ripartito tra gli utenti nei confronti dei quali è applicata la relativa tassa ad integrale copertura dei costi.

¹⁷⁵ M. LIPARI, *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Corr. merito*, 2007, 116-117.

Come preannunciato, l'oggetto dell'indagine può ora focalizzarsi sulla considerazione delle modalità attraverso le quali i dettami posti dalla Corte di giustizia si sono tradotti nell'ordinamento italiano; da questo punto di vista, sulla scorta di quanto accennato poc'anzi in tema di rapporti tra ordinamento giuridico interno e diritto comunitario, si potrà notare, da un lato, una certa equiparazione e parallelismo tra quanto propugnato in via giurisprudenziale a livello europeo e quanto previsto dall'ordinamento nazionale, il quale ha, doverosamente, elevato la disciplina comunitaria a parametro di riferimento, sia nella definizione dei presupposti normativi degli affidamenti *in house*, sia nella valutazione del carattere concorrenziale dei servizi pubblici erogati dallo Stato e dagli enti pubblici locali¹⁷⁶, senza però che siano mancate, dall'altro lato, alcune divergenze, talora non irrilevanti, tra il modello di affidamento dei servizi pubblici locali definito in ambito comunitario e quello, invece, emerso a livello nazionale.

Dunque, si tratta, a questo punto della trattazione, di analizzare i caratteri dei requisiti posti dalla giurisprudenza comunitaria in tema di affidamento *in house*, e recepiti nel nostro ordinamento, per quanto riguarda i servizi pubblici di rilevanza economica, attraverso il disposto di cui alla lett. c), comma 5, dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, con precipuo riferimento al concetto di controllo "analogo", cogliendo le sfumature che esso ha assunto nel passaggio tra il livello comunitario e quello nazionale attraverso l'elaborazione giurisprudenziale interna, privilegiando, nel corso dell'esposizione, un approccio di tipo "fattuale" e concreto, in conformità all'impostazione del problema adottata in ambito comunitario, i cui assunti, come si visto in precedenza, muovono dalla consapevolezza circa l'impossibilità o, comunque, l'inopportunità, di tracciare principi generali in materia, risultando, viceversa, maggiormente aderente alla complessità del fenomeno in esame una valutazione condotta in concreto.

¹⁷⁶ L. VALENTINO, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. un. eu.*, 2005, 739 ss., spec. 759. In senso analogo si esprime anche F. RICCIO, *Affidamento in house e rilievi giurisprudenziali, con riferimento ai principi desumibili dalla normativa comunitaria*, in *Comuni d'Italia*, 2007, 22 ss. In tema si v. anche M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2004, 929 ss. Per una ricostruzione della giurisprudenza interna più recente, alla luce dei dettami comunitari, cfr., tra gli altri, M. LUCCA, *Gli affidamenti e il controllo analogo*, in *Comuni d'Italia*, 2007, 7-8, 14 ss.; F. MONTEMURRO, *Perché limitare l'affidamento in house*, *ivi*, 4, 47 ss.; E. DE CARLO, *I servizi pubblici locali: una materia dagli aspetti ancora incerti e problematici*, in *Nuova rass.*, 2007, 699 ss.; M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1371 ss.; L. TILOCCA, *La gestione in house providing dei servizi pubblici mediante società a partecipazione pubblica locale*, in *Amm. it.*, 2006, 215 ss.; A. CALLEA, *Gli affidamenti "in house"*, in *Amministrare*, 2006, 331 ss.

2.3.1. *Il concetto di “controllo analogo”.*

La declinazione del concetto di controllo “analogo” nell’ambito dell’ordinamento interno è avvenuto, nel nostro Paese, attraverso una produzione giurisprudenziale la quale, come si è detto, ereditando l’approccio “caso per caso” propugnato in sede comunitaria, si è presentata in termini letteralmente “alluvionali”, “inondando” il quadro entro cui iscrivere la possibilità di addivenire ad un affidamento diretto di servizi pubblici locali di indicazioni spesso contraddittorie, talvolta al limite della schizofrenia, fornite, peraltro, in un’accezione per lo più negativa, ossia volta ad individuare gli indici che escludono la sussistenza di una relazione di controllo “analogo” piuttosto che ad enucleare i requisiti che, in positivo, consentono di considerare soddisfatta tale condizione, rendendo così difficoltoso, per non dire improbo, qualsiasi tentativo di ricondurre ad unità, individuando una linea di tendenza univoca, una materia la cui disciplina appare malferma e frammentaria.

Tentando di aprire una via nella “giungla” giurisprudenziale formatasi attorno al concetto di controllo analogo, si staglia di fronte all’attenzione dell’interprete una prima ricostruzione dell’istituto in esame, la quale si segnala per il particolare rigore con cui viene tradotto l’insegnamento comunitario in tema nel nostro ordinamento; tale impostazione, riprendendo quanto affermato in tempi relativamente risalenti a livello governativo¹⁷⁷, ha affermato, anche recentemente, che l’assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato da parte dell’amministrazione controllante il quale, escludendo un rapporto di terzietà tra quest’ultima ed il primo, consentirebbe, secondo la giurisprudenza comunitaria, l’integrazione del requisito del controllo “analogo”, dovrebbe essere inteso come un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica, la quale, a sua volta, implica un controllo gestionale e finanziario stringente dell’ente pubblico sul soggetto

¹⁷⁷ Si allude alla circolare 6 giugno 2002, n. 8756 della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie, pubblicata in G.U. n. 178 del 31 luglio 2002, sui cui si v. C. GUCCIONE, *Le concessioni di servizi pubblici: la “Circolare Buttiglione” e gli orientamenti comunitari e nazionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1009 ss.

affidatario del servizio, in modo che quest'ultimo possa essere considerato una *longa manus* dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁷⁸.

Senza, invece, giungere a classificare in termini di subordinazione gerarchica il rapporto che deve intercorrere tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto destinatario di un affidamento diretto, la giurisprudenza prevalente, nelle pronunce più recenti, tende a configurare il controllo "analogo" attraverso la necessità di predisporre «uno strumento, di carattere sociale ovvero anche parasociale, ma diverso dai normali poteri che in socio, anche totalitario, esercita in assemblea, che in ogni momento possa vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante»¹⁷⁹, il quale abilita la prima ad esercitare nei confronti del secondo una «influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti», in modo che il gestore si atteggi «ad una sorta di *longa manus* dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo», realizzando così, in altri termini, «una sorta di amministrazione indiretta, nella quale la gestione del servizio resta saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente sull'attività della società affidataria, la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo»¹⁸⁰.

Più concretamente, dal punto di vista ora in esame, sembra che l'esistenza di un controllo "analogo" in capo all'ente affidatario postuli la facoltà, da parte

¹⁷⁸ Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Giur. it.*, 2005, 851; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 9 gennaio 2007, n. 72, in *Foro amm. TAR*, 2007, 122; T.A.R. Sardegna, 21 dicembre 2007, n. 2407, *ivi*, 3959; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, *cit.*; T.A.R. Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2618. Ritiene invece «improponibile» l'impostazione della questione in termini di subordinazione gerarchica Cons. st., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, in *Foro amm. CdS*, 2005, 3667, secondo cui «la giurisprudenza comunitaria si dimostra consapevole del fatto che, se si effettua l'affidamento diretto ad una società, il servizio verrà 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».

¹⁷⁹ T.A.R. Lombardia Brescia, 6 marzo 2008, n. 213, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia Brescia, 2 maggio 2006, n. 430, *ivi*; T.A.R. Lombardia, Brescia, 16 marzo 2006, n. 301, in *Foro amm. TAR*, 2006, 905; T.A.R. Lombardia, Brescia, 28 febbraio 2006, n. 238, *ivi*, 21, con nota di A. VACCA, *Il concetto di controllo "analogo" in materia di affidamento "in house" di un servizio pubblico locale: un tentativo di ricostruzione positiva*; T.A.R. Lombardia, Brescia, 5 dicembre 2005, n. 1250, *ivi*, 2005, 3831; T.A.R. Lombardia, Brescia, 7 novembre 2005, n. 1123, *ivi*, 3429, con nota di 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*.

¹⁸⁰ T.A.R. Puglia, Bari, 8 febbraio 2007, n. 362, in *Foro amm. TAR*, 2007, 695; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 10 gennaio 2007, n. 13, *ivi*, 73; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 12 dicembre 2006, n. 2920, *ivi*, 2006, 3735; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986, *ivi*, 2005, 3861; T.A.R. Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729, *cit.*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 693, ove si parla di un «controllo assoluto» da parte dell'ente concedente.

dell'amministrazione, di adottare, atti di "dominio gestionale", costituiti da direttive aventi natura cogente, tali da comprimere l'ordinaria autonomia degli amministratori riconosciuta ai medesimi dalla legge nella gestione dell'impresa sociale. In sostanza, il soggetto pubblico, ai fini in esame, dovrebbe essere in grado di predisporre la pianificazione finanziaria della società controllata, intesa non come semplice predisposizione di un progetto, suscettibile di essere rivisto e modificato in sede societaria, bensì come atto vincolante che, oltre ad imporre una determinata struttura finanziaria, disciplini in modo inderogabile la dotazione patrimoniale e l'equilibrio finanziario rispetto alle necessità ed ai caratteri propri della specifica attività d'impresa esercitata. Ulteriore connotazione del concetto in commento sarebbe poi la facoltà, in capo all'ente pubblico, di emanare atti idonei a definire, sempre in maniera cogente, le strategie di mercato, in particolare definendo la politica dei prezzi e l'offerta, anche in relazione alla qualità del prodotto o dei servizi nonché alle relative caratteristiche da assicurare per il soddisfacimento dell'interesse pubblico¹⁸¹. Nella medesima prospettiva, è stato affermato che la condizione in esame può dirsi soddisfatta al ricorrere di alcune circostanze a favore dell'ente pubblico quali: a) il possesso dell'intero capitale azionario; b) il controllo del bilancio; c) il controllo sulla qualità dell'amministrazione; d) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti, sino a giungere al potere del controllante di visitare i luoghi di produzione; e) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali; f) la determinazione dell'ordine del giorno del consiglio di amministrazione; g) l'indicazione dei dirigenti, in modo da realizzare un controllo «strutturale», che, in quanto tale, «non può limitarsi agli aspetti formali relativi alla nomina degli organi societari ed al possesso della totalità del capitale azionario»¹⁸².

La realizzazione del requisito del controllo "analogo", insomma, presuppone che gli enti pubblici affidanti possano avvalersi di strumenti ulteriori rispetto a quelli ad essi già attribuiti, in qualità di soci, dal diritto civile; in particolare, è necessaria la predisposizione di meccanismi di controllo di matrice pubblicistica più

¹⁸¹ A. VACCA, *Il concetto di controllo "analogo" in materia di affidamento "in house" di un servizio pubblico locale: un tentativo di ricostruzione positiva*, cit., 23 ss.

¹⁸² Cons. giust. amm. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, cit. Per un commento a tale pronunzia cfr. S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. e app.*, 2008, 211 ss.; M. GIORGIO, *L'affidamento in house è sempre un'eccezione? Il caso Catania Multiservizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 544 ss.

intensi rispetto a quelli previsti in sede civilistica¹⁸³. In tale prospettiva, la verifica sulla sussistenza del controllo “analogo” dovrebbe necessariamente accertare la previsione di clausole o prerogative che conferiscano agli enti locali partecipanti a quote societarie, anche esigue, effettive possibilità di controllo, da intendersi in chiave non soltanto propositiva, bensì, e principalmente, nel senso della sussistenza «di poteri inibitivi di iniziative o decisioni», o, in altre parole, di una sorta di diritto di “veto” capace «di paralizzare decisioni o attività che si pongano in contrasto con gli interessi dell’ente locale»¹⁸⁴.

Si tratta, in definitiva, di “innestare” sulla *governance* societaria un sistema che consenta all’ente pubblico affidante di esercitare una penetrante forma di controllo sul soggetto affidatario attraverso strumenti di matrice pubblicistica che siano in grado di superare la normale dinamica di funzionamento delle società di capitali, basata sulla regola della maggioranza assembleare e della competenza gestoria in capo al consiglio di amministrazione¹⁸⁵, a favore di un particolare assetto in cui il modello della società di capitali viene utilizzato solo allo scopo di conseguire, dal punto di vista organizzativo, una maggiore efficienza e snellezza operativa, rimanendone, invece, “neutralizzata” la «naturale proiezione lucrativa della forma giuridica societaria»¹⁸⁶, nonché l’ordinario processo decisionale scandito secondo le regole del diritto civile, onde consentire all’amministrazione

¹⁸³ Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6736, in *Foro amm. CdS*, 2007, 3459; Cons. St., sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932, in *Guida al dir.*, 2007, 26, 103; Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, *ivi*, 17, 114; Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, in *Foro amm. CdS*, 2007, 115, secondo cui non sarebbe sufficiente, ai fini in esame, lo statuto «di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali e non è previsto alcun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi»; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 24 aprile 2008, n. 2533, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si sottolinea come il solo controllo societario, anche se totalitario, non costituisce garanzia della ricorrenza dei presupposti dell’*in house*; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 12 dicembre 2006, n. 2920, *cit.*, secondo cui è da escludere la sussistenza del requisito del controllo “analogo” «da parte di un comune sulla società affidataria di un pubblico servizio, pur in presenza di una potestà di direzione di aspetti importanti della sua attività statutariamente riservati ad enti pubblici, quando permangono in capo agli organi sociali di gestione, pur in maggioranza nominati da detti enti, ampi poteri esercitabili autonomamente, *ivi* compreso quello di effettuare interventi a favore di terzi e di scegliere i moduli (finanziari, commerciali, immobiliari, di partecipazione ad altre società) attraverso cui operare e quando il governo di detta società è assicurato attraverso strumenti di diritto privato, cioè attraverso le maggioranze che si formano negli organi sociali, e non di diritto pubblico», mancando, perciò «un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato nel suo complesso da parte dell’ente, riguardante l’insieme dei più importanti atti di gestione»; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986, *cit.*

¹⁸⁴ T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 16 ottobre 2007 n. 9988, in *Corr. merito*, 2007, 1476.

¹⁸⁵ Nel senso che al consiglio di amministrazione non devono residuare rilevanti poteri in materia di organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali oggetto di affidamento cfr., *ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 4 luglio 2007, n. 6479, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2603.

¹⁸⁶ Cons. St., sez. V, 21 giugno 2005, n. 3264, in *Foro amm. CdS*, 2005, 1792.

affidante di esercitare, in maniera decisiva, la propria ingerenza in ordine alle scelte attinenti alla gestione societaria¹⁸⁷.

Come è agevole intuire, un'operazione siffatta non appare esente da rischi e contraddizioni: in particolare, i dettami della giurisprudenza amministrativa, interpretando il concetto di controllo "analogo" in senso sempre più restrittivo, hanno finito per richiedere, o meglio imporre, uno snaturamento e uno stravolgimento delle normali dinamiche organizzative e gestionali proprie delle società di capitali, come tali previste dalla legge; in altri termini, l'innesto sul modello societario di un sistema di controlli di matrice pubblicistica potrebbe generare una sorta di "crisi di rigetto", data la scarsa compatibilità che tra i due sistemi, se portati all'estremo, pare sussistere.

Ritornando alla declinazione che del concetto in esame ha offerto la giurisprudenza, s'intende rilevare, a questo punto, come i giudici nazionali, nel solco tracciato da quelli comunitari, abbiano individuato alcuni indici sintomatici costituenti "indizi" nel senso di escludere la sussistenza di un rapporto di controllo

¹⁸⁷ In uno dei rari casi in cui la giurisprudenza amministrativa ha affermato la sussistenza del requisito del controllo "analogo", il T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1164, pare "accontentarsi", ai fini in esame, oltre che della esclusiva destinazione dell'attività della società controllata a vantaggio dell'ente affidante, di un sistema in cui quest'ultimo risulti in grado di controllare l'assemblea, in qualità di socio, il consiglio di amministrazione, di cui l'ente affidante ha la facoltà, statutariamente prevista, di nominare la maggioranza dei componenti, nonché il collegio sindacale, di cui il medesimo ente nomina due componenti effettivi su tre e un membro supplente. Tale pronuncia, in effetti, non risulta in linea con la prevalente giurisprudenza, in quanto, come rilevato da O.M. CALSOLARO, In house providing: *il TAR Napoli interpreta il concetto di controllo analogo*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1165 ss., essa trascura di considerare che l'esercizio del controllo tramite gli strumenti di diritto comune non consente di sfuggire alla regola secondo cui gli amministratori, una volta nominati, esercitano poteri e funzioni di cui sono investiti direttamente dalla legge e, dunque, in una posizione di sostanziale autonomia rispetto all'assemblea, tant'è che essi sono responsabili nei confronti, non già dell'assemblea, bensì della società e dei creditori sociali, dovendosi, peraltro, astenere dal dare esecuzione a delibere assembleari potenzialmente lesive degli interessi di tali soggetti. In tal senso cfr. anche Cons. giust. amm., 4 settembre 2007, n. 719, cit., secondo cui «la condizione di socio unico proprietario non necessariamente garantisce un potere diretto sulle strategie e sugli indirizzi della società, dovendo la volontà di esso comunque essere filtrata ed attuata dagli organi societari». Analoghe considerazioni possono essere condotte con riferimento a quanto statuito, anche qui in posizione assolutamente minoritaria, da Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, cit., secondo cui «L'ente pubblico, o gli enti pubblici, titolari dell'intero pacchetto di azioni, sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l'approvazione di opportune deliberazioni, sono in condizioni di imporre, o meglio, di svolgere ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente con la mano pubblica che le affida il servizio», nonché da T.A.R. Veneto, sez. I, 14 dicembre 2006, n. 4057, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3809, in cui si afferma che risulta «del tutto idoneo al fine di garantire il perseguimento dell'interesse pubblico il principio della fiduciarietà del mandato conferito ai propri rappresentanti nell'assemblea sociale e negli altri organi societari». In definitiva, secondo i giudici amministrativi veneti, sarebbe «proprio la prevalenza del capitale pubblico e la conseguente prevalenza del voto dei rappresentanti pubblici in tutti gli organi della società a garantire *ex se*, nella specie, quel "controllo analogo" ai servizi altrimenti esercitabili in via diretta dalle amministrazioni che partecipano all'impresa».

“analogo”: in primo luogo, deporrebbe in tal senso l’attribuzione al consiglio di amministrazione della società affidataria diretta di un servizio pubblico locale di illimitati poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione con facoltà di compiere tutti gli atti ritenuti opportuni per l’attuazione ed il conseguimento degli scopi sociali¹⁸⁸, mentre, diversamente, il consiglio di amministrazione di una società *in house* non dovrebbe avere «rilevanti poteri gestionali»¹⁸⁹; in secondo luogo, si consideri, nel medesimo senso la previsione di un oggetto sociale ampio ed articolato¹⁹⁰, indice, a sua volta, di una spiccata vocazione commerciale ritenuta contrastante, per definizione, con il corretto perseguimento dell’interesse pubblico, oppure ancora l’apertura, anche solo potenziale¹⁹¹, della società all’ingresso di

¹⁸⁸ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 13 settembre 2006, n. 8055, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3006, ha ritenuto insufficiente, ai fini in esame, la costituzione, attraverso una convenzione, di un’Assemblea dei sindaci, «quale luogo in cui contemperare le varie esigenze di controllo della società», alla quale non è stata attribuita alcuna competenza in ordine alla ordinaria amministrazione della società, in un contesto in cui la medesima assemblea dei sindaci si limita ad operare «in un momento anteriore rispetto alla concreta attività decisionale e soprattutto come organo esterno alla società stessa, senza poter interagire con quelle che poi saranno le decisioni finali rimesse alla sola valutazione degli organi societari». In tal senso, infatti, si rileva come, nonostante lo statuto prevedesse «in capo all’ente socio un generale potere di effettuare dei controlli sull’andamento della gestione del servizio limitatamente al proprio territorio, è altrettanto vero che la composizione ed il funzionamento degli organi societari non ne consentono in alcun modo il concreto esercizio».

¹⁸⁹ In tal senso cfr., nell’ambito della giurisprudenza nazionale, sulla scia di quanto propugnato dalla Corte di giustizia CE nella sentenza *Parking Brixen*, Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in *Foro amm. CdS*, 2007, 1225; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, *ivi*, 2006, 2221.

¹⁹⁰ Secondo T.A.R. Lombardia Milano, 12 dicembre 2006, n. 2920, cit., «il requisito del controllo analogo è difficilmente configurabile nel caso in cui lo statuto della società affidataria del servizio preveda un ampio oggetto sociale, costituito, cioè, da una pluralità di servizi, difficilmente controllabili dall’ente locale».

¹⁹¹ Nel senso che il possesso dell’intero capitale sociale da parte dell’ente pubblico, pur astrattamente idoneo a garantire il controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, perde tale qualità se lo statuto della società consenta che una quota di esso, anche minoritaria, possa essere alienata a terzi, si v., in ambito nazionale, sulla scia della sentenza comunitaria *Parking Brixen*, Cons. St., sez. V, 30 agosto, 2006, n. 5072, cit.; Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440, in *Foro amm. CdS*, 2006, 2187; T.A.R. Sardegna, sez. I, 12 agosto 2008, n. 1721, in *Foro amm. TAR*, 2008, 2252; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 8 novembre 2006, 5197, in *www.lexitalia.it*; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 21 giugno 2006, n. 1056, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2230; *contra* cfr. Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *Foro amm. CdS*, 2006, 3348, che, nel ritenere legittimo l’affidamento diretto di un servizio pubblico, pare non ritenere rilevante la circostanza che l’ente pubblico in questione, unico azionista della società affidataria al momento dell’affidamento, avesse tuttavia già deliberato la cessione a terzi del 40% del medesimo capitale sociale. Sul punto si v. L.R. PERFETTI, *Il Consiglio di Stato e il diritto societario. Note minime a Consiglio di Stato N. 7369 del 2006*, *ivi*, 3352 ss. In senso parzialmente diverso cfr. T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 11 febbraio 2008, n. 432, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1117, resa in un caso in cui la clausola statutaria circa la futura cedibilità a privati di parte del capitale è stata ritenuta “compensata”, a legittimazione dell’affidamento diretto, dalla previsione di una clausola risolutiva espressa in base alla quale, ove i presupposti sanciti dalla giurisprudenza amministrativa per l’affidamento *in house* vengano meno, il contratto perde automaticamente di efficacia.

capitali privati, nonché, infine, la dimensione territoriale illimitata dell'attività posta in essere dal soggetto destinatario dell'affidamento diretto¹⁹².

Inoltre, è il caso di rilevare che, secondo la giurisprudenza, quand'anche dall'analisi dei suddetti indici risulti la sussistenza di un rapporto qualificabile come di controllo "analogo", la legittimità della gestione *in house providing* resta pur sempre sensibile ad eventuali modifiche dell'assetto societario operate tramite una modifica dell'oggetto sociale oppure dei rapporti tra organi societari ed ente pubblico di riferimento, le quali possono far venir meno gli originari requisiti di affidamento: in tal caso, cessando la sussistenza delle condizioni su cui si basa un sistema di gestione che appare, di fatto, più che altro appena consentito, se non addirittura meramente tollerato, in sede comunitaria, la conseguenza non potrà

¹⁹² In tal senso si v., *ex pluribus*, Cons. St., sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932, cit. e Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007, n. 4, cit., secondo cui, tra le altre cose, «le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante»; T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, 8 marzo 2007, n. 91, *Foro amm. TAR*, 2007, 861, secondo cui «laddove il consiglio di amministrazione della società affidataria disponga della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale, i poteri attribuiti alla maggioranza dei soci non sono sufficienti a consentire all'ente pubblico di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Anche la circostanza che – nonostante il possesso dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico – lo statuto consenta l'apertura a partecipazioni da parte di terzi, fa venir meno la condizione di cui si tratta»; nel caso appena citato, peraltro, i giudici hanno ritenuto che, tenuto conto della mancanza di limitazione del carattere territoriale, della tipologia delle attività statutariamente previste, della loro ampiezza e varietà, nonché della circostanza che esse potevano essere rivolte anche a terzi, la società non poteva considerarsi una *longa manus* del comune affidante, bensì un vero e proprio operatore con vocazione commerciale; nei medesimi termini si v. anche T.A.R. Lombardia, Milano, 12 dicembre 2006, n. 2920, cit. In tema cfr., inoltre, T.A.R. Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006, n. 430, cit., nonché 16 marzo 2006, n. 301, cit., in cui, per argomentare la mancata realizzazione del requisito in esame, si è osservato che: l'oggetto sociale è estremamente ampio, i poteri riconosciuti ai soci si esauriscono nell'attività di indirizzo, vigilanza e controllo sulla gestione del singolo servizio attuabili, collegialmente, in seno all'assemblea e riconducibili, complessivamente, alla verifica dell'esatto adempimento e all'attività di indirizzo spettante a qualunque contraente, ma non consentono alcuna influenza sulla gestione sociale, i poteri del consiglio di amministrazione, seppure limitati dalla necessità di rispettare le previsioni del contratto di servizio, della carta dei servizi e del piano industriale approvato dall'assemblea, sono comunque praticamente illimitati, sia per gli atti di ordinaria che per gli atti di straordinaria amministrazione, non consta l'esistenza di alcun patto sociale o parasociale che introduca preganti forme di controllo della gestione sociale; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986, cit., che ha ritenuto insussistente il controllo "analogo" in un caso in cui l'oggetto sociale risultava «aperto ad interventi di grande spessore ed ampio respiro», il capitale sociale poteva essere posseduto, sia pure nella misura massima del 49 %, da soci non pubblici, l'assemblea ordinaria era deputata ad approvare il bilancio e a nominare il presidente del consiglio di amministrazione, scelto, però, tra gli amministratori nominati dai soggetti di diritto pubblico, il consiglio di amministrazione, dotato di tutti i più ampi poteri di amministrazione sia ordinaria che straordinaria della società, salvo quanto espressamente riservato per legge all'assemblea e quanto previsto dallo statuto, veniva nominato in parte da questi ultimi soggetti, in parte dall'assemblea, il presidente del collegio sindacale, un sindaco effettivo e uno supplente erano nominati dai soci di diritto pubblico.

essere che l'immediata decadenza dell'affidamento¹⁹³ accompagnato dal recesso dalla società¹⁹⁴.

2.3.2. *Gli strumenti extra statutari possibili "veicoli" del sistema di controllo "analogo": in particolare, il contratto di servizio e la convenzione.*

Per quanto riguarda gli strumenti giuridici suscettibili di veicolare l'innesto nella dinamica societaria di un sistema di controllo e gestione di matrice pubblicistica in grado di realizzare il requisito del controllo "analogo", contemperando gli interessi pubblici con le esigenze privatistiche¹⁹⁵, viene in considerazione, oltre alla previsione in sede di statuto della società affidataria diretta del servizio di una adeguata regolamentazione in tal senso¹⁹⁶, che costituisce la "via maestra", anche la stipulazione di contratti di servizio e soprattutto di convenzioni¹⁹⁷.

¹⁹³ In tal senso cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, cit.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, cit.

¹⁹⁴ Sulla necessità di procedere al recesso dalla società nell'ipotesi in cui venga meno la possibilità di esercitare, da parte degli enti affidanti in via diretta, effettivi poteri di controllo "analogo", cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, 6 marzo 2008, n. 213, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 16 ottobre 2007 n. 9988, cit.

¹⁹⁵ Tale aspetto viene sottolineato da A. BIANCHINI, *La compatibilità tra interesse pubblico e forma societaria: una possibile soluzione basata sulla «procedimentalizzazione concordata della vita societaria»*, in *Riv. amm. Rep. ita.*, 2002, 1143 ss., secondo il quale la società che venga ad essere partecipata da un'amministrazione pubblica o che venga investita da una funzione pubblica deve potere interagire con la P.A. di riferimento, stabilendo delle consensuali regole di comportamento anche mediante convenzioni idonee a disciplinare in modo trasparente ed univoco il rapporto tra pubblico e privato. In altre parole, secondo l'A., i soggetti pubblici e privati coinvolti devono regolare convenzionalmente le modalità di comportamento nell'ambito societario di riferimento, prevedendo anche sedi e modelli di composizione di eventuali conflitti che possano discendere dal confronto/scontro tra l'interesse pubblico e quello privato.

¹⁹⁶ Proprio in considerazione del fatto che si tratta di "innestare" nella *governance* societaria strumenti "ulteriori" rispetto a quelli propri del diritto societario si ritiene maggiormente coerente al quadro giuridico d'insieme che lo statuto, o un eventuale modifica dello stesso nel senso indicato, sia approvato dall'assemblea della società solo dopo una delibera conforme dei Consigli comunali di ciascun ente socio. Ciò appare tanto più necessario quanto più si consideri che l'approvazione, o la modifica, di uno statuto in linea con il concetto di controllo "analogo" come declinato dalla giurisprudenza introdurrebbe nell'assetto organizzativo di una società di diritto privato degli strumenti di natura pubblicistica, la cui istituzione necessita di una "copertura" o di una "investitura" da parte di un organo di diritto pubblico, quale il Consiglio comunale, che agisce, peraltro, in conformità a quanto disposto dall'art. 42, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 267/2000, non potendo tale funzione essere assolta da un organo di natura privatistica, quale l'assemblea dei soci di una società per azioni (sia pure a capitale interamente pubblico). Da questo punto di vista, secondo A. LOLLI, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1945, appare «doveroso che ogni aspetto delle condizioni dell'organizzazione dei servizi pubblici venga definito, all'esito di un dibattito quanto più democratico e pubblico, in seno all'unico organo dell'ente locale (il Consiglio) espressione diretta delle popolazioni cui tali servizi sono immediatamente destinati»; in questo modo, secondo l'A., lo statuto della società diviene uno strumento di diritto privato posto al servizio del diritto amministrativo.

¹⁹⁷ In dottrina si è valutata anche l'idoneità, ai fini in esame, di altri strumenti, quali i consorzi, le unioni dei comuni, l'esercizio associato di funzioni e servizi, gli accordi di programma,

In particolare, il contratto di servizio¹⁹⁸, secondo parte della dottrina, può rappresentare uno strumento potenzialmente idoneo, sia pure in via indiretta e mediata, a consentire la realizzazione del requisito del controllo “analogo”, posto che l’affidamento del servizio pubblico deve avvenire nel rispetto di una cornice quadro formata dagli standard qualitativi e quantitativi definiti dall’ente locale affidante, i quali devono costituire parte integrante del contratto di servizio, la cui funzione, per espressa disposizione di cui all’art. 113, comma 3 e 7, d.lgs. n. 267/2000, è quella di regolare i rapporti degli enti locali con le società incaricate dell’erogazione del servizio, costituendo, pertanto, il momento di raccordo tra enti regolatori e soggetto gestore nel recepimento degli obiettivi programmati che saranno sottoposti ad un processo di controllo e di monitoraggio sistematico e periodico¹⁹⁹. In altri termini, è stato osservato come tramite un’accurata redazione del contratto di servizio, il quale consente una verifica periodica dei risultati

concludendo, però, in mancanza di riferimenti giurisprudenziali, che il consorzio appare uno strumento sovradimensionato per lo scopo, in considerazione della complessità del processo costitutivo e dell’apparato che ne risulta, che l’unione dei comuni sembra, per un verso riduttiva, in quanto strumento esperibile solo dai comuni, per un altro, anche in questo caso sovradimensionato, trattandosi della costituzione di un ente per svolgere una funzione meramente strumentale all’attività della società partecipata, che l’esercizio associato di funzioni appare più un modulo attuativo della funzione organizzativa in materia di conferimento di funzioni che una vera e propria forma di gestione associata per funzioni e servizi propri degli enti interessati. Sul punto cfr. A. LE DONNE, C. PIEROTTI, *Gestione in house dei servizi pubblici locali: contaminazioni, suggestioni, soluzioni*, in www.astrid-online.it.

¹⁹⁸ In tema, per i profili che qui interessano, si v. F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, 139 ss.; L. TILOCCA, *Il contratto di servizio tra ente locale e società di gestione: ruolo e forme di tutela del cittadino utente*, in *Amm. it.*, 2006, 537 ss.; G. DE CANDIA, *Il contratto di servizio nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società di capitali a partecipazione pubblica*, in *Nuova rass.*, 2000, 2036 ss.; M. CELLA, V. TERMINI, *La funzione economica del “contratto di servizio” nella trasformazione in spa delle aziende di servizi pubblici locali*, in *Ec. pubbl.*, 1999, 32 ss.

¹⁹⁹ A. LIROSI, *Affidamento in house: lo stato dell’arte della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo*, in *Giust. amm.*, 2006, 990 ss. In senso analogo si esprime B. SPADONI, *Il contratto di servizio nella regolazione e nella liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, il quale sottolinea come in un sistema orientato alla qualità sia necessario che i bisogni e le preferenze dei cittadini vengano assunte come base di riferimento nella definizione degli obiettivi del servizio: a partire da tali elementi, l’ente locale, proprio attraverso lo strumento del contratto di servizio, è in grado di predisporre specifici standard di prestazione e di qualità e indicarli al gestore. Inoltre, afferma l’A., tali standard devono essere contenuti, al fine di garantire la coerenza dell’intero impianto regolatorio e decisionale, anche nelle Carte di servizio, le quali specificano gli standard di tipo generale, che consistono nelle prestazioni quali-quantitative che il gestore s’impegna, in media, ad assicurare, e quelli di tipo specifico, definiti come soglie minime garantite agli utenti. Ad avviso di A. MOZZATI, *Il contratto di servizio nell’ordinamento comunitario*, in *Ec. dir. terziario*, 2003, 729 ss., il contratto in esame rappresenta «una sorta di strumento ideale per raggiungere un punto di equilibrio tra le esigenze dell’amministrazione e le pretese del gestore del servizio»; in termini simili si esprime A. VIGNERI, *Il controllo del comune sui servizi pubblici locali*, in *Amministrare*, 2003, 407 ss., la quale vede nel contratto di servizio «il principale, se non unico, strumento di regolazione in mano all’ente locale»; analogamente secondo A. PIEROBON, *Il contratto di servizio tra le amministrazioni locali e il soggetto gestore nei servizi pubblici locali*, in *Dir. della regione*, 2000, 857 ss., «con tale contratto l’ente locale e il gestore regolamentano, dettagliatamente e trasparentemente, il servizio, tenendo conto delle esigenze dei cittadini-utenti e, comunque, del soddisfacimento dell’interesse pubblico».

conseguiti e conseguibili rispetto a quanto contrattualmente convenuto, l'ente pubblico è posto in grado di esercitare una costante ed efficace opera di controllo al fine di mantenere, o riportare, negli ambiti programmati, l'attività svolta dalla società²⁰⁰.

Diversamente, è stata rilevata la difficoltà di individuare due parti contrattuali distinte, presupposto per l'esistenza di un "contratto" di servizio, nel caso di affidamento diretto di servizi pubblici, il quale, per definizione, interviene in presenza di un rapporto di delegazione interorganica che tende a rendere evanescente l'esistenza di un soggetto autonomamente riconoscibile rispetto all'amministrazione affidante. Ne deriverebbe che, in mancanza della controparte del rapporto negoziale, non potrebbe dirsi esistente nemmeno il negozio stesso, il quale presupporrebbe un minimo di terzietà dell'impresa affidataria rispetto all'ente pubblico, a meno di ammettere un fenomeno di «contrattualizzazione, non già dell'attività a rilevanza esterna dell'amministrazione, bensì addirittura di quella interna di organizzazione e gestione interorganica dei suoi apparati, giacché tali devono essere considerati i gestori di servizi pubblici locali qualora ne siano affidatari *in house*»²⁰¹.

Ad onor del vero, se, da un lato, non può non provare un certo imbarazzo chi intenda giustificare la conclusione di un accordo di natura contrattuale tra due parti che dovrebbero presentarsi, se non come indistinte, quantomeno prive un rapporto di terzietà che le divida, pare comunque che, al di là di una certa incompatibilità concettuale, esistano degli elementi che possano indurre a salvare qualche profilo di rilevanza, ai fini della sussistenza del requisito del controllo "analogo", alla

²⁰⁰ M. ATELLI, C. D'ARIES, *La public governance nei servizi pubblici locali*, Milano, 2006, 30.

²⁰¹ M. CAPANTINI, *Contratto di servizio e affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 801 ss. In termini analoghi si è espresso M. GRECO, *Strumenti del controllo extrasocietario nella gestione in house*, in www.appaltiecontratti.it, secondo cui i contratti di servizio, definendo esclusivamente obblighi contrattuali di per sé indifferenti alla natura pubblica della controparte, hanno valenza puramente contrattuale, risultando, pertanto, irrilevanti ai fini della dimostrazione del requisito del controllo analogo. Ad avviso di R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *op. cit.*, 94 ss., «il controllo analogo esprime il potere di determinare le condizioni di produzione della prestazione a proprio favore, così da escludere una terzietà sostanziale tra affidante e affidatario che imporrebbe di considerare l'affidamento come una qualsiasi negoziazione tra operatori di mercato, soggetta alle regole poste a tutela della concorrenza»; per questo motivo, secondo gli A., «la separata stipulazione, tra l'amministrazione aggiudicatrice e le società a capitale misto o interamente pubblico, di convenzioni, contratti, accordi aventi ad oggetto l'affidamento delle prestazioni può risultare incompatibile con l'ordinamento giuridico comunitario», sembrando, invece, preferibile definire il rapporto tra società e soci attraverso previsioni contenute nello statuto o nell'atto costitutivo della compagine controllata, le quali possono anche riguardare «l'emissione di categorie di azioni *ex art.* 2348 c.c., ciascuna delle quali attribuisce ai soci che ne sono titolari diritti di credito diversi, con corrispondenti obbligazioni della società».

stipulazione di un contratto di servizio tra amministrazione pubblica e soggetto affidatario (diretto) del servizio medesimo: in primo luogo, se è vero che l'esistenza di un rapporto di natura contrattuale è da considerarsi indice dell'insussistenza del controllo "analogo", in quanto esso presuppone l'incontro di volontà provenienti da soggetti distinti, è pur vero, parimenti, che il riconoscimento, a livello legislativo, della possibilità di procedere, sia pure a certe condizioni, ad un affidamento diretto di servizi pubblici a soggetti costituiti sotto forma di società, comporta l'accettazione dell'eventualità che ad essere incaricato della gestione di un servizio pubblico sia una compagine dotata di una propria soggettività, comunque distinta rispetto a quella dell'ente pubblico; in secondo luogo, lo strumento del contratto di servizio è pur sempre previsto e disciplinato dal TUEL di cui al d.lgs. n. 267/2000, il quale ne richiede la stipulazione allo scopo di regolare i rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio, potendo, di conseguenza, ben integrare uno di quei mezzi, richiesti dalla giurisprudenza che, presentandosi come diversi dai normali poteri che in socio, anche totalitario, esercita in assemblea, siano suscettibili di vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante; infine, la funzione del contratto di servizio consistente, secondo la lettera della legge, nel fissare «i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti», sembra comunque offrire all'amministrazione affidante una forma giuridica attraverso cui declinare e specificare, secondo i dettami della giurisprudenza, i caratteri concreti del controllo "analogo" da esercitare nei confronti del destinatario dell'affidamento²⁰².

In definitiva, le argomentazioni volte a confutare l'idoneità del contratto di servizio a fondare la sussistenza del requisito in commento non sembrano del tutto peregrine, ma, più che comportare la totale irrilevanza di tale strumento, paiono decretarne l'insufficienza: da questo punto di vista, la stipulazione di un siffatto

²⁰² Secondo T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 16 ottobre 2007 n. 9988, cit., «Sussiste il controllo "analogo", nel caso in cui nello statuto societario e nei *contratti di servizio* si rinvengono clausole attributive agli enti locali di alcune prerogative esercitabili ai fini del controllo sullo svolgimento del servizio. Segnatamente: riconoscimento a ciascun ente locale di un ruolo propulsivo nei confronti dell'organo amministrativo consistente in proposte di iniziative attuative del contratto di servizio; diritto di veto sulle deliberazioni assunte in modo difforme dal contenuto delle proposte; riserva all'assemblea ordinaria di trattazione di argomenti inerenti a pretese o diritti delle società sugli enti locali nascenti dal contratto di servizio e corrispondente diritto di veto di ciascun ente locale interessato sulle relative determinazioni; diritto di recesso dalla società (con conseguente revoca dell'affidamento del servizio) nei casi in cui il Comune ha diritto a far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio ed altresì nel caso di violazione di competenza assembleare allorché l'organo di amministrazione assuma iniziative rientranti nella competenza dell'assemblea, senza autorizzazione di quest'ultima».

documento potrebbe essere considerato un indice, di per sé non decisivo, dell'esistenza di un rapporto di controllo "analogo" tra amministrazione e destinatario di un affidamento indiretto, ferma restando, inoltre, la necessità di valutare il contenuto che, nel caso concreto, sia stato dato al medesimo contratto²⁰³, il quale si presenterebbe effettivamente come irrilevante nel caso in cui siano attribuiti all'ente pubblico esclusivamente poteri di indirizzo, vigilanza e controllo riconducibili agli ordinari poteri di verifica dell'esatto adempimento riconosciuti a qualsiasi controparte contrattuale, senza consentire l'esercizio di alcuna influenza, di matrice pubblicistica, sulla gestione sociale²⁰⁴.

Maggiormente pregnante, ai fini in esame, pare la valenza dello strumento della convenzione, in quanto atto squisitamente amministrativo, specificamente previsto dal TUEL di cui al d.lgs. n. 267/2000, segnatamente all'art. 30, e ricompreso dal medesimo provvedimento normativo, all'art. 42, nell'ambito delle attribuzioni del consiglio (comunale o provinciale)²⁰⁵. In sostanza, l'idoneità di tale strumento ad introdurre il sistema di controllo "aggiuntivo" ed "ulteriore" rispetto alle prerogative riconosciute al socio dal diritto civile, nel caso di società partecipate da una pluralità di enti pubblici, deriva proprio dal fatto che l'utilizzo della convenzione consente di conferire al contenuto della stessa il "massimo di pubblicizzazione possibile", in quanto assunta da parte dell'organo maggiormente rappresentativo della comunità di riferimento²⁰⁶. Così, l'adozione di tale atto pare in grado di consentire l'esercizio di un controllo cui, proprio attraverso tale mezzo, corroborato da corrispondenti previsioni statutarie in capo alla società, è possibile imprimere caratteri di analogia con quello esercitato dall'ente pubblico sui propri

²⁰³ In questo sembrerebbe deporre T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 8 febbraio 2007, n. 362, in *Foro amm. TAR*, 2007, 695, secondo cui il controllo "analogo" si concretizza «nello strumento del contratto di servizio» in presenza, però, di alcune ulteriori circostanze, verificate in sede di esame dello statuto e dell'atto costitutivo della società, quali: 1) il possesso da parte dell'ente affidante dell'intero pacchetto azionario del soggetto affidatario diretto; 2) la nomina da parte del primo di tutti gli amministratori, compreso il presidente della società; 3) l'obbligo in capo alla società di trasmettere mensilmente al sindaco e all'assessore competente i verbali delle riunioni del Consiglio di amministrazione, l'ordine del giorno delle adunanze, nonché, trimestralmente, una relazione sull'andamento della società, con particolare riferimento alla qualità e quantità dei servizi resi ai cittadini e ai costi di gestione in relazione agli obiettivi fissati; 4) il fatto che la società destinataria dell'affidamento operi in un unico settore, esclusivamente a favore dell'ente affidante e limitatamente all'ambito territoriale dello stesso. Nei medesimi termini cfr. anche T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, cit.

²⁰⁴ T.A.R. Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006, n. 433, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰⁵ In tema, per approfondimenti, cfr. S. PIZZUTI, *Le convenzioni nel T.U.E.L.*, in *Nuova rass.*, 2006, 378 ss.

²⁰⁶ Sul tema cfr. E. RONCORONI, *Il controllo delle imprese di servizio pubblico da parte dei Consigli comunali*, in *Amministrare*, 2004, 241 ss.; A. VIGNERI, *Il controllo del comune sui servizi pubblici locali*, cit., 407 ss.

servizi. Ovviamente, come rilevato in precedenza in tema di contratto di servizio, l'utilizzo della convenzione costituisce solo uno degli strumenti, di per sé probabilmente non sufficiente²⁰⁷, attraverso i quali è possibile giungere alla definizione di un quadro di controllo in grado di reggere un eventuale vaglio giurisprudenziale, il cui esito positivo è inevitabilmente legato, oltre che al contenuto concreto conferito allo strumento convenzionale, anche alla sussistenza di strumenti di controllo "strutturali"²⁰⁸. Da quest'ultimo punto di vista vale probabilmente la pena di considerare un caso²⁰⁹ in cui la giurisprudenza ha fornito una soluzione che, seppure superata in alcuni aspetti, appare comunque utile a fornire qualche indicazione, in quanto, in tale occasione, si è ritenuto sussistente il requisito in esame proprio in virtù della stipulazione di una convenzione tra più enti locali detentori del capitale della società affidataria di un servizio pubblico, in base alla quale il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi veniva esercitato dai suddetti enti attraverso un'Assemblea di coordinamento intercomunale, costituita dai legali rappresentanti o loro delegati di ciascun ente locale, ognuno con responsabilità e diritto di voto pari alla quota di partecipazione (aspetto quest'ultimo che, invero, è stato poi superato dalla giurisprudenza successiva che, come si illustrerà a breve, ha richiesto, in caso di società *in house* pluripartecipata, che ogni ente locale socio sia posto in grado di controllare la società indipendentemente dalla quota di partecipazione posseduta). In particolare, tale organo, nella regolamentazione del caso esaminato dai giudici, provvedeva: a) alla consultazione tra gli enti locali circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società e circa il suo andamento generale, con audizione, almeno una volta l'anno, del presidente e del direttore generale; b) all'esame e approvazione, su delega degli enti locali, del bilancio di esercizio, del piano industriale e degli altri documenti programmatici che, per statuto, la società è tenuta a trasmettere; c) alla modifica degli schemi-tipo dei contratti di servizio, all'approvazione di nuovi eventuali

²⁰⁷ In tal senso sembra deporre Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6736, in *Foro amm. CdS*, 2007, 3459.

²⁰⁸ Sul punto cfr. T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 8 luglio 2008, n. 3273, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui non sarebbe sufficiente ai fini in esame un controllo basato, più che su strumenti societari, sulla stipulazione di una convenzione da sottoscrivere con la società affidataria, in quanto, in tal modo, si ammetterebbe che non è la struttura societaria a consentire il controllo, bensì un atto negoziale, il quale presuppone l'esistenza di distinte entità con autonoma capacità negoziale, con conseguente venir meno dell'immedesimazione dell'ente nella società stessa, la quale, al contrario, assumerebbe una sua distinta soggettività, anche sotto il profilo organizzativo ed operativo.

²⁰⁹ Si fa riferimento al caso deciso da T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1934.

schemi-tipo, alle modifiche dello statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza; d) al consenso all'eventuale esercizio in qualsiasi forma di attività, rientranti nel suo oggetto sociale, che integrino servizi pubblici pertinenti agli enti locali soci o alle loro forme associative, su delega degli stessi; e) al controllo, mediante una commissione di tre membri da esso nominata, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità, con successiva relazione all'Assemblea stessa. Tenuto conto, altresì, della regola che prevedeva la riunione dell'Assemblea di coordinamento, oltre che su iniziativa del suo presidente, su richiesta di un numero di enti locali che rappresentino almeno il 20% del capitale sociale e, comunque, prima delle assemblee straordinarie e di quelle che abbiano ad oggetto l'approvazione dei bilanci e la nomina di amministratori o sindaci, nonché che, ai sensi dello statuto della società controllata, né il bilancio, né lo statuto, né il piano industriale, né altri documenti programmatici potevano essere approvati prima di essere stati esaminati dall'Assemblea di coordinamento, che ciascun ente locale veniva posto nelle condizioni di poter chiedere informazioni in merito alla gestione dei servizi pubblici da esso affidati alla società e che detti servizi andavano svolti secondo disciplinari approvati dagli enti locali, i giudici amministrativi aditi hanno ritenuto di essere in presenza di una penetrante forma di controllo che investiva non solo gli atti di gestione straordinaria ma anche, in parte rilevante, la gestione ordinaria e gli organi societari, così realizzando il requisito del controllo "analogo".

2.3.3. Le questioni relative al capitale della società affidataria pluripartecipata.

Il tema concernente la definizione dei caratteri del requisito del controllo "analogo" ai fini dell'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici locali, non può prescindere dalla considerazione di alcune questioni che riguardano la titolarità del capitale della società affidataria, in quanto, come già accennato in precedenza, il panorama giurisprudenziale in tema non si limita più a considerare il possesso, o meno, dell'intero capitale sociale da parte dell'ente affidante, ma si è arricchito fino a considerare situazioni ulteriori che, nel tempo, si sono fatte via via più complesse: in tale prospettiva, si registra, da un lato, come si vedrà nel prosieguo, una certa divergenza tra dettami espressi in sede comunitaria e considerazioni di carattere interno circa la possibilità di partecipazione del privato a società destinatarie dirette di siffatti affidamenti, mentre, dall'altro lato, si osserva

come la declinazione del concetto di controllo “analogo” sia passata anche attraverso la definizione delle modalità di controllo nel caso di società costituite da una pluralità di enti pubblici.

La circostanza che società affidatarie di servizi *in house* possano legittimamente essere partecipate da una pluralità di enti pubblici emerge dal dato normativo testuale di cui all’art. 113 comma 5, lett. c), d.lgs. n. 267/2000, il quale, riproducendo le statuizioni della Corte di Giustizia CE nella sentenza *Teckal*, recita testualmente che l’esercizio del controllo sulla società, analogo a quello esercitato sui propri uffici, deve essere esercitato dall’ente o «dagli enti» titolari del capitale sociale²¹⁰.

Conseguentemente, non pare che si possano nutrire seri dubbi circa l’ammissibilità, in linea di principio, di un affidamento diretto di un servizio effettuato da una pluralità di enti pubblici nei confronti di una società di capitali dai medesimi esclusivamente partecipata, secondo quote commisurate allo stesso interesse al servizio di cui ciascuna amministrazione è titolare²¹¹; ciò può avvenire a patto, beninteso, che tali enti siano in grado di esercitare, in maniera congiunta, su detta compagine societaria un controllo “analogo” a quello esercitato sui propri servizi, tenendo conto che la partecipazione minima da parte di un singolo Comune alla società affidataria, pur non escludendo a priori la possibilità di affidamento *in house*, tuttavia impone una verifica circa la sussistenza del citato requisito che sia condotta in termini particolarmente stringenti²¹².

²¹⁰ In tal senso, cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio Roma, sez. II *ter*, 16 ottobre 2007, n. 9988, cit., in cui si conferma, dal punto di vista ora in esame, che «non riveste rilevanza la esiguità della quota partecipativa».

²¹¹ Secondo Cons. St., sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448, in *Riv. giur. quad. serv. pubbl.*, 2002, 176, con commento di E. MENICHETTI, *Società per azioni multicomunale a partecipazione pubblica totalitaria e gestione di servizi pubblici locali*, la modesta entità della partecipazione azionaria di alcuni Comuni nelle società affidataria non sembra incidere più di tanto sulla legittimità del modello organizzativo in esame tenuto conto che «le esigenze di efficienza e di efficacia sottese all’attuale organizzazione pubblica locale impongono, accanto all’adozione del modello imprenditoriale, l’individuazione di organismi aventi dimensioni adeguate, anche in funzione delle economie di scala, rese possibili solo dalle suddette dimensioni», risultando allo stesso modo evidente, che «laddove i Comuni interessati siano di modesta entità, la costituzione di una società dotata di mezzi e risorse sufficienti non può prescindere dall’aggregazione di un notevole numero di enti locali e quindi dalla frammentazione del capitale, con spostamento dell’ottica degli interessi pubblici locali perseguiti su una dimensione necessariamente collettiva, ma non per questo meno rispondente alla *ratio* legislativa ed al rispetto delle potenzialità operative anche dei piccoli Comuni».

²¹² In tal senso cfr. Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, cit.; T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 16 marzo 2006, n. 301, cit.; T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 28 febbraio 2006, n. 238, cit.; T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 5 dicembre 2005, n. 1250, cit.; T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 7 novembre 2005, n. 1123, cit.; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, cit.; T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 12 maggio 2005, n. 1205, in *Foro amm. TAR*, 2006, 34. Sul punto cfr. anche R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *op. cit.*, 72, secondo cui «nel caso

In altri termini, l'entità della partecipazione non sembra poter essere considerata, di per sé, un indice decisivo a sfavore della possibilità di affidamento diretto di un servizio pubblico da parte di un ente pubblico²¹³, purchè quest'ultimo risulti esercitare un controllo sulla società che sia conforme ai dettami giurisprudenziali, i quali, come già accennato, ne hanno specificato una particolare accezione nell'ipotesi di società partecipate da una pluralità di enti locali.

Da quest'ultimo punto di vista, si è puntualizzato, in primo luogo, che, nell'ipotesi ora in esame, il controllo "analogo" deve essere esercitato in maniera

di pluralità di amministrazioni aggiudicatrici, l'accertamento dell'esercizio di un "controllo analogo" da parte del singolo affidatario richiede una più attenta analisi dei suoi reali poteri di ingerenza sulle decisioni dell'ente *in house* affidatario».

²¹³ In questi termini sembra deporre anche la giurisprudenza comunitaria ed, in particolare, la sentenza della Corte di giustizia CE, Grande sez., 21 luglio 2005, in C-231/03, *Co.Na.Me.*, cit., in cui la partecipazione minima al capitale sociale della società affidataria del servizio è stata considerata una circostanza che, di per sé, non legittima una differenza di trattamento rispetto alla normale disciplina in tema di appalti pubblici, fermo restando, però, che un'eccezione a tale sistema può essere giustificata dalla sussistenza di altre circostanze obiettive, che, nel caso specifico, la Corte non ha rinvenuto. In considerazione di ciò, appare frutto di un'interpretazione semplicistica e, in una certa misura fuorviante, l'assunto propugnato, tra gli altri, da T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 9 gennaio 2007, n. 72, cit., secondo cui sarebbe necessario, ai fini in esame, «il possesso di una quota significativa che consenta all'ente stesso una effettiva influenza sulla gestione della società», nonché da Autorità garante della concorrenza e del mercato, segnalazione 28 dicembre 2006, n. AS375, in *Foro it.*, 2007, 226 ss., con nota di R. URSI, *Anatomia di un ossimoro: «in house providing» e concorrenza nei servizi pubblici locali*, secondo cui la frammentazione in maniera tale da non rendere ragionevolmente riconoscibile il controllo sull'impresa in capo al soggetto pubblico affidante il servizio indurrebbe a ritenere non sussistenti le condizioni di legittimità dell'affidamento secondo le modalità *in house*.

«congiunta» o «collettivamente»²¹⁴ dall'insieme degli enti soci²¹⁵, portatori di interessi omogenei²¹⁶.

In sostanza, il controllo “analogo in forma congiunta” postula che la società risulti espressione di tutti gli enti locali soci e non solo di quelli che detengono la maggioranza delle azioni (o delle quote); più esplicitamente ancora, ai fini in considerazione, ogni ente socio deve essere messo nella condizione di incidere sulle scelte di programmazione dell'attività societaria e di verifica dei risultati, sulle modalità e condizioni di svolgimento dei servizi pubblici nonché sulla composizione degli organi sociali, tutto ciò *insieme* agli altri enti titolari del capitale sociale²¹⁷. Affinché ciò sia possibile, occorre che il controllo sulla società sia

²¹⁴ In tal senso cfr. Cons. St., sez. V, 19 aprile 2004, n. 679, in *Foro amm. CdS*, 2004, 461; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004, n. 1547, *ivi*, 843; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004, n. 1543, *ivi*, 839; Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679, *ivi*, 1160, con nota di L.R. PERFETTI, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*; Cons. St., sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418, *ivi*, 2002, 1231, con nota di G. CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra comuni*, su cui si v. anche G. MANGIALARDI, *Affidamento di servizio pubblico a società mista*, in *Urb. e app.*, 2002, 1188 ss.; Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002, 2297, in *Foro amm. CdS*, 2002, 947; T.A.R. Lombardia, Brescia, 16 marzo 2006, n. 301, *cit.*; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, *cit.*; T.A.R. Toscana, sez. II, 4 ottobre 2002, n. 2366, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1061, con nota di V. GIOMI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante forme associate: l'affidamento diretto a società per azioni multicomunali maggioritarie, fra diritto interno e diritto comunitario*.

²¹⁵ Sul punto cfr., in particolare, T.A.R. Piemonte, sez. II, 13 novembre 2006, n. 4164, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3445, secondo cui il controllo “analogo” «non può essere frantumato in tanti parametri proporzionati alla percentuale di partecipazione ma deve essere verificato in ordine all'intero capitale sociale ed agli obiettivi generali della società partecipata, non potendosi ritenere – proprio in caso di partecipazione sociale suddivisa tra vari soci con partecipazione percentuale non prevalente – che possano sussistere tanti “controlli analoghi” quanti sono i soci in relazione alla partecipazione al capitale sociale limitata alla propria “quota” di interesse», atteso inoltre che «il controllo analogo cui fa riferimento la giurisprudenza comunitaria o sussiste su tutta l'attività sociale o non sussiste, non potendosi ritenere che esso si presenti in una multiforme applicazione in relazione alla partecipazione percentuale dei singoli soci».

²¹⁶ Su punto cfr. Corte conti, sez. controllo Regione Sicilia, 2 aprile 2008, n. 14, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, secondo cui occorre che le condizioni legittimanti l'affidamento *in house*, tra le quali vengono menzionate il controllo sul bilancio, il controllo strategico-aziendale, il potere ispettivo ed altre forme sintomatiche del più ampio “controllo strutturale”, siano non solo sussistenti ma condivise da tutti i soggetti pubblici proprietari della società affidataria, in quanto tutti portatori dei medesimi interessi. Nel caso in cui, invece, gli interessi che i differenti azionisti pubblici perseguono siano diversi, non si potrà mai realizzare, secondo i giudici contabili, un controllo penetrante o un indirizzo strategico condiviso nei confronti della società appositamente costituita, con conseguente venir meno della fattispecie del controllo analogo. Si noti che, nel caso specifico, si trattava di una società effettivamente a partecipazione totalmente pubblica ma che annoverava nella compagine sociale alcuni enti pubblici (da un lato, enti preposti alla gestione e manutenzione di parchi naturali regionali, dall'altro Italia Lavoro s.p.a., che persegue obiettivi di politica attiva del lavoro) ritenuti «così diversi tra loro, per struttura e finalità» da porre «seri interrogativi sulla coincidenza degli scopi perseguiti» e quindi sulla sussistenza di un controllo “analogo”.

²¹⁷ A. LOLLI, *op. cit.*, 1942, secondo cui «se la società operasse in base a condizioni determinate separatamente (e dunque in maniera episodica) da ciascuno degli enti pubblici soci, la fattispecie non sarebbe riconducibile al modello *in house*, ma dovrebbe venire iscritta alle concessioni di servizi pubblici. Con la conseguenza dell'illegittimità dell'affidamento del servizio

esercitato attraverso il ricorso, in coerenza con quanto rilevato in precedenza, a strumenti, di matrice pubblicistica, aggiuntivi e più incisivi rispetto al mero esercizio dei diritti spettanti ai soci, i quali consentano a ciascun ente titolare di una partecipazione sociale di influire sulle vicende societarie a prescindere dall'entità della medesima, in modo da "correggere" la normale dinamica dettata dalla disciplina civilistica, per effetto della quale gli enti locali di minori dimensioni presenti nel capitale sociale con partecipazione minima, in base alla regola della maggioranza che si forma nell'ambito degli organi societari, sarebbero estromessi, di fatto, dalla gestione della società²¹⁸. Si tratta, in altri termini, di prevedere una forma di coordinamento e di co-gestione il cui funzionamento non rispecchi la normale dinamica decisionale propria delle società di capitali, fondata sulla proporzione tra diritto di voto ed entità della partecipazione sociale, bensì sia informata a riconoscere eguali diritti a ciascun socio, indipendentemente dal proprio "peso societario", in modo tale che ogni ente locale sia posto nelle condizioni di concorrere, insieme a tutti gli altri soci e su di un piano di parità nei loro confronti, alla gestione della società, perlomeno con riferimento agli aspetti legati agli obiettivi strategici e alle decisioni più importanti in ordine alla gestione dei servizi pubblici affidati direttamente: esclusivamente al ricorrere di tale condizione, pertanto, potrà essere considerato legittimo l'affidamento diretto da parte di ogni singolo ente pubblico socio nei confronti della compagine sociale, in ipotesi, solo marginalmente partecipata²¹⁹.

pubblico alla società se non preceduto da sufficienti misure di pubblicità e trasparenza». Nei medesimi termini si esprime M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, cit., 1378, la quale afferma che «occorre, in particolare, una sede di coordinamento esterna alla società nella quale gli enti locali congiuntamente determinano, in maniera vincolante, gli obiettivi della società, ne controllano periodicamente lo stato di attuazione e ne indirizzano le azioni». Analogamente, è stato rilevato da T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 13 settembre 2006, n. 8055, cit., che «in presenza di più enti proprietari di una società *in house providing*, ipotesi del resto espressamente contemplata dalla legge», occorre «ricercare un equilibrio che direttamente nella composizione e nel funzionamento degli organi societari possa consentire anche ai comuni di minoranza di poter efficacemente gestire il servizio e ciò attraverso un'attività di vero e proprio controllo – intesa come verifica periodica dell'andamento della gestione – sia mediante la previsione di efficaci poteri decisionali tesi ad assicurare il regolare svolgimento del servizio pubblico locale di cui i predetti enti restano sempre i titolari e come tali responsabili».

²¹⁸ Sul punto cfr. C. IAIONE, *In house providing nella distribuzione del gas e nozione societaria di controllo analogo*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 58-60.

²¹⁹ In tale ottica, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 ottobre 2003, n. 4807, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2855, con nota di M. SINISI, *L'attività extra moenia delle società miste: vincolo funzionale, nesso di controllo e ambito funzionale ottimale*, ha valutato favorevolmente la creazione di un comitato di gestione con la partecipazione di tutti i comuni soci, con compiti di tipo consultivo e propositivo in ordine alla gestione dei servizi affidati, unitamente alla previsione circa il potere di nomina di un consigliere di amministrazione da parte dei comuni minori.

A ben vedere, tuttavia, il carattere “congiunto” del controllo analogo, nei termini che si sono appena descritti, pur rispecchiando il necessario orientamento del complesso dei soci verso un fine comune, che rifluisce nella determinazione delle linee strategiche della società, cela pur sempre il rischio di “confinare” alcuni soci in una posizione di minoranza, non potendosi verosimilmente pretendere di porre la regola dell’unanimità, per gli evidenti rischi di paralisi della vita societaria che ciò comporterebbe. Da questo punto di vista, occorre considerare, comunque, in primo luogo, come l’attribuzione ad ogni rappresentante degli enti soci di un uguale diritto di voto indipendentemente dalla quota rappresentata, consentirebbe di evitare la formazione di una maggioranza preconstituita ed immutabile in capo ai soci detentori della maggioranza del capitale, innescando un processo che affida le decisioni alla maggior parte (numerica) dei soci e che, di conseguenza, risulta “variabile”, in quanto destinata a formarsi di volta in volta sulle singole questioni. Inoltre, in secondo luogo, a temperamento ulteriore del principio di maggioranza, sia pure in senso “variabile”, potrebbe risultare opportuno affiancare agli strumenti di controllo “collettivo” in tema di strategia aziendale e di gestione societaria complessiva, dei meccanismi di controllo e di intervento “individuale” da porre in capo a ciascun socio relativamente allo specifico servizio affidato *in house*, i quali si potrebbero concretizzare, ad esempio, nel potere di emettere veri e propri ordini di servizio sulle modalità concrete di svolgimento del suddetto servizio, ferme restando le linee generali societarie fissate in sede “collettiva”.

Peraltro, proprio in tema di società pluripartecipate, la dottrina ha avuto modo di indicare il consorzio come una forma giuridica idonea a realizzare un rapporto *in house*²²⁰. In tal senso, oltre a costituire, il consorzio, una forma di gestione associata di servizi e funzioni riconosciuta dall’art. 31 d.lgs. n. 267/2000, si è osservato che, anche da un punto di vista civilistico, lo scopo consortile che si ricava dall’art. 2602 c.c., a norma del quale «con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un’organizzazione comune per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese», ben si adeguerebbe alla natura di organismo *in house*, facendo riferimento al perseguimento di un interesse, non proprio, ma dei consorziati per conto dei quali agisce. Inoltre, la predisposizione di un ufficio comune, ai sensi dell’art. 2612 c.c., evocherebbe quel meccanismo di controllo congiunto che, come

²²⁰ Sul punto cfr. M. COMBA, *L’affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell’ipotesi consortile per il controllo analogo*, in *Urb. e app.*, 2008, 549 ss.

si è visto, caratterizza le società *in house* pluripartecipate, risolvendosi, oltretutto, l'utilizzo di tale ufficio comune, nell'esecuzione del rapporto di fatto che sta alla base del contratto, e non in un rapporto sinallagmatico tra consorziato e consorzio.

3. *In fin dei conti controllo "analogo" non significa (o non dovrebbe significare) controllo "identico" a quello esercitato sui propri servizi.*

In epilogo all'indagine fin qui condotta volta a perimetrare i confini del concetto di controllo "analogo", pur nella difficoltà di "fissare" i contorni di una nozione in continua e a volte caotica evoluzione, pare di poter concludere osservando come la giurisprudenza comunitaria, dopo aver enucleato l'istituto dell'affidamento *in house* con la sentenza *Teckal*, abbia cercato, in una certa misura, di tornare sui suoi passi, a fronte di un'interpretazione nazionale piuttosto disinvolta dei requisiti indicati dalla Corte di giustizia a legittimazione dell'affidamento diretto di servizi pubblici, quale fattispecie che da eccezione era divenuta, in molti casi, la regola, finendo per alimentare una sorta di "capitalismo municipale"²²¹ costituito dal proliferare di compagnie societarie a capitale pubblico affidatarie in via diretta di servizi pubblici locali. Ne è derivata una "raffica" di sentenze che, partendo da un assunto innegabilmente condivisibile, consistente nella necessità di riportare nell'alveo dell'eccezionalità l'ipotesi oggetto del presente studio, hanno finito, però, per assumere un atteggiamento a volte irragionevolmente intransigente che, di fatto, ha posto in seria crisi la stessa esistenza dell'affidamento *in house*, relegandone i margini di applicazione in uno spazio talmente angusto da apparire forse troppo poco dignitoso per un istituto che, ormai, è stato declinato dalla Corte di giustizia, trovando di conseguenza diritto di cittadinanza a pieno titolo nell'ordinamento comunitario, e che è stato formalizzato, in ambito interno, in una vera e propria disposizione di legge, l'art. 113, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 267/2000, la quale, fino a prova contraria, perlomeno fino al permanere della sua vigenza, non pare essere suscettibile di essere surrettiziamente espunta dall'ordinamento in via pretoria, essendo riservata, tale facoltà, alle eventuali determinazioni in tal senso, magari sotto la "spinta" comunitaria, del legislatore.

Nella loro frenetica "ritirata", la giurisprudenza comunitaria e quella nazionale hanno peraltro finito per travolgere, probabilmente senza rendersene compiutamente conto, altri settori dell'ordinamento, segnatamente quello del diritto

²²¹ In tema si v. B. BORTOLOTTI, L. PELLIZZOLA, C. SCARPA, *Il Comune azionista: un'analisi empirica del capitalismo municipale in Italia*, in *Merc. conc. reg.*, 2007, 535 ss.

civile e in particolare commerciale che, inevitabilmente, vengono in considerazione, essendo dotati i soggetti gestori, tra l'altro per effetto di una norma di legge, della veste societaria, la quale rende i medesimi destinatari naturali della relativa disciplina codicistica che si è preteso di "piegare" alle esigenze di matrice pubblicistica, "violentandone" la dignità connessa inscindibilmente alla loro collocazione nell'ambito di una fonte, il codice civile, di indubbia natura primaria.

La questione che attiene all'impatto dei dettami, perlopiù giurisprudenziali, in tema di controllo "analogo" sull'assetto societario dei soggetti gestori rappresenta uno dei nodi ancora irrisolti della materia oggetto del presente studio; da questo punto di vista, posto che, come si è già rilevato, per principio consolidato, le statuizioni della Corte di giustizia che precisino il significato di una norma comunitaria, rese attraverso il sistema del rinvio pregiudiziale, entrano a far parte integrante del diritto comunitario, fondando, di conseguenza, l'obbligo in capo al giudice nazionale di disapplicare eventuali disposizioni nazionali confliggenti²²², con conseguente prevalenza dei dettami resi in tema di *in house providing* rispetto alla normativa societaria codicistica, parrebbe comunque auspicabile che prima di consentire a tale meccanismo di travolgere, in ipotesi, alcuni principi costituenti le fondamenta su cui poggia la disciplina societaria interna, venga esperito il tentativo di reperire una soluzione di equilibrio in grado di contemperare opposte esigenze: da un lato quella di addivenire a forme di controllo stringenti sulla società, dall'altra quella di conservare in capo a quest'ultima la dignità di soggetto avente personalità giuridica e le proprie regole di funzionamento, in quanto espressione della *ratio* connaturata all'esistenza stessa di siffatti soggetti, nati e concepiti in funzione dell'esigenza, di rango costituzionale, di garantire la libera iniziativa economica, la quale potrebbe venire frustrata da una compromissione, sia pure in un ambito limitato, del modello giuridico che ne caratterizza intimamente la natura.

In definitiva, preme rilevare a questo punto della trattazione come, funzionalmente alle necessità appena tratteggiate, è possibile scorgere nel granitico

²²² In tal senso cfr. Corte cost., 16 marzo 1990, n. 132, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 513; Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389, *ivi*, 1991, 1065; Corte cost., 19 dicembre 1986, n. 274, in *Quad. reg.*, 1987, 288; Corte cost., 23 aprile 1985, n. 113, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1864. Di recente si v. Cons. St., sez. V, 3 luglio 2006, n. 4440, in *Foro amm. CdS*, 2006, 2187. Sull'evocato rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali cfr., per approfondimenti, oltre agli A. citati alla nota 147, anche: G. NAPOLETANO, *Diritto comunitario e diritto italiano nella sentenza n. 170/84 della Corte costituzionale*, in *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Atti della Tavola rotonda, Castelgandolfo, 18 ottobre 1986, a cura di U. Lenza, Milano, 1988, 229 ss.; S. GALEOTTI, *I rapporti tra norma comunitaria e norma della legge nazionale dopo la sentenza n. 170/84 della Corte costituzionale*, *ivi*, 265 ss.

“muro” eretto a difesa del principio dell’evidenza pubblica da indebite intromissioni generate dal ricorso a procedure di affidamento *in house*, alcune “fessure” che forse possono essere considerate il preludio ad una sistemazione più ragionevole del tema in esame, giungendo a quello che è stato definito come il «punto di equilibrio tra principi di parità di trattamento, di non discriminazione e trasparenza del diritto comunitario, che impongono di dare corso alla gara pubblica, e la possibilità, riconosciuta all’ente locale di affidare direttamente il servizio, singolarmente o con altri enti, ad una società a integrale partecipazione pubblica»²²³.

Peraltro, tale “equilibrio” dovrebbe indurre l’interprete, attraverso la constatazione che controllo “analogo” non significa “identico”, a consentire un minimo margine di operatività ad una fattispecie, quella relativa al conferimento diretto di un servizio pubblico ad una società di capitali interamente partecipata da enti pubblici, che, come si è già sottolineato, sia pure a titolo di eccezione, risulta pur sempre espressamente prevista dalla legge nazionale e dall’ordinamento comunitario.

In tal senso, le “fessure” prima evocate possono essere individuate, in ambito comunitario, nelle Conclusioni dell’Avvocato generale Christine Stix-Hackl, presentate il 23 settembre 2004, in C-26/03, *Stadt Halle*, la quale ha rilevato come dalla sentenza *Teckal* risulti «che la Corte richiede solo un controllo “analogo”, vale a dire equiparabile, ma non identico» a quello esercitato sui propri servizi²²⁴, nonchè le Conclusioni dell’Avvocato generale Juliane Kokott, presentate il 1° marzo 2005, in C-458/03, *Parking Brixen*, secondo cui un’estensione indiscriminata della disciplina sull’aggiudicazione degli appalti pubblici rischia di portare alla conseguenza che «le forme giuridiche di diritto privato della società per azioni o della società a responsabilità limitata non potrebbero essere più utilizzate ai fini di una mera organizzazione interna» in quanto «al relativo ente resterebbe soltanto l’alternativa tra la privatizzazione dei suoi servizi e l’esecuzione diretta», mentre «un intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri, e segnatamente sull’autogoverno di tanti Comuni, non sarebbe affatto necessario

²²³ T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 2 maggio 2006, n. 430, cit.

²²⁴ Sul punto cfr. C.E. GALLO, *op. cit.*, il quale, ritenendo convincenti le suddette osservazioni dell’Avvocato generale Christine Stix-Hackl, evidenzia come «nell’ipotesi di integrale possesso della società da parte dell’amministrazione comunale, sia soddisfatto il requisito che deve caratterizzare l’affidamento *in house*, non potendosi pretendere che il rapporto tra il Comune e la società sia identico, dal punto di vista giuridico, a quello che intercorre tra l’ente locale e una sua articolazione, a pena di limitare la possibilità per l’ente locale di rivolgersi ad una società e di costituire una società propria».

neppure alla luce della funzione di apertura dei mercati svolta dalla disciplina sugli appalti».

In ambito nazionale, analogamente, si sono aperti alcuni spiragli nel senso indicato, attraverso l'ammissione che «sarebbe da escludere, in linea di principio, 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 dell'ente»²²⁵ e che «il requisito del controllo “analogo” deve essere inteso in modo diverso dal vincolo di subordinazione che esiste tra organi ed uffici interni dell'ente locale, giacchè, diversamente, sarebbe impossibile gestire i servizi pubblici locali mediante società a capitale interamente pubblico»²²⁶, come invece espressamente consente la disposizione di cui all'art. 113, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 267/2000.

Sempre nell'alveo della posizione volta ad affermare una accezione “equilibrata” del concetto di controllo analogo è stato anche rilevato come la verifica circa la sussistenza di una forma di controllo “analogo” debba essere effettuata alla luce di un criterio «che non sia incoerente con la peculiarità della forma societaria», dovendosi, di conseguenza, escludere «una situazione di gerarchica sovraordinazione tra controllante e controllato, inconfigurabile nei confronti di organismi a struttura societaria», la quale comporti che l'ente controllante possa direttamente disporre «ogni minima regolamentazione» dell'attività societaria²²⁷.

²²⁵ Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, cit.

²²⁶ T.A.R. Marche, 11 aprile 2007, n. 500, cit.

²²⁷ T.A.R. Lazio Roma, sez. II *ter*, 16 ottobre 2007, n. 9988, cit.

CAP. III

IL (DIVERSO) FENOMENO DELLE SOCIETÀ A CAPITALE MISTO PUBBLICO-PRIVATO

SOMMARIO: 1. L'utilizzabilità della società "mista" per la gestione dei servizi pubblici locali: non perfetta coincidenza di vedute tra ordinamento comunitario e sistema nazionale. – 2. Alla ricerca della compatibilità comunitaria delle soluzioni delineate a livello nazionale tra ulteriori restrizioni e residui dubbi interpretativi. – 3. L'intenso e dominante controllo "societario" dell'amministrazione pubblica sulla compagine a capitale misto.

1. *L'utilizzabilità della società "mista" per la gestione dei servizi pubblici locali: non perfetta coincidenza di vedute tra ordinamento comunitario e sistema nazionale.*

Una questione che merita di essere segnalata nel corso dello studio che si sta conducendo riguarda l'affidamento della gestione di un servizio pubblico a società a capitale misto pubblico-privato, in quanto tematica nell'ambito della quale si evidenzia, in taluni casi, una certa deviazione dell'orientamento giurisprudenziale interno dai dettami comunitari in materia²²⁸.

Da un punto di vista legislativo nazionale, occorre rilevare, innanzitutto, come il comma 1 dell'art. 116 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, preveda la possibilità, per gli enti locali, di costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, anche in deroga ai vincoli derivanti da disposizioni di legge specifiche, per l'esercizio di servizi pubblici privi di rilevanza economica, per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico; in tal caso è specificato che tali enti «provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedura ad evidenza pubblica»²²⁹.

Per quanto riguarda, invece, le società a capitale pubblico maggioritario affidatarie di un pubblico servizio, in difetto di una previsione normativa al riguardo, il Consiglio di Stato, a partire dal 1998, ha rilevato come la selezione con gara del socio privato sia espressione di un principio generale dell'ordinamento amministrativo, così che la quota di partecipazione del privato alla società mista non rappresenta che una mera circostanza, del tutto ininfluenza ai fini della determinazione delle regole di scelta dello stesso il quale, in quanto soggetto destinato a svolgere attività o servizi in favore della pubblica amministrazione, deve essere selezionato attraverso gli strumenti concorsuali che l'ordinamento ha via via affinato, quale che sia la sua partecipazione (maggioritaria o minoritaria) alla società²³⁰.

²²⁸ Sul tema, in generale, si v. D. DE PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2006, 803 ss.; A. STAZI, C. ACOCELLA, *Le società miste per la gestione di servizi pubblici locali e la scelta del socio privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 153 ss.

²²⁹ Nel senso che un'amministrazione pubblica è tenuta a seguire le procedure di evidenza pubblica ogniqualvolta debba scegliere un socio privato per la costituzione di una società mista, indipendentemente dal tipo di attività che tale società debba espletare (servizi pubblici locali, attività di produzione di beni o servizi nel pubblico mercato, ecc.) cfr. Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 889, in *Foro amm. CdS*, 2008, 823.

²³⁰ Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Cons. St.*, 1998, 249.

La successiva evoluzione della giurisprudenza amministrativa ha confermato l'orientamento inaugurato dalla citata pronunzia, consolidando la regola secondo cui la scelta del socio nella formazione delle società miste preordinate alla gestione di pubblici servizi da parte degli enti locali debba necessariamente seguire procedure ad evidenza pubblica anche nel caso di società a capitale pubblico maggioritario²³¹. Coerentemente, la Corte di cassazione ha intrapreso un percorso analogo giungendo ad affermare, nella sostanza, l'esigenza di rispettare le procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato di società a prevalente partecipazione pubblica²³².

Successivamente, il legislatore ha fatto propria tale linea di tendenza sancendo, all'art. 113, comma 5, lett. b), d. lgs. n. 267/2000 come modificato dall'art. 14 d.l. n. 269/2003 conv. dalla l. n. 326/2003, che la titolarità di un servizio pubblico (di rilevanza economica) può essere conferita 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».

Da ultimo, il Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, contiene, all'art. 1, comma 2, una previsione di carattere generale a norma della quale «nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica»²³³.

Nel sistema delineato a livello nazionale, dunque, la società mista sarebbe legittimata a ricevere l'affidamento diretto di un servizio pubblico proprio sulla base della considerazione che il rispetto del principio di concorrenza di matrice comunitaria verrebbe garantito in un momento antecedente all'affidamento del servizio, ossia tramite l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio.

²³¹ In questo senso cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 23 marzo 2004, n. 1543, in *Foro amm. CdS*, 2004, 839; Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2002, n. 917, *ivi*, 2002, 917; Cons. St., Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Foro amm.*, 2001, 2352; Cons. St., Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2835, *ivi*, 2001, 1214.

²³² Cass. civ., sez. un., 29 ottobre 1999, n. 574, in *Foro it.*, 2000, 802.

²³³ Per approfondimenti su tale disposizione normativa si rinvia a V. ITALIA, *Commento all'art. 1*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 13 ss.

Senonché, a “scompaginare” una siffatta sistemazione giuridica, è intervenuta la già citata sentenza della Corte di giustizia *Stadt Halle*²³⁴, la quale, statuendo che la presenza, anche minoritaria, di un’impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipi anche l’amministrazione aggiudicatrice esclude, di per sé, la possibilità di affidamento diretto di servizi alla medesima compagine, data l’inaccettabile intromissione di interessi privati in quelli pubblici, ha inevitabilmente posto dei seri dubbi in ordine all’opportunità, da parte degli enti locali, di ricorrere alla struttura societaria a capitale misto per la gestione di servizi pubblici, dato che essa, come rilevato in precedenza, presenta un’apprezzabile utilità solo dal momento in cui possa essere destinataria di affidamenti diretti²³⁵.

A seguito di tale presa di posizione della Corte di giustizia, la quale è apparsa a molti commentatori irragionevolmente *tranchant* in merito alla possibilità di affidare la gestione di servizi pubblici a società a capitale misto²³⁶, giurisprudenza e

²³⁴ Corte di giustizia CE, sez. I, 11 gennaio 2005, in C-26/03, *Stadt Halle*, cit. In senso coerente, per l’aspetto che qui interessa, cfr. anche Corte di giustizia CE, sez. I, 6 aprile 2006, in C-410/04, *ANAV*, cit.; Corte di giustizia CE, Grande sez., 21 luglio 2005, in C-231/03, *Co.Na.Me.*, cit.; Corte di giustizia CE, sez. V, 13 ottobre 2005, in C-458/03, *Parking Brixen*, cit.

²³⁵ In questo senso si v. M.P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1161 ss., il quale sostiene che «la fine della possibilità dell’affidamento diretto del servizio pubblico locale alle società miste rappresenta un *vulnus* apparentemente decisivo per il ruolo di queste figure giuridiche»; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 193; ID., *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c’è “casa” per le società a capitale misto*, ove si afferma che la disposizione di cui all’art. 113, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 267/2000, sarebbe «se non palesemente illegittima quanto meno inapplicabile». Sulla possibilità, invece, di ricondurre l’affidamento diretto a società mista in un quadro di legittimità comunitaria si v. M. GIORELLO, *L’affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 940-944.

²³⁶ Sul punto cfr. C.E. GALLO, *op. cit.*, secondo cui «non può ritenersi che la presenza di un socio privato sia, di per sé, un elemento che perturba a tal punto l’organizzazione societaria e vada ad impedire all’amministrazione di configurare correttamente le proprie determinazioni». Del resto, il medesimo A. rileva che «se un’amministrazione ritiene di dovere organizzare i propri rapporti con l’imprenditoria privata in modo più stabile, attraverso, cioè, una partecipazione societaria e non attraverso l’episodicità dei singoli contratti, questa scelta è legittima»: l’importante è che sia garantita chiunque la possibilità di manifestare il proprio interesse in tal senso, dopodiché «non si vede perchè la conclusione raggiunta non sia da considerare rispettosa del principio di libertà di concorrenza anche nella fase successiva dell’attuazione». Nello stesso senso si v. anche F. GAVERINI, *op. cit.*, 2013, al quale sembra che «non necessariamente la presenza di privati all’interno del capitale sociale sia idonea a distrarre la società dal perseguimento dei fini pubblici» purché, beninteso, «in concreto i rapporti organizzativi e funzionali tra p.a. ed ente partecipato – così come emergenti sia dalla legislazione societaria nazionale, sia dall’atto costitutivo e dallo statuto della società – consentano alla prima di realizzare gli interessi pubblici che le sono istituzionalmente affidati». In altri termini, secondo M. DIDONNA, *Il caso, chiuso, degli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, 2006, 379, quel che sorprende è «l’aver ritenuto, con intenzione generalizzante, l’antagonismo genetico dell’interesse pubblico con quello portato dai privati, atteso che odiernamente numerose funzioni pubblicistiche, com’è noto, i differenti ordinamenti legislativi nazionali le assegnano direttamente proprio alla cura dei privati (ritenendola più efficace)». Ad avviso di A. CLARIZIA, *Il privato inquinato: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in *Giust. amm.*, 2005, 196, la Corte, affermando la presunta incompatibilità assoluta tra interessi pubblici e

dottrina si sono divise tra una posizione rigorosamente ossequiosa dei dettami comunitari ed una maggiormente incline a consentire una qualche forma di sopravvivenza al modello organizzativo ora in considerazione, impegnandosi a individuarne un profilo di compatibilità rispetto alla prospettiva assunta dalla Corte di giustizia.

Da quest'ultimo punto di vista, si è continuato a ritenere che il modulo organizzativo della società mista sarebbe legittimato dai principi comunitari di concorrenza, soprattutto alla luce di quanto previsto dal Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, per effetto della equiparazione, a tali fini, della gara per la scelta del socio con quella per l'affidamento del servizio²³⁷; più precisamente, è stato osservato che, in base al disposto di cui all'art. 113, comma 5, lett. b), TUEL, le società miste (a capitale pubblico maggioritario o minoritario) possono ricevere l'affidamento diretto di servizi pubblici a rilevanza economica solo a condizione che la scelta dei soci privati sia effettuata con procedure ad evidenza pubblica e purchè la costituzione della società mista sia presentata con la necessaria trasparenza verso tutti i potenziali interessati come una forma di affidamento di un servizio pubblico sì che il risultato possa essere effettivamente assimilabile a quello di una gara²³⁸.

privato, da un lato, contraddice la filosofia del partenariato pubblico-privato, dall'altro, valorizza il ruolo del "pubblico" a dispetto dei propri precedenti orientamenti.

²³⁷ In tal senso cfr. E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, cit.; R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 295; C. GUCCIONE, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, cit., 271; A. CAROSELLI, *L'affidamento del servizio pubblico alla società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 854.

²³⁸ T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 2 maggio 2006, n. 422, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1599. Nell'alveo dell'orientamento ora in esame si collocano anche Cons. St., Sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 496, secondo cui la costituzione di una società mista a capitale pubblico maggioritario non avrebbe alcuna utilità per l'ente locale che l'ha costituita ove poi lo stesso non potesse affidarle i servizi pubblici di propria competenza; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 19 luglio 2005, n. 1290, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2536; T.A.R. Liguria, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527, *ivi*, 1022; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 18 aprile 2005, n. 671, in *Riv. amm. app.*, 2005, 145; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 15 aprile 2005, n. 2762, in *Ragiusan*, 2006, 261, 313. In maniera parzialmente diversa ha argomentato Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, cit., su cui si v. L. IERA, *E' ancora legittimo l'affidamento in house in favore di una società mista?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 984: in base a tale pronuncia, l'affidamento diretto in favore di una società mista non violerebbe il principio comunitario di parità di trattamento qualora il partner privato della società affidataria eserciti un'attività economica diversa rispetto a quella affidata dall'ente pubblico in quanto, in tal caso, la partecipazione del privato al capitale sociale dell'affidataria non sarebbe oggettivamente in grado di falsare il gioco della concorrenza dal momento in cui il socio operi in un settore economico diverso rispetto a quello oggetto dell'affidamento (nel caso concreto una banca privata possedeva l'1% dell'intero capitale della società affidataria). *Contra*, in maniera esplicita, si è espresso T.A.R. Lombardia, Brescia, 28 febbraio 2006, n. 238, cit., secondo cui, aderendo alla ricostruzione appena evocata, non si spiegherebbe «in quale momento la partecipazione del privato

Invero, l'ordinamento comunitario, pur riconoscendo un ruolo apprezzabile alle ipotesi di collaborazione tra pubblico e privato, non ha mancato, nel passato, di manifestare la preoccupazione che ciò possa favorire ipotesi di affidamenti diretti di servizi pubblici in contrasto con i principi fondamentali di parità di trattamento, di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, di trasparenza, con particolare riferimento alla tutela della concorrenza. Coerentemente a tale assunto, il Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni pubblicato a cura della Commissione europea il 30 aprile 2004 ha ribadito che il carattere misto di un'impresa che partecipa ad una procedura d'appalto non implica alcuna deroga alle norme applicabili nel quadro dell'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione, salvo che sussistano i requisiti dell'affidamento *in house*; più in generale, in tale documento si conferma, nell'ambito del partenariato pubblico-privato²³⁹, in particolare di quello c.d. istituzionalizzato, che l'operazione consistente nella creazione di una società a capitale misto, pur non essendo contemplata dal diritto degli appalti pubblici e delle concessioni, debba comunque rispettare i principi desumibili da tale diritto e dunque la scelta del partner privato deve essere effettuata tenendo conto di parametri chiari ed oggettivi che permettano all'amministrazione di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Successivamente, la Commissione, nella comunicazione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni del 15 novembre 2005, pur anticipando l'intenzione di offrire un ulteriore chiarimento sull'applicazione delle regole in tema di appalti pubblici nel caso di creazione di entità a capitale misto che perseguano l'obiettivo di prestare servizi di interesse economico generale o nell'ipotesi di partecipazione di soggetti privati in società pubbliche già esistenti che svolgano siffatta attività, in particolare evidenziando la necessità di definire i termini di compatibilità tra l'operazione di istituzione di

stesso da "simbolica" diventerebbe di rilievo, dovendosi tener presente che per determinare l'importanza di una partecipazione si deve considerare, accanto al peso percentuale, anche il valore assoluto, dato che una quota in percentuale ridotta di una società di ingente capitale potrebbe, in concreto, assicurare al titolare vantaggi economici di entità oggettivamente non trascurabile».

²³⁹ Sul tema, in generale, cfr. R. DIPACE, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, Milano, 2006, 1 ss.; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in merito al c.d. "partenariato pubblico-privato" (PPP)*, in *Giust. amm.*, 2006, 7 ss.; M. CERRITELLI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato nell'ordinamento francese*, in *Riv. amm. app.*, 2006, 3 ss.; M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 167 ss.

partenariati pubblico-privati e le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici²⁴⁰, così come disciplinate dal diritto comunitario, tuttavia si è dimostrata scettica sul fatto che la qualità dei servizi pubblici potesse essere migliorata o i prezzi ridotti attraverso l'affidamento della relativa gestione, mediante partenariati pubblico-privati, a soggetti privati senza il ricorso ad una procedura concorrenziale di aggiudicazione, della cui pretermissione, pertanto, non si scorgeva alcuna utilità, anche solo potenziale. La risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 26 ottobre 2006, dal canto suo, dopo aver giudicato «fondamentalmente necessaria l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici nel momento in cui bisogna scegliere un partner privato», ha ritenuto che «la prestazione esterna di un servizio di interesse pubblico generale comporti per l'autorità aggiudicatrice la necessità di assegnare il contratto sulla base delle procedure di appalto pubblico».

In effetti il chiarimento annunciato è giunto con la comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, in cui la Commissione ha ribadito, riecheggiando i timori evidenziati in precedenti occasioni, come si è già avuto modo di segnalare, che la cooperazione tra un'amministrazione aggiudicatrice e un soggetto privato «non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di appalti pubblici o concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di appalti pubblici o concessioni». Tuttavia, “aprendo” per la prima volta a considerazioni meno restrittive ed intransigenti, la Commissione ha ritenuto che una doppia procedura (la prima per selezionare il partner privato, la seconda per aggiudicare l'appalto o la concessione all'entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile: ne deriva che il corretto *iter* da intraprendere, secondo la posizione ora in esame, deve articolarsi in una selezione trasparente e concorrenziale del socio pubblico in conformità alle direttive comunitarie in materia²⁴¹, la quale abbia ad oggetto sia

²⁴⁰ Chiarimento che è intervenuto con la Comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati di cui si dirà nel prosieguo, allorquando si tratterà più specificamente della questione delle società c.d. miste.

²⁴¹ Secondo la Commissione quando la costituzione di un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato implica l'aggiudicazione di un appalto pubblico interamente disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE ad una entità a capitale misto, è possibile ricorrere al dialogo competitivo, qualora le procedure aperte o ristrette, in considerazione della complessità finanziaria o giuridica degli appalti in questione, non offrano una sufficiente flessibilità. Per il resto, sempre ad avviso della Commissione, per l'aggiudicazione di appalti pubblici interamente disciplinati dalla direttiva

l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare alla compagine mista, sia il contributo operativo del privato all'esecuzione delle relative prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione della medesima compagine²⁴², seguita dalla formalizzazione del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato nonché dall'affidamento (diretto) dell'appalto o della concessione all'entità mista così costituita.

Tornando nell'ambito nazionale, è stato rilevato, proprio nel tentativo di ricondurre il medesimo ad un quadro di compatibilità comunitaria, come, a ben vedere, la Corte di giustizia si sia limitata ad escludere che per gli affidamenti a società miste sia invocabile l'eccezione dell'*in house providing*, senza negare la possibilità di rinvenire per le stesse un diverso fondamento giustificativo²⁴³. In tale prospettiva, l'ammissibilità della società mista nell'ordinamento comunitario è stata ricondotta, non alle elaborazioni giurisprudenziali che hanno individuato nel controllo "analogo" e nella prevalenza dell'attività a favore dell'ente affidante i

2004/18/CE, la procedura negoziata con pubblicazione del bando può essere utilizzata solo nei casi espressamente previsti, mentre le amministrazioni aggiudicatrici possono sempre ricorrere a tale procedura per l'aggiudicazione di concessioni o appalti diversi da quelli interamente disciplinati dalla direttiva suddetta.

²⁴² Da tale punto di vista, in base alle indicazioni fornite nel documento in considerazione, l'amministrazione aggiudicatrice deve indicare nel bando di gara o nel capitolato d'onori le informazioni di base sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sullo statuto di tale soggetto, sul patto tra gli azionisti e su tutti gli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il *partner* privato, dall'altro, il rapporto tra la prima e l'entità a capitale misto da costituire. Inoltre, il bando di gara deve contenere le informazioni circa la durata dell'appalto pubblico che l'entità a capitale misto dovrà eseguire o della concessione che dovrà gestire. Posto che i partenariati pubblico-privati non possono, in linea di principio, ottenere nuovi appalti o concessioni senza una procedura di gara, secondo la Commissione, ciò non toglie che deve essere riconosciuta la possibilità di adattarsi, per ragioni precise, ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico, purché tale possibilità di adeguamento sia esplicitata, insieme alle sue modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'onori; diversamente, qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista impone di ricorrere ad una nuova procedura di gara.

²⁴³ E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 938 ss. Concorde sul punto anche P. ROSSI, *Ascesa e declino dell'in house providing e dall'affidamento diretto dei servizi pubblici locali a società miste*, in *Ec. dir. terziario*, 2006, 432, secondo cui l'affidamento diretto a società miste «fonderebbe la propria conformità ai principi comunitari sulla condizione di aver assicurato la scelta del socio privato mediante gara pubblica, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza e non, invece, sulla sussistenza del controllo analogo a quello esercitato dall'ente affidante sui propri servizi». Nel senso che società miste ed *in house providing* integrino degli istituti differenti, basati, dunque, su fondamenti differenti, cfr. F. GAULTIERI, *Società miste ed in house providing: un rapporto da definire*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 445 ss. Analogamente, A. MASSARI, *Affidamento di servizi alle società miste degli enti locali e in house providing*, in *Comuni d'Italia*, 2005, 16 ss., individua «dei profili differenziali dell'autentico *in house providing* rispetto agli affidamenti diretti alle società miste pubblico-privato». In giurisprudenza cfr., sul punto, Cons. St., sez. V, 1° luglio 2005, n. 3672, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2227, secondo cui la società mista «altro non è che una "concessione" esercitata sotto forma di società, attribuita in esito ad una selezione competitiva che si svolge a monte della costituzione del soggetto interposto», secondo una fattispecie che «nulla ha a che spartire con il diverso fenomeno dell'*in house providing*».

parametri di legittimità di un affidamento diretto, bensì all’istituto del partenariato pubblico privato c.d. istituzionalizzato²⁴⁴, ossia, ai sensi di quanto previsto nel Libro Verde della Commissione, all’operazione di creazione di un’entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e da quello privato alla quale viene affidata la “missione” di assicurare alla sfera pubblica un’opera o un servizio. In siffatto contesto, sempre in base all’espresso disposto del Libro Verde, la cooperazione diretta tra il partner pubblico e quello privato nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria permette al primo di conservare un livello di controllo, non “analogo”, ma comunque «relativamente elevato, sullo svolgimento delle operazioni, che può adattare nel tempo in funzione delle circostanze, attraverso la propria presenza nella partecipazione azionaria e in seno agli organi decisionali dell’impresa comune»²⁴⁵. In concomitanza di tali “coordinate comunitarie”, dunque, si consentirebbe al soggetto pubblico, in funzione di controllo, di assicurarsi una facoltà di ingerenza sulle attività gestorie, pur avvalendosi del *know how* imprenditoriale privato²⁴⁶, ferma restando, ovviamente, la necessità del rispetto delle regole di pubblicità, parità di trattamento e trasparenza nella selezione del *partner* privato²⁴⁷, il quale si traduce, oltre che nella procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio che, in ipotesi, viene equiparata alla gara per l’affidamento del servizio pubblico, anche nell’esigenza, ulteriore, di indire nuove gare per l’attribuzione di successivi affidamenti non previsti nell’ambito della procedura originariamente esperita²⁴⁸, definendo in maniera certa i tempi

²⁴⁴ Sul punto si v. Cons. St., sez. V, 1° luglio 2005, n. 3672, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 875. In dottrina, nel senso che la Corte di giustizia non pare avere negato *tout court* l’ammissibilità delle società a capitale misto pubblico privato, limitandosi a ribadire la necessaria riconduzione degli istituti nazionali a quelli del diritto europeo, tra cui proprio il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, si v. R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *op. cit.*, 90-91, nonché A. SAU, *Il dilemma delle società miste: divieto di affidamento diretto e forza del partenariato*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 977.

²⁴⁵ *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, cit., par. 54.

²⁴⁶ Nel senso che le società miste assumono una posizione mediana tra l’esercizio di poteri pubblici e l’uso di strumenti privati cfr. C. VOLPE, *Società miste tra poteri pubblici e strumenti privati. L’ibrido continua*, in *Urb. e app.*, 2006, 1343 ss.

²⁴⁷ E. SCOTTI, *op. ult. cit.*, 950.

²⁴⁸ Secondo L.R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 432, la conclusione circa la compatibilità comunitaria della forma gestoria della società mista con affidamento diretto del servizio e scelta del partner privato con gara potrà essere raggiunta solo con riferimento ai servizi già affidati prima della procedura di selezione del socio o contestualmente a quest’ultima, e non certo per ciò che attiene ad incarichi affidati dopo tale momento, in quanto, in siffatta ipotesi, il partner privato si avvantaggerebbe di un’utilità economica sottratta alla libera competizione di mercato non ottenuta attraverso una procedura selettiva trasparente e non discriminatoria. F. GAVERINI, *op. cit.*, 2014, ritiene analogamente che, una volta individuato il socio privato mediante procedura ad evidenza pubblica, sia possibile affidare direttamente il servizio per cui un ente societario è stato costituito, richiedendo, però, in maniera forse non perfettamente

dell'incarico²⁴⁹. In tale ottica, sono apparsi inammissibili gli affidamenti “diacronici”, a favore della medesima società mista, di servizi non ricompresi espressamente negli atti della gara avente ad oggetto la selezione del socio privato, così come i conferimenti “sincronici” del medesimo servizio, ma a condizioni anche solo in parte diverse da quelle enunciate nel corso della procedura ad evidenza pubblica per il collocamento delle azioni sociali tra i privati²⁵⁰. Inoltre, il rispetto dei principi comunitari comporta che il socio scelto con gara non possa essere “radicato” stabilmente e *sine die* nella compagine societaria, dovendo, viceversa, le procedure per la relativa selezione essere rinnovate alla scadenza del periodo di affidamento; ciò comporta che sin dagli atti di gara per la scelta del socio privato devono essere contemplate le modalità per l'uscita del medesimo dalla società nell'eventualità che all'esito della successiva procedura ad evidenza pubblica non risulti più aggiudicatario, con conseguente liquidazione della sua posizione²⁵¹. In tale ottica, la gara per l'individuazione del socio privato dovrebbe realizzare il medesimo effetto, quanto a procedure ad evidenza pubblica da osservare, rispetto alla gara che l'organismo aggiudicatore avrebbe dovuto svolgere qualora avesse optato per la via ordinaria consistente nella sollecitazione del mercato, potendosi peraltro utilizzare, a questo scopo, anche la procedura del dialogo competitivo, la

coerente con l'orientamento ora in esame, la contemporanea sussistenza dei requisiti per l'affidamento in *house*, mentre per servizi affidati successivamente alla gara, il medesimo A. afferma la necessità di ricorrere a procedure ad evidenza pubblica.

²⁴⁹ Tale precisazione consentirebbe di superare le affermazioni di chi, come F. FRACCHIA, *La suprema Corte impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali: un ulteriore allontanamento dal modello privatistico?*, in *Foro it.*, 2000, III, 809 e di M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 557, i quali avevano contestato l'equiparazione della gara per la selezione del partner privato con quella per l'affidamento del servizio sulla base della considerazione secondo cui «una cosa è lo svolgimento periodico di gare per l'assegnazione del servizio, altra cosa è lo svolgimento di una sola gara il cui esito viene a fissarsi a tempo indeterminato nella struttura organizzativa della società». Sulla necessità di porre un limite temporale all'affidamento a società miste si v. R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit., 179 ss., secondo cui la durata dell'impresa mista deve necessariamente coincidere con la durata del contratto, della concessione o del servizio affidato, onde evitare che il protrarsi dell'esercizio dell'impresa sociale oltre i termini di durata dell'affidamento indicati nell'originaria gara per la scelta del socio privato possano produrre indebite proroghe all'esercizio del servizio pubblico e, dunque, intollerabili distorsioni concorrenziali, nonché L. AMMANNATI, *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 906 ss.

²⁵⁰ A. VACCA, *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: un modello di difficile qualificazione*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1230.

²⁵¹ G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit. A tal proposito M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 2004, 121, ritenendo probabilmente eccessivo dare corso allo scioglimento della società allo scadere del periodo di affidamento, ipotizza una previsione per cui il socio uscente sarebbe obbligato alla cessione del proprio pacchetto azionario a favore del vincitore della gara successiva ad un prezzo determinato sin dall'origine, oppure fissato in occasione della nuova gara, comunque sulla base di parametri oggettivi e da un terzo arbitratore.

quale appare particolarmente adatta per l'esecuzione di incarichi complessi, come sono di norma quelli affidati alle società miste²⁵².

Come accennato in precedenza, a fronte dell'orientamento appena esposto, va segnalata la posizione, ancora invalsa presso la giurisprudenza, la quale, appropriandosi in maniera pedissequa delle (forse troppo) perentorie statuizioni della Corte di giustizia in materia e riconducendo il tema dell'affidamento di un servizio pubblico ad una società mista ai dettami dell'*in house providing*, liquidano la questione in esame ritenendo che qualsivoglia presenza del socio privato in una compagine societaria sia suscettibile di compromettere, di per sé, la possibilità di procedere ad un affidamento diretto nei suoi confronti, a nulla rilevando che il socio privato sia stato selezionato con procedura ad evidenza pubblica²⁵³, la quale non esimerebbe dall'obbligo di effettuare una seconda gara per l'affidamento del servizio²⁵⁴, con ciò espungendo, di fatto, dall'ordinamento nazionale il disposto di cui all'art. 113, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 267/2000 e da quello comunitario la possibilità di addivenire ad una forma di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, in contrasto, peraltro, a questo punto, con i più recenti chiarimenti forniti in sede comunitaria.

Nell'ambito di questo secondo orientamento "restrittivo" non è mancato anche chi, in dottrina, ha posto dei dubbi circa «la concreta idoneità della trasversale equiparazione fra gara per la scelta dei soci privati e gara per l'affidamento del servizio ad elidere gli effetti distorsivi della concorrenza derivanti dal conferimento ad una società mista di un servizio pubblico», in quanto «anche se il socio è scelto conformemente ai canoni dell'evidenza pubblica, non si ha per questo motivo alcuna garanzia in ordine alla gestione dell'impresa sociale e, dunque, del servizio pubblico, da parte della società mista, che potrebbe essere condotta senza una adeguata considerazione dell'interesse pubblico o, comunque, in maniera tale da causare un'alterazione dell'assetto teleologico dello stesso per

²⁵² Sul punto cfr. N. AICARDI, *Società miste ed evidenza pubblica «a monte»*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 631.

²⁵³ Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440, in *Guida al dir.*, 2006, 32, 113; Cons. St., sez. V, 6 giugno 2006, n. 3364, *ibidem*; T.A.R. Sardegna, sez. I, 27 marzo 2007, n. 549, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1168; T.A.R. Lazio, Latina, 5 maggio 2006, n. 310, *ivi*, 2006, 1770; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 23 marzo 2006, n. 3135, *ivi*, 1060; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 19 gennaio 2006, n. 729, *ivi*, 259.

²⁵⁴ T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 7 novembre 2008, n. 579, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 27 ottobre 2006, n. 589, in *Guida al dir.*, 2006, 47, 83, secondo cui «la stretta osservanza del diritto comunitario in materia di società miste comporta un'interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 267/2000».

effetto dell'influenza esercitata dai confliggenti interessi privati coinvolti»²⁵⁵. In particolare, secondo la ricostruzione in esame, nel caso di partecipazione pubblica minoritaria²⁵⁶, l'interesse ad essa connaturato, di fronte allo scopo lucrativo che informa, per definizione, l'attività del privato, potrà essere perseguito al massimo in via indiretta, non consentendo che l'esercizio dell'impresa sociale sia teleologicamente orientato alla primaria realizzazione dell'interesse pubblico, ciò anche nel caso in cui i soci di maggioranza siano stati scelti con procedura ad evidenza pubblica; nell'ipotesi di partecipazione pubblica maggioritaria, invece, dalla prospettiva per il momento assunta, il relativo interesse si configurerebbe comunque come proprio di alcuni soci, sia pure di maggioranza, come tale destinato a soccombere di fronte al più generale interesse sociale, mentre, reputando l'interesse pubblico idoneo ad incidere in maniera determinante sulla gestione dell'impresa sociale, si arrecherebbe un *vulnus* alla posizione dei soggetti titolari di una partecipazione di minoranza, causando un'illegittima alterazione della causa sociale ed una inammissibile trasfigurazione del soggetto societario.

2. *Alla ricerca della compatibilità comunitaria delle soluzioni delineate a livello nazionale tra ulteriori restrizioni e residui dubbi interpretativi.*

La giurisprudenza amministrativa nazionale, nel contesto tutt'altro che pacifico fin qui descritto, ha avuto modo di proporre, in sede consultiva, una soluzione di equilibrio, quantomeno nelle intenzioni, prendendo le distanze dalle tesi estreme in materia, ossia, da un lato, quella che ritiene legittimo l'affidamento diretto a favore di una società "mista" per il solo fatto che il socio privato sia stato scelto con procedura di evidenza pubblica e, dall'altro lato, quella che, viceversa, propugna l'incompatibilità assoluta tra partecipazione privata, di qualsiasi entità, al capitale della società affidataria e possibilità che quest'ultima possa ricevere un affidamento *in house* o che comunque sostiene la necessità di una seconda gara per l'aggiudicazione del servizio dopo quella effettuata per la selezione del socio privato, la quale, peraltro, smentita anche dalla Commissione europea, porterebbe alla curiosa conseguenza di pervenire ad una procedura nella quale

²⁵⁵ A. VACCA, *op. ult. cit.*, 1231 ss.

²⁵⁶ La Corte costituzionale, con sentenza 1° febbraio 2006, n. 29, in *Giur. cost.*, 2006, 1, ha rilevato che «l'art. 113, comma 5, lett. b) – del TUEL – nell'individuare fra i possibili soggetti cui conferire direttamente la gestione del servizio pubblico locale le società a capitale misto pubblico-privato, non stabilisce alcun limite percentuale, né massimo, né minimo, alla partecipazione al capitale sociale del socio privato, limitandosi soltanto a richiedere che detto socio sia scelto con procedure ad evidenza pubblica».

l'amministrazione assumerebbe la duplice veste di stazione appaltante e di socio di una compagine che aspira all'affidamento. Da questa prospettiva, è stato rilevato²⁵⁷ come la giurisprudenza comunitaria in tema di affidamento *in house* si sia mossa sempre in un contesto caratterizzato dalla totale pretermissione delle procedure di evidenza pubblica, non potendo, per questo motivo, essere applicata pedissequamente ad una fattispecie, quale quella della società "mista", in cui una sollecitazione della libera concorrenza viene comunque attuata tramite la gara per la scelta del socio. Del resto, argomentano i giudici amministrativi, sarebbe illogico non ammettere, in settori specifici individuati dalla legge²⁵⁸, in cui si ravvisi l'inopportunità di una totale devoluzione ai privati, ma, al contempo, anche l'impossibilità tecnica di lasciar gestire il servizio unicamente dall'ente pubblico, un'apertura, anche solo parziale, a più flessibili forme di collaborazione tra la sfera pubblica e quella privata, in concomitanza con l'esigenza di un controllo addirittura più stringente sull'operatore in quanto svolto, non in qualità di committente, dunque secondo le forme declinate con riferimento al diverso fenomeno dell'*in house providing*²⁵⁹, ma nella veste di socio, in presenza, in più, di adeguate garanzie in ordine alla definizione precisa dell'oggetto e della durata del sodalizio. In altri termini, secondo l'impostazione ora in esame, sarebbe ammissibile il ricorso alla figura della società mista quantomeno nell'ipotesi in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un affidamento diretto, bensì la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al socio operativo della società²⁶⁰.

In particolare, alla luce dell'impostazione ora in considerazione, la quale è giunta a sancire taluni elementi già emersi in tema, risulterebbe legittimo, sulla scorta della specifica previsione legislativa di cui all'art. 113, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 267/2000, l'affidamento del servizio ad una società "mista" costituita

²⁵⁷ Cons. St., Ad. sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in *Foro it.*, 2007, III, 611.

²⁵⁸ Nel senso che sia necessaria un'espressa previsione di legge che consenta il ricorso all'affidamento *in house* si v. Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1049 ss. con nota di R. FANIZZI, *Il Consiglio di Stato accoglie un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'in house providing secondo una lettura comunitaria del fenomeno*.

²⁵⁹ In particolare, sul punto i giudici amministrativi chiamati ad esprimersi in sede consultiva, hanno ritenuto che l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria e nazionale consenta di escludere, in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing* con conseguente «inutilità di ricercare, allo scopo di giustificarne la compatibilità con la disciplina europea, i (sempre più restrittivi) richiesti per l'*in house* anche nel modello partenariato pubblico-privato "società mista"».

²⁶⁰ Cons. St., Ad. sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, cit.

appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati²⁶¹, da rendere in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, in seguito all'espletamento di una gara che miri, non soltanto alla scelta del socio privato, inteso come partner "operativo" che concorre materialmente allo svolgimento del servizio o di parti di esso, ma anche all'affidamento della specifica attività da effettuare, previa definizione delle relative modalità e dei termini di collaborazione con l'amministrazione²⁶²; tutto ciò, inoltre, deve essere accompagnato dalla limitazione della durata del rapporto di partenariato, attraverso la previsione, allo scadere, di una nuova gara, nonché dalla fissazione, in conseguenza, delle modalità di uscita del socio che non risulti più aggiudicatario²⁶³. Ricorrendo tali condizioni, ed in particolare dal momento in cui la gara definisca con sufficiente precisione il ruolo operativo, e non finanziario, del socio privato da scegliere, la presenza di un interesse privato sarebbe riconducibile, secondo la posizione in commento, entro limiti accettabili, in conformità, peraltro, a quanto previsto dalla già citata Risoluzione sui partenariati pubblico-privati resa dal Parlamento europeo in data 26 ottobre 2006 ove si afferma, al punto n. 40, che «se il primo bando di gara per la costituzione di un'impresa mista è risultato preciso e completo, non è necessario un ulteriore bando di gara»²⁶⁴.

²⁶¹ Su punto cfr. Cons. St., sez. V, 18 settembre 2007, n. 4862, in [Foro amm. CdS](#), 2007, 2488, secondo cui una società mista destinataria di un affidamento diretto non deve necessariamente essere costituita per gestire un solo determinato servizio. In tema si v. anche T.A.R. Abruzzo Pescara, 11 marzo 2008, n. 164, in [www.giustizia-amministrativa.it](#), che ha statuito l'illegittimità dell'affidamento del servizio relativo all'igiene urbana ad una società mista preesistente non appositamente costituita per quella specifica attività.

²⁶² Sul punto si v. anche Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, in [www.giustizia-amministrativa.it](#), in cui si deduce l'illegittimità degli atti di gara finalizzati ad individuare un socio privato di una compagine societaria potenzialmente affidataria diretta di appalti di lavori dal fatto che non siano state identificate con sufficiente precisione le opere oggetto dell'appalto, limitandosi la stazione appaltante a indicare gli importi e i costi in termini di massima e a precisare che la società avrebbe dovuto realizzare "tutti quei lavori ...che l'ATO della provincia di Milano deciderà di finanziare con i suoi piani annuali". In tal caso, secondo i giudici amministrativi, la scelta del socio, ancorchè selezionato con gara, non avviene dunque per finalità definite, ma solo al fine della costituzione di una società "generalista", alla quale affidare l'esecuzione di lavori non ancora identificati al momento della scelta stessa.

²⁶³ Cons. St., Ad. sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, cit.; in senso conforme cfr. anche T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 28 luglio 2008, n. 9468, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 8 luglio 2008, n. 3273, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); T.A.R. Valle d'Aosta, 13 dicembre 2007, n. 163, in [Foro amm. TAR](#), 2007, 3661; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 5 novembre 2007, n. 2511, *ivi*, 3601.

²⁶⁴ Sul punto si v. anche Corte conti, sez. reg. controllo Sicilia, 2 aprile 2008, n. 14, cit., ove si rileva che «se l'amministrazione, in sede di procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato, fissa con chiarezza e trasparenza anche l'oggetto del servizio che la società mista dovrà realizzare, appare coerente con i principi di libera concorrenza evitare una successiva ed ulteriore gara per l'affidamento del servizio, nel presupposto che tale valutazione è già stata effettuata in favore del socio privato», aggiungendo inoltre che un siffatto «orientamento, basato sulla fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, rappresenta un ottimo compromesso tra le

In definitiva, una soluzione siffatta parrebbe in grado di superare gli ostacoli posti dalla giurisprudenza comunitaria in tema, sia pure a prezzo di una ulteriore restrizione della possibilità di ricorrere a società miste per l'erogazione di servizi pubblici²⁶⁵; in particolare, l'indizione di una gara per la scelta del socio che, al contempo, definisca anche l'affidamento del servizio operativo varrebbe ad escludere un pregiudizio al principio della libera concorrenza e della parità di trattamento, la stretta connessione tra scelta del socio e affidamento dell'appalto, per un altro verso, consentirebbe il rispetto del principio per cui la presenza di un soggetto esterno all'amministrazione comporta l'utilizzo di procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, il ruolo meramente operativo del socio porterebbe ad eliminare i dubbi di incompatibilità tra interessi perseguiti dal privato e quelli pubblici, infine non si potrebbe nemmeno paventare una sorta di affidamento in subappalto progressivo dall'amministrazione a terzi senza gara in quanto la società mista non subappalta alcunché, mentre il servizio operativo verrebbe affidato direttamente in appalto per tutto il suo valore al socio industriale operante sotto il controllo del soggetto pubblico²⁶⁶.

Senonché, le statuizioni rese dai giudici amministrativi in sede consultiva che si sono fino qui tratteggiate, pur rappresentando un significativo tentativo di pervenire ad una sistemazione giuridica precisa delle "coordinate" circa la legittimità dell'operazione relativa all'affidamento di servizi pubblici a società a capitale misto pubblico-privato, venendo a rappresentare lo "stato dell'arte" in

esigenze di partenariato pubblico e privato, proprie della potestà organizzativa dell'amministrazione pubblica, rispetto alle esigenze della Comunità europea di tutela dei principi di libera concorrenza volti a prevenire eventuali distorsioni del mercato».

²⁶⁵ Il compendio delle condizioni cui viene subordinato l'utilizzo dello strumento consistente nella società mista viene sintetizzato, da M. ATELLI, *Società miste: sì all'in house se il socio è "d'opera o di lavoro"*, in *Guida al dir.*, 2007, 6, 10 ss., nel seguente modo: 1) sussistenza di una specifica previsione legislativa autorizzativa; 2) motivazione in ordine alla opportunità di procedere alla costituzione di una società mista (ad esempio, facendo riferimento al carattere molto tecnico delle operazioni da svolgere); 3) la selezione del socio privato deve essere effettuata "a monte" della costituzione della società; 4) la selezione deve tenere conto delle caratteristiche dell'offerta privata, che si configuri come economicamente più vantaggiosa, per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire; 5) la gara deve condurre alla scelta di un socio industriale od operativo; 6) la gara deve mirare, non solo alla selezione del partner privato, ma anche all'affidamento del servizio, del quale devono essere enucleate specificamente le caratteristiche; 7) il controllo svolto non nella veste di committente ma in quella di socio deve essere riempita di contenuto; 8) il rapporto di partenariato deve essere limitato nel tempo, prevedendo, allo scadere, una nuova gara.

²⁶⁶ M. GIOVANNELLI, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in *Urb. e app.*, 2007, 984 ss., secondo cui, comunque, «le limitazioni, le distinzioni e le cautele che il parere ha posto alla compatibilità di un simile partenariato con l'ordinamento comunitario...ne hanno ridotto fortemente l'operatività e in definitiva hanno dato un'altra spinta verso l'inesorabile processo di privatizzazione dei servizi pubblici e verso la necessità della gara aperta al più ampio confronto concorrenziale per l'affidamento di tutti gli appalti di servizi».

materia, non hanno sopito il relativo dibattito, alimentato ulteriormente da una ulteriore pronunzia del Consiglio di Stato che, rinvenendo la persistenza di consistenti dubbi e di diverse soluzioni interpretative, ha ritenuto di sollecitare una presa di posizione dell'Adunanza Plenaria sulla questione in esame²⁶⁷.

In primo luogo, la sezione remittente paventa il rischio che il relegare l'utilizzabilità del modello organizzativo delle società "miste" ai soli casi consentiti da una disciplina speciale possa porsi in rotta di collisione con la capacità generale di diritto privato riconosciuta agli enti pubblici, da ultimo attraverso il disposto di cui all'art. 1, comma 1 *bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel testo introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, insinuando dubbi di legittimità costituzionale nel momento in cui si ponessero vincoli troppo rigidi alle amministrazioni territoriali e locali non giustificabili alla stregua dell'esigenza di tutelare la libera concorrenza²⁶⁸.

Secondariamente, sempre sul versante pubblicistico, secondo la sezione remittente, l'esigenza di motivare in modo particolarmente approfondito la scelta organizzativa di ricorrere alla costituzione di una società mista piuttosto che ad un'integrale sollecitazione del mercato potrebbe risultare non coerente con il quadro comunitario, in cui sarebbe prospettabile, semmai, solo il principio di mera alternatività tra affidamento a terzi, *in house providing* e partenariato pubblico e privato; così, in tale ottica, l'obbligo di motivazione dovrebbe ricondursi alla regola generale contenuta nell'art. 3 della l. n. 241/90, presentando identica consistenza in ciascuna delle opzioni consentite all'amministrazione pubblica²⁶⁹.

Infine, sul crinale tra sfera pubblicistica e ambito organizzativo privatistico, si sono rilevati dei profili di criticità rientranti in una problematica che, inizialmente trascurata nell'impeto volto a limitare le possibilità di affidamento diretto di servizi pubblici locali, sta ora affiorando in tutta la sua valenza pratica: si allude alla necessità di vagliare la compatibilità tra i dettami giurisprudenziali impartiti, sul versante pubblicistico, ai soggetti gestori di servizi pubblici affidati direttamente e

²⁶⁷ Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, in *Guida al dir.*, 2007, 47, 86.

²⁶⁸ Come è noto, con la sentenza della Corte costituzionale del 27 luglio 2004, n. 274, in *Giur. cost.*, 2004, 4, si è statuito, con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, che il legislatore statale detiene un titolo di legittimazione trasversale che gli consente di definire quegli aspetti, relativi alle modalità di organizzazione di tali servizi, collegati alla tutela della concorrenza, intesa in senso ampio, ma con esclusivo riferimento ai profili di disciplina che appaiono strettamente indispensabili, proporzionati ed adeguati al raggiungimento dell'obiettivo di garantire condizioni concorrenziali uniformi nel mercato di riferimento, in modo da garantire l'unità e la coerenza del sistema.

²⁶⁹ Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, cit., punto 103-104.

l'impatto che tali dettami provocano sulla struttura organizzativa di dette compagini, oggetto di una disciplina civilistica ben precisa, a fronte di soluzioni propugnate nel recente passato suscettibili di «piegare il modello ordinario di funzionamento delle società, come disegnato dal codice civile, a forzature che rischiano di snaturarne i caratteri tipici oltre i confini del consentito»²⁷⁰. Da questo punto di vista, si sono avanzati dubbi circa il corretto significato da attribuire al ruolo meramente “operativo” svolto dal socio privato, tenendo presente, da un lato, che «lo scopo dell'istituzione della società miste è proprio quello di creare un centro di imputazione unitario e non una struttura intermedia tra l'amministrazione e l'esecuzione del servizio effettuata dal socio d'opera»²⁷¹ e, dall'altro lato, che «nell'ordinamento comunitario non emerge un assoluto divieto di coinvolgere nel partenariato pubblico-privato soggetti che intendano solo finanziare la società, purchè il loro apporto presenti, comunque, un adeguato tasso di specificità», non potendosi, peraltro, considerare «del tutto privo di interesse per l'amministrazione l'istituzione di un rapporto con soggetti esperti del settore finanziario»²⁷². Nello stesso ordine di idee, poi, si colloca un'ulteriore perplessità che riguarda la compatibilità del modulo societario con una stretta e rigida inerenza dell'attività societaria alla prestazione del servizio, sia dal punto di vista della limitazione dell'oggetto sociale a uno, o anche più, determinati e ben specifici atti, sia da quello relativo all'apposizione di uno stringente limite temporale alla durata del rapporto sociale, in considerazione anche della propugnata necessità di limitare il raggio d'azione della società mista ai soli casi in cui esista un concreto riferimento allo svolgimento di attività e funzioni pubbliche, con esclusione delle operazioni “neutre”, quali le prestazioni di servizi destinati, con le stesse caratteristiche oggettive, a soggetti pubblici e privati²⁷³. Ancora, dalla prospettiva ora assunta, è stato sottolineato come, a fronte dell'insegnamento comunitario secondo cui

²⁷⁰ Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, cit., punto 95.

²⁷¹ Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, cit., punto 94.

²⁷² Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, cit., punto 88.

²⁷³ Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, cit., punto 112. A tal proposito si v.

Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale ha statuito che «le società miste, pur legittimate in via di principio a svolgere la propria attività anche al fuori del territorio del comune dal quale sono state costituite, in quanto munite dal legislatore di capacità imprenditoriale sono pur sempre tenute, per il vincolo genetico-funzionale che le lega all'ente di origine, a perseguire finalità di promozione dello sviluppo della comunità locale di emanazione. Tale vincolo funzionale implicitamente imposto alle imprese miste va confrontato con l'impegno extraterritoriale richiesto in concreto e inibisce tale attività quando diventino rilevanti le risorse e i mezzi eventualmente distolti dalla attività riferibile alla collettività di riferimento senza apprezzabili utilità per queste ultime».

sarebbe illegittimo l'affidamento di servizi a società preesistenti e non appositamente costituite per una quella specifica attività, si potrebbe pervenire ad una soluzione diversa «ove si ritenesse che la società mista resti disciplinata, in ogni caso, dalle regole generali delle società, consentendo, quindi, una certa dinamica evolutiva dell'oggetto sociale»²⁷⁴.

L'Adunanza plenaria²⁷⁵, chiamata ad esprimersi in merito, per la verità, non pare avere fornito indicazioni precise e definitive in ordine ai diversi profili problematici sottoposti alla sua attenzione²⁷⁶, essendosi rifugiata, sul piano generale, nel ritenere che «allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo»²⁷⁷.

Tuttavia, appaiono comunque apprezzabili alcuni elementi forniti dai giudici amministrativi, tra i quali, in primo luogo, va annoverata l'ormai definitiva affermazione circa la non stretta riconducibilità del modello organizzativo della società "mista" a quello dell'*in house providing*²⁷⁸; in particolare, da tale punto di vista, il supremo consesso della magistratura amministrativa ha confermato che il fenomeno delle compagini societarie in esame deve essere fatto rientrare nel diverso

²⁷⁴ Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, cit., punto 120-121.

²⁷⁵ Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro amm. CdS*, 2008, 740, nonchè in *Guida al dir.*, 2008, 12, 87, con nota di H. BONURA, G. CARUSO, *Su controllo analogo e strumentalità passa un'interpretazione restrittiva*. In tema si v. anche C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 756 ss.; R. ROTIGLIANO, *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione europea*, in *Urb. e app.*, 2008, 1008 ss.; P. DELLA PORTA, *Società miste, servizi pubblici e appalti al vaglio della Plenaria*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 5 ss.; ID., *Forma societaria e affidamenti diretti: primo monito (indiretto) della Plenaria*, *ivi*, 210 ss.

²⁷⁶ In tal senso cfr., tra gli altri, I. DEL GIUDICE, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1546 ss.

²⁷⁷ Sul punto si consideri che l'intervento della Corte di giustizia è stato formalmente sollecitato, tramite rinvio pregiudiziale, da T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, ord. 22 aprile 2008, n. 164, in www.giustizia-amministrativa.it, allo scopo di sapere «Se è conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli articoli 43, 49 e 86 del Trattato, un modello di società mista pubblico-privata costituita appositamente per l'espletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, che sia direttamente affidataria del servizio in questione, nella quale il socio privato con natura "industriale" ed "operativa", sia selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle prestazioni specifiche da fornire».

²⁷⁸ In tal senso si v. anche Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, cit., ove si individua la differenza tra la società *in house* e la società mista «laddove la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione "dal punto di vista sostantivo" (in ragione del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente *in house* in favore dell'amministrazione stessa), mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica maggioritaria, in cui il socio privato sia scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza».

concetto di partenariato pubblico-privato, la cui *ratio* va rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività, a fronte della quale «il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità».

Ciò posto, l'Adunanza plenaria, in secondo luogo, pare effettuare un (forse timido) tentativo di proporre una soluzione in grado di allinearsi alla posizione comunitaria che, in linea di principio, come si è visto, vede con favore il coinvolgimento di soggetti privati nella gestione di servizi pubblici, potendo essi apportare alla pubblica amministrazione *know how* e una gestione più manageriale, pur nutrendo alcuni timori, su cui si è soffermata particolarmente anche la giurisprudenza nazionale, che il ricorso alla società “mista” possa favorire degli abusi, venendo a costituire un espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva. In tale ottica, dunque, l'Adunanza plenaria, da un lato, conferma che il modello di selezione del socio privato elaborato con il parere n. 456/2007 della sezione seconda del Consiglio di Stato, in precedenza analizzato, rappresenta una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione delle società miste e all'affidamento del servizio alle stesse, in quanto espressione del tentativo di contemperare le esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato con quelle relative alla tutela della concorrenza, mentre dall'altro lato, continua a far affiorare la necessità di inserire comunque nel quadro organizzativo delle compagnie in esame «specifiche clausole statutarie o regole di funzionamento» che, sia pure in termini diversi e non coincidenti con le regole dettate in tema di *in house providing*, segnatamente in tema di controllo “analogo”, garantiscano, in ogni caso, «una qualche forma di intenso e dominante controllo dell'amministrazione sulla struttura societaria».

3. *L'intenso e dominante controllo “societario” dell'amministrazione pubblica sulla compagine a capitale misto.*

Traendo spunto dallo sforzo in atto, di cui si è appena dato conto, nel senso di mediare tra diverse istanze le quali, anche in sede comunitaria, non sembrano avere ancora raggiunto un definitivo punto di equilibrio tra opportunità, o addirittura necessità, di favorire il coinvolgimento di soggetti privati nella gestione di servizi

pubblici, da un lato, e garanzia di rispetto dei principi fondamentali del Trattato in tema di tutela della concorrenza, trasparenza e non discriminazione, dall'altro lato, si tratta, a questo punto delle riflessioni che si stanno conducendo, di prendere le mosse dalla distinzione, sancita dalla giurisprudenza nazionale, del fenomeno delle società "miste" rispetto all'istituto dell'*in house providing*, e dunque dei relativi requisiti, per condurre il tentativo, invero ambizioso, di fissare, o perlomeno inquadrare, i termini di quell'«intenso e dominante controllo dell'amministrazione sulla struttura societaria» che, insieme alla celebrazione di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio secondo le modalità in precedenza indicate, paiono continuare a legittimare, alla luce della giurisprudenza nazionale ma anche delle più recenti considerazioni della Commissione europea, l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società a capitale misto pubblico-privato²⁷⁹.

Da questo punto di vista, sgombrato il campo dall'equivoco circa la pedissequa applicabilità alle società "miste" delle regole dettate in tema di controllo "analogo", valide per il diverso fenomeno di strutture *in house* interamente partecipate da enti locali, pare che un adeguata forma di ingerenza sulla gestione delle compagini a capitale misto possa essere costruita, perlomeno in una certa misura, sulle basi offerte dal riformato diritto societario. Si tratterebbe, in tale ottica, di valorizzare il ruolo svolto dalle amministrazioni pubbliche partecipanti al capitale di una società "mista" in termini, non di committente o di affidante il servizio, ma di socio, sfruttando quei meccanismi che sono stati introdotti recentemente in sede civilistica, senza alcuna necessità, a questo punto, di "sconfinare" in forme di controllo ed ingerenza di matrice marcatamente pubblicistica, e ciò in quanto le istanze riconducibili alla dimensione pubblicistica, appunto, sarebbero già in un certo senso soddisfatte, anche se non completamente, "a monte" tramite la celebrazione di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio. In altri termini, il fatto di avere selezionato il privato nel rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione, potrebbero generare l'effetto di "attenuare" le esigenze di controllo sulla società, in quanto non si tratterebbe più di

²⁷⁹ Diversamente, anche dopo la presa di posizione dell'Adunanza Plenaria, si è ribadita l'illegittimità di ogni procedura di affidamento diretto della gestione di servizi pubblici a società miste in quanto anche lo "stratagemma" dell'espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio «non può che qualificarsi come illegittimo perché contrario al diritto comunitario»: in tal senso cfr. R. VAIRA, *La gestione dei servizi pubblici tra "in house providing" e affidamenti diretti a società miste: ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità*, in www.giustamm.it.

dimostrare l'esistenza di un rapporto di delega interorganica o, in altri termini, l'assenza di terzietà tra amministrazione affidante e soggetto affidatario sulla base di un controllo della prima sul secondo "analogo" a quello esercitato dalla stessa sui propri servizi, bensì di fare in modo che la *governance* societaria sia improntata ad escludere qualsiasi rischio di deviazione dal perseguimento dell'interesse pubblico generato dall'interferenza derivante da interessi propri del socio privato.

Nella prospettiva ora assunta, il primo dato che si pone con evidenza consiste nel fatto che i riferimenti codicistici in tema di società pubbliche sono alquanto scarni, riducendosi nel disposto di cui all'art. 2449 c.c., il quale, facendo comunque salve le disposizioni previste da leggi speciali, sancisce, in deroga al principio di eguaglianza di trattamento dei soci, la possibilità statutaria di conferire, allo Stato o agli enti pubblici che detengano partecipazioni in una società per azioni, la facoltà di nominare e revocare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza²⁸⁰, i quali hanno gli stessi diritti ed obblighi dei membri nominati dall'assemblea, nonché nel disposto di cui al successivo art. 2451 c.c., il quale dà atto, senza ulteriori specificazioni, a proposito della categoria delle "società di interesse nazionale", della loro sottoposizione alle regole codicistiche dettate in tema di società per azioni solo «compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti».

Ciò considerato, l'attenzione dell'interprete va focalizzata sul contesto generale del diritto societario, come risultante dalla recente riforma, entro cui si colloca, inevitabilmente, il fenomeno delle società a capitale misto pubblico-privato costituite per la gestione di servizi pubblici, rispetto alle quali si tratta di verificare le modalità attraverso cui, all'interno della dimensione societaria, sia possibile assegnare agli azionisti pubblici particolari poteri di controllo sulla società in grado di legittimare, assieme alla selezione del socio con procedure ad evidenza pubblica, un affidamento diretto nei confronti della medesima.

Da quest'ultimo punto di vista, occorre rilevare come la riforma del diritto societario, attuata, come noto, con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, si caratterizzi essenzialmente per una accentuata valorizzazione dell'autonomia privata delle parti,

²⁸⁰ Sul tema, in epoca *ante* riforma, cfr. V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci dello Stato e degli enti pubblici*, in *Soc.*, 2001, 773 ss.; V. DONATIVI, *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica "diretta" alle cariche sociali (artt. 2458-2459 c.c.)*, in *Riv. soc.*, 1998, 1300 ss.

a discapito della imperatività della norme regolatrici della società, perlomeno di quella c.d. chiusa, con conseguente riduzione, sotto il profilo sia funzionale che organizzativo, del tasso di tipicità, e dunque di conformazione al tipo, rendendo in tal modo prospettabile, attraverso disposizioni che offrono alle parti la possibilità di conformare lo schema societario in ragione di particolari esigenze, quali quelle che vengono in considerazione con riferimento alle società pubbliche a capitale misto, un “avvicinamento” del relativo modello, frutto, come si è visto, perlopiù di elaborazioni giurisprudenziali comunitarie e nazionali ancora provvisorie, al dato codicistico.

In altre parole, la possibilità di instaurare una *partnership* tra pubblica amministrazione e soggetti privati sembra maggiormente favorita che in passato, atteso che il diritto societario pare consentire, a tutt’oggi, la creazione di un sistema di *governance* in grado di porre il socio pubblico in una posizione privilegiata, dal punto di vista dell’amministrazione societaria, rispetto a quello privato, indipendentemente dalla quota di capitale posseduta, in modo da confinare quest’ultimo in un ruolo puramente operativo volto al conferimento del *know how* necessario di cui spesso la pubblica amministrazione non dispone, senza attribuire al medesimo la possibilità di influire più di tanto sul processo decisionale societario, eliminando, o tendendo ad eliminare, di conseguenza, il rischio di deviazioni dal rigido perseguimento dell’interesse pubblico a favore di istanze privatistiche di matrice lucrativa.

In particolare, la possibilità di prevedere un controllo “societario” adeguato a giustificare un affidamento diretto di servizi pubblici appare più facilmente praticabile nei confronti della struttura propria della s.r.l., la quale è uscita dalla riforma con un grado di “plasmabilità” rispetto alle esigenze peculiari delle società miste decisamente maggiore rispetto alla s.p.a., consentendo al socio pubblico, o ai soci pubblici, di vedersi attribuite dallo statuto rilevanti attribuzioni di carattere gestorio²⁸¹.

In tale prospettiva, si consideri, ad esempio, la facoltà, sancita dall’art. 2468, comma 3, c.c., di attribuire a singoli soci «particolari diritti riguardanti l’amministrazione della società o la distribuzione agli utili», la quale consente di investire il socio pubblico della prerogativa, tra le altre, di impartire direttive anche

²⁸¹ Sulla particolare “appetibilità” della s.r.l. per iniziative economiche a capitale misto pubblico-privato cfr. C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 19.

vincolanti nei confronti degli amministratori, nonché quello di decidere determinate operazioni e persino l'attribuzione di poteri gestorii a carattere generale e, al contempo, di riconoscere al socio "operativo" una maggiore partecipazione agli utili rispetto alla quota posseduta, in modo da incentivare la collaborazione con la pubblica amministrazione e di "compensare" in qualche modo l'estromissione dalla gestione sociale. Ancora, sempre nel senso di assicurare ai soci, segnatamente a quelli pubblici, una possibilità reale di ingerenza nelle scelte societarie, si faccia riferimento al disposto di cui all'art. 2479 c.c., che consente ai soci di avocare decisioni gestorie, di avviare il procedimento per l'assunzione di decisioni in forma collegiale oppure, su richiesta di coloro che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale, di subordinare la decisione su di un particolare argomento all'approvazione assembleare. Di notevole interesse, ai fini che qui rilevano, è poi la disposizione di cui all'art. 2473 *bis* c.c., la quale abilita l'atto costitutivo a prevedere specifiche ipotesi di esclusione del socio per giusta causa, le quali potrebbero "scattare" nel momento in cui il socio privato osti alla realizzazione dell'interesse pubblico cui è preordinata la società "mista" oppure alla scadenza del periodo di *partnership* fissato, necessariamente, nel bando per la scelta del socio privato.

Minori certezze, circa l'idoneità di un controllo meramente "societario" a tutelare il corretto perseguimento dell'interesse pubblico a fronte di una partecipazione privata, sussistono, invece, nel caso di compagini societarie costituite in forma di s.p.a., in quanto la relativa conformazione codicistica, pur risultata molto più flessibile all'esito della riforma, mantiene comunque, come si diceva, una maggiore rigidità rispetto alla s.r.l., conseguenza naturale dei diversi interessi che i due tipi societari sono chiamati a realizzare, tanto da rendere più problematico il conseguimento di un assetto sociale in grado di soddisfare l'esigenza di porre il socio pubblico in una posizione di assoluta preminenza.

In tal senso, uno dei nodi maggiormente complicati da sciogliere riguarda la configurabilità, da un punto di vista codicistico, di una s.p.a. eterodiretta, soprattutto in considerazione del fatto che la riforma del diritto societario, tramite il disposto di cui all'art. 2380-*bis*, affida in esclusiva agli amministratori la gestione dell'impresa, con la conseguenza che l'attribuzione di ingerenze, anche penetranti, al socio pubblico di una s.p.a. rischia di causare una reazione di "rigetto" rispetto all'architettura societaria delineata in ambito privatistico.

La questione che si prospetta all'interprete da quest'ultimo punto di vista si presenta annosa, soprattutto se si considera che la Corte di giustizia, sia pure con riferimento al diverso fenomeno dell'*in house providing*, ha, come si è rilevato in precedenza, statuito letteralmente che il consiglio di amministrazione di una società affidataria diretta di servizi pubblici locali, al contrario di quanto disposto dall'art. 2380-bis c.c., non deve essere dotato di piene ed autonome facoltà decisionali, dei quali, viceversa, deve essere "spogliato" a favore dell'amministrazione affidante²⁸², mentre, analogamente, la giurisprudenza amministrativa nazionale ha più volte confermato che «il consiglio di amministrazione di una s.p.a. *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali»²⁸³.

Senza incorrere nell'equivoco, poc'anzi svelato, di confondere il piano dell'affidamento *in house* rispetto a quello del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, risulta comunque difficile non ammettere che il controllo "intenso e dominante" richiesto in quest'ultima ipotesi si rivolga al controllo "analogo" come punto di riferimento dal quale mutuare i concetti fondamentali, la cui essenza viene conservata anche se poi, rispetto alle società miste, essa viene tradotta in termini meno stringenti rispetto a ciò che dovrebbe avvenire per le compagini *in house*. Ciò non toglie, quindi, che l'attribuzione di rilevanti poteri al socio pubblico a discapito dell'autonomia decisionale degli amministratori appaia, sia pure con differente intensità, una necessità comune sia in tema di controllo "analogo" che in ordine al controllo "intenso e dominante"²⁸⁴: una soluzione della questione potrebbe rinvenirsi accordando prevalenza alle esigenze pubblicistiche connaturate alla specialità e all'origine comunitaria di taluni tratti della disciplina delle società affidatarie dirette di servizi pubblici, con conseguente disapplicazione

²⁸² Corte di giustizia CE, sez. V, 13 ottobre 2005, in C-458/03, *Parking Brixen*, cit.

²⁸³ Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, cit.; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, cit.

²⁸⁴ Sul punto si v. T.A.R. Lombardia Milano, 19 dicembre 2008, n. 5778, in www.giustizia-amministrativa.it, che, pur non contribuendo a chiarire la differenza tra affidamento *in house* e partenariato pubblico-privato, subordina la legittimità di un affidamento diretto da parte di un ente locale di un servizio pubblico ad una società mista alla presenza di clausole, contenute nello statuto societario e nel contratto di servizio, attributive all'ente locale affidante le seguenti prerogative, che l'ente stesso può esercitare, ai fini del controllo sul servizio, indipendentemente dalla quota di capitale posseduta: a) potere dell'ente di effettuare nei confronti dell'organo amministrativo proposte di iniziative attuative del contratto di servizio; b) diritto di veto sulle deliberazioni assunte in modo difforme dal contenuto delle pretese; c) diritto di recesso dalla società, con revoca dell'affidamento del servizio, qualora il Comune abbia diritto di far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio, nonché nel caso di violazione delle competenze assembleari, quando cioè l'organo amministrativo assuma iniziative rientranti nelle competenze dell'assemblea senza l'autorizzazione di questa; d) riserva all'assemblea ordinaria del potere di trattare argomenti inerenti a pretese o diritti delle società sugli enti locali nascenti dal contratto di servizio; e) diritto di veto di ogni ente locale interessato sulle relative determinazioni.

delle norme nazionali di carattere generale (segnatamente quella di cui all'art. 2380-*bis* c.c.) , destinate, comunque, a riespandersi non appena ciò risulti possibile, ossia non appena le esigenze di rispetto della normativa comunitaria e di specialità vengano a cessare.

Peraltro, considerazioni di carattere maggiormente possibilista rispetto alle determinazioni intransigenti della Corte di giustizia in merito al fenomeno delle società a capitale misto pubblico-privato quali soggetti gestori di servizi pubblici, giungono addirittura dal livello più propriamente normativo dell'ordinamento comunitario: si allude al già citato Regolamento CE del 23 ottobre 2007 in tema di trasporto di passeggeri su strada e ferrovia, il quale, all'art. 5, par. 2, lett. a), ammette che, conformemente al diritto comunitario, adombrando così una sorta di interpretazione autentica dei principi comunitari²⁸⁵, la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare nel caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo legittimante un affidamento diretto, a condizione che vi sia comunque un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri.

²⁸⁵ In tal senso F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, cit., 592.

CAPITOLO IV

LE SOCIETÀ *IN HOUSE* DEGLI ENTI LOCALI: PROFILI DI SPECIALITÀ RISPETTO ALLA DISCIPLINA COMUNE

SOMMARIO: 1. Premessa: scopo della ricerca e delimitazione del campo d'indagine. – 2. L'impresa pubblica tra legalità, singolarità e qualificazione societaria eteronoma. – 2.1. La visuale privatistica. – 2.2. La prospettiva pubblicistica. – 3. Le compagini *in house* quali società di diritto speciale. – 3.1. La eterodirezione e l'irrelevanza dell'entità della partecipazione sociale. I comitati extra-societari. – 3.2. L'obbligo di evidenza pubblica. – 3.3. La soggezione degli amministratori di società pubbliche alla giurisdizione della Corte dei conti. – 3.3.1. L'azione di responsabilità erariale e le azioni sociali di responsabilità: ennesimo terreno di confronto tra disciplina pubblicistica e privatistica nell'ambito

societario pubblico. – 3.4. Il diritto di accesso nei confronti degli atti del gestore di un pubblico servizio.

1. *Premessa: scopo della ricerca e delimitazione del campo d'indagine.*

Giunti a questo punto della trattazione, una volta evidenziati i contorni del concetto di controllo “analogo”, quale criterio che, più di tutti, connota la possibilità di addivenire ad un affidamento diretto di servizi pubblici locali, resta da indagare la peculiare struttura che caratterizza il veicolo giuridico attraverso il quale gli enti locali sono abilitati ad effettuare tale operazione, ossia la «società a capitale interamente pubblico» di cui all’art. 113, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 267/2000, la cui disciplina si atteggia in maniera peculiare traendo la propria “specialità” da una duplice fonte, legale e pretoria al tempo stesso, la quale consiste, da un lato, nelle statuizioni della Corte di giustizia sul tema, in precedenza analizzate, che, facendo parte integrante del diritto comunitario, in base al noto principio, trovano ingresso nel nostro ordinamento in via diretta e prevalente sul diritto nazionale, dall’altro, nelle pronunzie degli organi giurisdizionali amministrativi interni che, sulla scorta delle indicazioni comunitarie, hanno alimentato, come visto fin qui, un florido filone interpretativo che ha arricchito e specificato, magari non sempre in maniera coerente, la produzione giurisprudenziale sovranazionale.

In tale contesto, il modello di società partecipata interamente da enti locali per la gestione dei servizi pubblici pare essersi “ritagliato” uno spazio autonomo e a sé stante nel complesso e diffusamente studiato panorama delle “imprese pubbliche”, il cui concetto si è già cercato, per quanto possibile in questa sede, di definire rispetto a quello di organismo di diritto pubblico, avendo assunto delle connotazioni pervase da elementi di specialità, derivanti sia dal particolare processo di origine della relativa disciplina, di matrice appunto legale-pretoria, sia dal contenuto della medesima, la quale appare frutto di un fenomeno di stratificazione di regole che, nella preoccupazione di porre un freno alla prassi invalsa di ricorrere all’affidamento diretto di servizi pubblici locali, ha trascurato un approccio multidisciplinare, che invece sarebbe stato auspicabile onde evitare di generare confusione, contraddizioni e “tensioni” all’interno del medesimo ordinamento giuridico. Da quest’ultimo punto di vista, in particolare, come si è potuto già segnalare in precedenza, l’operazione di definizione, perlopiù in via pretoria interna, dei dettami di origine legale-comunitaria, ha finito per “dipingere” un

quadro dell'assetto organizzativo e gestionale della società *in house* degli enti locali che non ha compiutamente e consapevolmente tenuto conto dell'endiadi "società pubblica", la quale, ormai lungi dal poter essere considerata un ossimoro, tuttavia continua inevitabilmente ad evocare una certa "tensione" tra istanze pubblicistiche e modello civilistico.

Come è noto, proprio la collocazione del fenomeno in parola tra funzione pubblica e *modus operandi* d'impostazione privatistica è stato oggetto di numerosi e approfonditi studi, di cui non si tarderà a dare brevemente conto alla ricerca di qualche spunto utile ai fini che qui rilevano, i quali hanno cercato di fornire una composizione dogmatica, foriera, ovviamente, di rilevanti conseguenze pratiche, del concetto in esame; in particolare, tale operazione di "ricostruzione" si è concentrata, in origine, sulle primigenie forme societarie pubbliche, quali l'impresa-organo, sotto forma di azienda o amministrazione autonoma dello Stato, e l'impresa-ente pubblico economico, quale strumento di partecipazione statale all'attività imprenditoriale, sia in forma operativa diretta, che in forma gestionale, attraverso un ente pubblico la cui attività esclusiva o prevalente consiste nella partecipazione azionaria in società operanti in determinati settori produttivi, per poi dirigere, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, i propri sforzi interpretativi sul fenomeno di "slittamento" dell'impresa pubblica verso il modello della società per azioni²⁸⁶. Sennonché, tale evoluzione dell'oggetto di studio pare non essere ancora giunta ad una pacifica sistemazione delle "spinte" contrapposte originate da due sfere dell'ordinamento, quella pubblicistica e quella privatistica, non abituate a reggere processi osmotici tra le relative discipline; ebbene, ciò appare particolarmente evidente proprio nel settore oggetto della presente analisi, ossia quello delle società *in house* degli enti locali, la cui costruzione, avvenuta nella maniera peculiare più volte accennata, si è caratterizzata per un netto sbilanciamento a favore delle istanze di matrice pubblicistica, onde fornire coordinate sempre più stringenti in ordine alla sussistenza del requisito del controllo "analogo", con frustrazione delle (parimenti legittime) necessità di inserimento del quadro organizzativo e gestionale delle compagini in esame nell'alveo del modello, di derivazione codicistica, proprio della società di capitali, in particolare della società per azioni.

²⁸⁶ Sul punto C. LACAVA, *op. cit.*, 3903-3904. Per un *excursus* storico sul processo di evoluzione delle imprese pubbliche, cfr., tra gli altri, G. DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica (ad vocem)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., XIV, Torino, 1997, 158 ss.

Dovrebbe apparire a questo punto chiara quella che pare essere la nuova “frontiera” dell’intero fenomeno di affidamento di servizi pubblici locali a compagini costituite in forma societaria: si allude alla collocazione sistematica di tale fattispecie, alla ricerca, certo non agevole, dei termini di compatibilità tra l’istituto del c.d. “*in house providing*” e la disciplina legale del modello organizzativo espressamente contemplato dal legislatore a tale scopo, ovvero quello della società di capitali, con particolare riferimento ai tratti di specialità che, indubbiamente, sono giunti a caratterizzare le società pubbliche affidatarie dirette di servizi pubblici locali, le quali, fino a prova contraria, continuano a riflettere una fattispecie espressamente contemplata dalla legge nazionale e dall’ordinamento comunitario, a cui, conseguentemente, andrebbe garantito un minimo margine di concreta applicabilità, sia pure in via limitata e residuale; ciò almeno fintanto che il legislatore, e non il giudice, non ritenga di espungere formalmente dall’ordinamento la relativa previsione la quale, fino a quel momento, continuerà a costituire valido fondamento del diritto di cittadinanza della fattispecie in esame nell’ambito dell’ordinamento giuridico.

2. *L’impresa pubblica tra legalità, singolarità e qualificazione societaria eteronoma.*

Come preannunciato, appare utile intraprendere il difficile percorso ricostruttivo-argomentativo proposto traendo le mosse dall’analisi del concetto di impresa pubblica, senza pretesa, per ovvie ragioni di sede, di fornire un quadro esauriente ed approfondito relativamente ad un tema così complesso ed articolato, bensì cercando di cogliere, per quanto rileva ai fini assunti dalla presente trattazione, nelle varie teorie che si sono segnalate in tempi recenti in proposito, alcuni elementi utili a saggiare il grado di “permeabilità” dello statuto legale della società per azioni in mano pubblica rispetto a peculiari esigenze di matrice pubblicistica. A questo scopo, verrà considerata la nozione di impresa pubblica nella sua accezione più generale, riferita, perlopiù, come già rilevato, alle c.d. società di diritto singolare, o di diretta derivazione legale, che si caratterizzano per essere destinatarie di una specifica regolamentazione legislativa *ad personam* che attribuisce loro, in via eteronoma, oltre la qualifica di società per azioni, anche uno statuto legale singolare, i cui dettami finiscono per porsi in relazione con la disciplina di diritto comune secondo un complesso rapporto su cui si è concentrata

l'attenzione degli interpreti; così, una volta assunto tale angolo visuale, prestando attenzione ai principi generali sottesi a tale fattispecie, si cercherà di rinvenire e, nel caso, di estrapolare, alcune coordinate di riferimento in grado di orientare la ricerca dell'interprete anche nell'ambito che qui interessa indagare, quello delle società *in house* degli enti locali costituite ai sensi dell'art. 113 TUEL, la quali, dal punto di vista ora in esame, paiono situarsi alla fine di un sentiero meno "battuto" ed ancora, perlomeno in parte, inesplorato in merito al rapporto tra disciplina, non più singolare, ma riferita all'intera categoria, e non più di origine solo legale ma anche, anzi soprattutto, di elaborazione in via pretoria, e modello codicistico di diritto comune.

2.1. *La visuale privatistica.*

La dottrina di ispirazione privatistica recente si caratterizza fundamentalmente per una netta presa di posizione in ordine alla natura giuridica delle società pubbliche di diritto singolare, le quali vengono ricondotte ad un ambito meramente privato, anche se indubbiamente speciale, senza alcuna tentazione di giungere ad una qualificazione delle medesime in termini pubblicistici. In altri termini, verso la fine del secolo scorso, dalla visuale ora in considerazione, pare essersi consolidata, in maniera quasi "granitica", la convinzione che il problema della individuazione della disciplina giuridica direttamente applicabile alle società pubbliche, aspetto cui è circoscritta l'indagine in corso, non potrebbe coinvolgere in alcun modo il c.d. statuto legale dell'ente pubblico, essendo esclusa ogni possibilità di interferenza di quest'ultimo nei confronti delle compagini sotto osservazione.

In sostanza, dunque, la dottrina privatistica risulta avere concentrato i propri sforzi nel condurre un giudizio di coerenza e compatibilità tra lo statuto singolare della società pubblica ed il modello generale ed astratto della società per azioni di derivazione codicistica, allo scopo di valutare le conseguenze che le norme singolari producono in ordine alla individuazione della disciplina concretamente applicabile a tali compagini²⁸⁷. In particolare, nel compiere tale operazione, queste ultime sono poste al riparo, perlomeno nelle intenzioni degli interpreti, da

²⁸⁷ Da questo punto di vista, cfr., tra gli altri, R. COSTI, *Privatizzazione e diritto della società per azioni*, in *Giur. comm.*, I, 1995, 77 ss.; B. LIBONATI, *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, *ivi*, 20 ss.; G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1994, 740 ss.; B. VISENTINI, *Ancora sui limiti della disciplina privatistica della società per azioni*, *ivi*, 729 ss.; G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, *ivi*, 385 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, *ivi*, 1992, 126 ss.; P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, 989 ss.

qualsivoglia qualificazione in termini pubblicistici, con la conseguenza che il fenomeno in esame viene considerato nel prisma di due soli complessi normativi, ovvero nella prospettiva dei rapporti tra diritto legale singolare e diritto societario comune, pur nella consapevolezza della sussistenza di alcune peculiarità, quali, ad esempio, la genesi non contrattuale, l'assenza dello scopo di lucro, la mancanza della pluralità iniziale dei soci, che rendono le società pubbliche tutt'altro che perfettamente coincidenti con il modello di diritto comune, al quale, pertanto, non possono essere ragionevolmente assimilate *tout court*²⁸⁸.

In tale contesto, sono state espresse diverse posizioni in ordine alla disciplina applicabile alle società pubbliche, osservando, da un lato, che il rinvio operato da legislatore attraverso il riferimento alla "società per azioni" potrebbe smarrire la propria valenza precettiva in concomitanza con il ricorre di alcune disposizioni singolari che pongano delle deroghe alle disposizioni generali ed astratte dettate nell'alveo del modello codicistico di tali compagini societarie, dall'altro lato, che, viceversa, il diritto societario comune dovrebbe comunque ricevere applicazione diretta, in forza della spendita del nome societario da parte del legislatore, pur in presenza, e nel rispetto, di disposizioni specifiche derogatorie.

Dal primo punto di vista²⁸⁹, si è posta la distinzione tra società "speciali", ossia quelle che presentano tutti i requisiti indicati nel modello comune più alcuni specifici, e società "anomale", costituite dalle fattispecie in cui manca un elemento dello schema generale, quale, ad esempio, lo scopo di lucro o il requisito strutturale della pluralità delle parti. In tale prospettiva, per quanto riguarda l'aspetto della disciplina applicabile, che qui interessa indagare, mentre alle società speciali si applica la normativa codicistica generale, salve le disposizioni derivanti dalla normativa speciale, per le società anomale la soluzione sarebbe meno lineare, poiché occorrerebbe verificare se la diversità rispetto alla fattispecie generale non debba comportare la disapplicazione della relativa disciplina anche per aspetti che non sono oggetto di disposizioni derogatorie particolari, e ciò in base al principio per cui la mancanza di una norma specifica non conduce di per sé all'applicazione della disciplina generale, dal momento che la fattispecie della società anomala non

²⁸⁸ P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, 314-315. Sul carattere comunque speciale delle società pubbliche cfr. P. DE CARLI, *Privatizzazioni e pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1996, 345 ss.

²⁸⁹ G. MARASÀ, *Società speciali e società anonime (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1993, Roma.

si presenta semplicemente come più ricca di quella generale, bensì come diversa da quest'ultima.

In definitiva, l'elemento centrale della ricostruzione ora in esame risulta evidentemente essere costituito dall'individuazione degli elementi essenziali del modello generale ed astratto della società per azioni in relazione alle disposizioni singolari che derogano al diritto societario comune, onde pervenire ad un giudizio, preliminare, circa l'applicabilità della disciplina generale, la quale potrebbe essere affermata a patto che le deroghe poste dal legislatore singolare non siano suscettibili di alterare gli elementi essenziali del modello della società per azioni prefigurata in via generale ed astratta in sede codicistica, nonché, in secondo luogo, circa l'individuazione delle singole norme di diritto comune concretamente applicabili, in quanto non derogate dalla disciplina singolare²⁹⁰.

La seconda prospettiva, tra quelle poc' anzi segnalate, assume come premessa metodologica, sulla scia dell'impostazione generale di stampo privatistico, l'impossibilità di desumere dall'esistenza di talune deviazioni dallo schema codicistico alcuna valenza qualificatoria, coerentemente con la tendenziale affermazione della teoria nominalistica, secondo la quale può qualificarsi pubblico soltanto l'ente espressamente qualificato come tale dalla legge²⁹¹, a scapito della teoria c.d. "sintomatica", la quale sostiene la possibilità di desumere la pubblicità di un ente dalla sussistenza di alcuni indici rivelatori²⁹²: ne deriva una qualificazione in termini strettamente privatistici delle società legali, in quanto esse, pur presentando alcuni "sintomi di pubblicità", non sono espressamente ricondotte dal legislatore alla categoria degli enti pubblici²⁹³.

²⁹⁰ P. PIZZA, *op. cit.*, 319.

²⁹¹ In tema si v. V. CERULLI IRELLI, *Problemi dell'individuazione delle persone giuridiche pubbliche (dopo la legge sul parastato)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 641 ss.; M.S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in AA.VV., *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, 1974, 23 ss. In giurisprudenza, nel senso che l'impiego da parte del legislatore del nome "società per azioni" vale di per sé a conferire natura privata alla compagine in tal modo qualificata, cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. II, 5 febbraio 2004, n. 8694, in *Riv. pen.*, 2004, 704; Cass. pen., sez. II, 11 febbraio 2003, n. 8797, *ivi*, 2003, 383; Cass. civ., sez. un., 26 novembre 1996, n. 10490, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 569. Tuttavia non si può nascondere come la stessa giurisprudenza civilistica sia giunta ad ammettere che la qualificazione di un ente come società di capitali non è di per sé sufficiente ad escludere la natura di istituzione pubblica dell'ente stesso, dovendosi procedere ad una valutazione caso per caso: in tal senso cfr. Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1780; Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Giur. it.*, 2004, 1946 ss.

²⁹² Da questo punto di vista cfr. F. GALGANO, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contratto e impresa*, 1985, I, 364 ss.; ID., «Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 279 ss.

²⁹³ C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, t. 8, Torino, 1992, 678, nonché 691, ove si legge che la natura pubblica

Da tale punto di vista, contrariamente all'idea secondo cui la carenza di un elemento essenziale della fattispecie comune comporterebbe la non applicabilità dell'intera disciplina generale (in ipotesi) vanamente richiamata dal *nomen* societario, si è affermata la posizione, destinata poi ad attestarsi come assolutamente prevalente in ambito privatistico, per la quale il diritto societario comune deve intendersi comunque applicabile alle società di diritto singolare, anche in difetto di elementi essenziali del modello generale²⁹⁴, ferma restando, beninteso, la necessità che il medesimo si “ritragga” di fronte a deroghe poste dalla disciplina particolare²⁹⁵. In altri termini, le difformità tipologiche emergenti fra società per azioni di fonte legale e quelle di fonte contrattuale non varrebbero a superare la “presunzione di societarietà”, né a precludere, per tale via, la possibilità di applicare alle prime, sia pure in via residuale, la disciplina dettata per le seconde, stante il fatto che la medesima è richiamata in modo abbreviato dalla spendita legislativa del nome “società per azioni”, con ciò legittimando il fatto che le società legali siano regolate utilizzando, nei variabili limiti desumibili dalle loro leggi istitutive, la

delle società esaminate «non può essere dedotta dalla eventuale mancanza di uno (o più) dei tratti essenziali della società per azioni, quasi che la qualifica di ente pubblico fosse una qualifica residuale», dato che ciò equivarrebbe ad ammettere, inaccettabilmente, «che la difformità tipologica dalla società per azioni trasformi in pubblico ciò che pubblico non è». Per la precisione, il citato A., assume come orizzonte del suo studio, gli statuti singolari, ossia quelli di società regolate da norme “del caso singolo” o “a fattispecie esclusiva” «nella considerazione che l'intervento *ad hoc* su un singolo ente societario appare potenzialmente molto più limitativo dell'autonomia negoziale dei soci e dell'autonomia statutaria della società – e molto più “pericoloso” nei confronti della società per azioni come istituto – di quanto non lo siano, almeno in linea di principio, gli interventi riguardanti intere categorie di società», più propriamente definibili come società di diritto speciale, in quanto tali dotate di statuti speciali configurabili come atti “di categoria”. Sul punto cfr. C. IBBA, *Gli statuti singolari*, cit., 527, nt. 10. Più in generale, sul tema, cfr. anche ID., *Società legali e società legificate (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993; ID., *Le società «legali»*, Torino, 1992.

²⁹⁴ M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, t. 8, Torino, 1992, 99 ss., nell'interrogarsi sul rapporto tra interesse pubblico e diritto societario comune, rileva che, se, da un lato, le teorie di matrice più rigidamente contrattualistica non ammettono l'obliterazione della causa societaria lucrativa tipica a favore del perseguimento dell'interesse pubblico, relegato, al più, nei limiti in cui la realizzazione di uno scopo extrasociale è tollerato dal diritto comune, dall'altro lato, un approccio in senso maggiormente istituzionalistico consente di sottolineare la tendenza della moderna società per azioni ad una più vasta disponibilità verso il perseguimento, anche concorrente, di una pluralità di scopi, con conseguente possibile divaricazione tra interesse legittimamente perseguibile nel dinamico svolgimento del rapporto sociale e la funzione societaria tipica.

²⁹⁵ In tal senso, da ultimo, cfr. C. IBBA, *Le società “legali” per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento delle infrastrutture: Patrimonio dello Stato e Infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2005, 447 ss., ove si legge che la disciplina del codice civile sulle società per azioni può essere applicata alle società legali, salvi gli aspetti regolati dalla legge e influenzati dall'origine vincolata della società; ID., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Privatizzazioni e Regioni*, a cura di V. Buonocore, C. Racugno, Milano, 2003, 57, in cui si afferma che la spendita del nome societario assolve la funzione di individuare la disciplina residualmente applicabile all'ente considerato, nel senso che per ogni aspetto non diversamente regolato troverà applicazione la disciplina propria del modello richiamato.

disciplina propria della fattispecie astratta suddetta, a prescindere dalla loro conformità o meno al modello codicistico²⁹⁶.

In sostanza, per quello che preme qui rilevare, alla ricerca, come annunciato agli esordi, di spunti utili mutuabili allo scopo di illuminare la penombra in cui ancora versa la qualificazione dogmatica delle società degli enti locali affidatarie dirette di servizi pubblici, con particolare riferimento ai riflessi in tema di disciplina applicabile, non esiste, a detta della stessa dottrina privatistica, un unico modello di società per azioni identificato in quello incardinato nel codice civile, stante la sussistenza di altre figure egualmente definibili come tali, sia pure di diritto speciale, che se ne discostano per ciò che attiene il momento genetico, funzionale od organizzativo senza che ciò impedisca, come già accennato, da un lato, la contrazione del diritto societario comune in concomitanza con disposizioni di rango “speciale”, dall’altro, la riespansione del medesimo per gli ambiti lasciati liberi, con buona pace della persistente qualificabilità della compagine come società per azioni, in un quadro di indipendenza concettuale, che non significa totale estraneità tra la nozione di società come fatto giuridico, come funzione e come organizzazione: in tale ottica, una diversa qualificazione avrebbe il significato di un’operazione meramente nominalistica sorretta unicamente dal desiderio di salvare la “purezza” e l’unicità del modello societario codicistico²⁹⁷.

Sulla base di tali assunti, viene dunque riconosciuto, nella ricostruzione in esame, il diritto di cittadinanza nell’ordinamento giuridico a strutture di tipo societario che però sfuggono all’integrale applicazione del diritto civile comune, osservando un proprio regime nel quale la relazione tra autonomia negoziale e legge può essere, nella fase genetica come in quella attuativa del rapporto, più o meno sensibilmente sbilanciato a favore della seconda, ferma restando, ovviamente, la necessità di non mortificare troppo la funzionalità dello strumento privato adattato per perseguire l’interesse pubblico, nell’ambito del quale, d’altro canto, rientra anche l’esigenza di rendere facilmente identificabile, tramite la spendita del relativo nome, il tipo societario utilizzato o con cui si viene in contatto, con conseguente opportunità di limitare le operazioni di creazione di società di diritto singolare o speciale²⁹⁸.

²⁹⁶ C. IBBA, *Gli statuti singolari*, cit., 674.

²⁹⁷ C. IBBA, *op. ult. cit.*, 695- 696.

²⁹⁸ C. IBBA, *op. ult. cit.*, 697.

In definitiva, la teoria appena illustrata sinteticamente, considera la deviazioni singolari rispetto alla disciplina delle società contenute nel codice civile, non tanto per la loro potenziale rilevanza ai fini della determinazione della natura dell'ente regolato, quanto piuttosto per il fatto che esse appaiono in grado di costituire un limite, più o meno accentuato, ma mai totale, all'applicazione del diritto societario comune²⁹⁹ nei confronti di compagini che presentano talvolta alterazioni del codice organizzativo anche significative nonché un regime improntato ad una anche marcata eteronomia, con riferimento, ad esempio, alla limitata modificabilità dello statuto o a particolari vincoli posti all'autonomia gestionale degli amministratori³⁰⁰.

Nell'alveo dell'orientamento appena riferito, si è anche affermato, coerentemente, che la eventuale carenza di elementi della fattispecie societaria generale appare precipuamente riconducibile al momento causale, non ripercuotendosi sull'organizzazione e funzionamento di una siffatta società che, di conseguenza, appare regolabile dalle relative disposizioni di diritto comune, sia pure in via residuale e solo previa verifica di compatibilità con la disciplina specifica³⁰¹. Ciò varrebbe quand'anche la società di diritto singolare si riveli «troppo singolare per essere società», mantenendo pur sempre, tuttavia, la natura di ente azionario e comunque privato «perché questa è la scelta normativa che emerge dalla scelta del *nomen juris* di società per azioni, se ad esso non si accompagna, come talora è avvenuto, l'espressa attribuzione della “personalità di diritto pubblico”»³⁰². In sostanza, sul presupposto che esistono iniziative necessarie o utili ai bisogni della collettività il cui costo è bene non sia gravato dal profitto dei privati – o comunque resti, in qualche modo, sotto il “controllo” della sfera pubblica – ma che possano essere meglio svolte con metodo economico e con un'organizzazione d'impresa³⁰³, cosa che avviene tipicamente nelle società di gestione dei servizi pubblici locali, appare ben possibile, dalla prospettiva ora

²⁹⁹ P. PIZZA, *op. cit.*, 282.

³⁰⁰ C. IBBA, *op. ult. cit.*, 693-694.

³⁰¹ In tal senso cfr. G. OPPO, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2002, 491 ss.; ID., *Diritto privato e interessi pubblici*, *ivi*, I, 1994, 25 ss. In termini analoghi cfr. anche M. SCIUTO, P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, t. 3, Torino, 2004, 91, secondo cui «se per legge un codice organizzativo, da adottarsi da un'intera classe, variamente perimetrata, di iniziative o da un'iniziativa data, è definito come “società per azioni”, è inutile chiedersi se quel codice sia tipologicamente una società per azioni; deve, invece, senz'altro concedersi che il diritto azionario comune si applichi a tutte le iniziative incluse nella classe o all'iniziativa considerata, in via residuale».

³⁰² G. OPPO, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, *cit.*, 505.

³⁰³ G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, 34.

assunta, che l'interesse pubblico venga attratto in quello sociale, inteso come interesse proprio di tutti i partecipanti o comunque condiviso da tutti i soci, i quali, anche se privati, non possono ignorare il senso della partecipazione pubblica (a maggior ragione quando, invece, come frequentemente accade nell'ambito in esame, i soci sono tutti pubblici). Ma se tale attrazione è possibile, allora non vi sarebbe bisogno di mutare la natura tipica dell'ente per riflettervi la volontà legislativa che gli commette anche una funzione di interesse generale: in definitiva, la confluenza dell'interesse pubblico in quello sociale qualificerebbe il tipo senza snaturarlo, giustificando le conseguenti difformità di disciplina tanto da chiedersi se si possa parlare, così come del contratto ad evidenza pubblica, di una società ad evidenza pubblica, che resta società quanto il primo resta contratto³⁰⁴.

In definitiva, dall'analisi della visione privatistica testè succintamente condotta emerge come le disposizioni di diritto singolare che pongono delle deroghe al diritto comune della società per azioni vengono considerate rilevanti ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, senza mai arrivare fino al punto da ritenere del tutto inapplicabile il diritto comune. In altri termini, la spendita del nome societario da parte del legislatore comporterebbe, in ogni caso, l'applicazione diretta della relativa disciplina, mentre l'intensità delle deroghe eventualmente rinvenibili negli statuti rileverebbero al solo fine di determinare quali e quante delle norme riconducibili al modello astratto siano direttamente applicabili, rimanendo scontata l'applicabilità, in generale, della disciplina posta per il modello societario il cui nome è stato speso dal legislatore³⁰⁵.

2.2. *La prospettiva pubblicistica.*

Mentre dal punto di vista privatistico, come si è visto fin qui, l'attenzione si è focalizzata sui rapporti tra due complessi normativi, ovvero il diritto societario comune e lo statuto legale singolare ed, in particolare, sull'impatto cagionato dalle deroghe poste dalla legge nei confronti del modello astratto di derivazione codicistica, viceversa, dalla prospettiva pubblicistica, il tema della disciplina applicabile alle società pubbliche si presenta arricchito di un ulteriore fronte: quello relativo al c.d. statuto dell'ente pubblico, il quale è stato ritenuto, in varia misura,

³⁰⁴ G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, 167. Sul concetto di società "ad evidenza pubblica" cfr. anche R. PACE, *Verso le società ad evidenza pubblica?*, in *Contratti Stato enti pubbl.*, 2005, 443 ss.

³⁰⁵ P. PIZZA, *op. cit.*, 325.

riferibile anche alle società oggetto del presente esame, con conseguente necessità di studiare i termini dell'interazione intercorrente fra tre complessi normativi: il diritto singolare, il diritto societario comune e, appunto, lo statuto legale dell'ente pubblico³⁰⁶.

Un primo filone che si rinviene sul versante pubblicistico, pur muovendo ancora dalla convinzione che «per poter imprimere ad una società la qualificazione pubblicistica sia necessaria l'espressa previsione legislativa in tal senso»³⁰⁷, tuttavia non giunge a nascondere la consapevolezza secondo cui «non si può escludere del tutto (o in via di principio) che alcune società di diritto speciale debbano essere valutate alla stregua di enti pubblici»³⁰⁸; in particolare, da tale punto di vista, si è affermato che la ricerca della disciplina applicabile alle società pubbliche è resa complessa dalla presenza di diversi statuti, idealmente completi e astrattamente richiamabili: lo statuto codicistico e quello proprio degli enti pubblici, la cui considerazione dovrebbe portare a concludere che, siccome la struttura societaria rimane rilevante rispetto alla disciplina di riferimento, le società pubbliche hanno uno statuto speciale, basato sulla disciplina codicistica integrata o derogata dalle disposizioni riguardanti gli enti pubblici, con conseguente applicazione, ad esempio, dei principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost.³⁰⁹ o del controllo della Corte dei conti oppure ancora della disciplina in tema di responsabilità amministrativa, fermo restando, al di là della presa d'atto appena descritta, che l'utilizzazione dello schema societario è ritenuto avere un senso, sul piano logico, se il modello venga assunto secondo la sua disciplina propria o sia sottoposto, al limite, a modifiche inessenziali, mentre, ove tale modello venga

³⁰⁶ E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, t. IV, Milano, 2003, 3987, parla di una soggezione ad una triplice disciplina: amministrativa, di diritto privato e di "diritto privato modificato". Diversamente, invece, M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società*, Torino, 2004, 8, ritiene che «l'ente pubblico e la società per azioni sono due figure del tutto distinte fra loro, che non possono essere ricondotte ad unità ed alle quali l'ordinamento ricollega discipline normative diverse». In maniera simile, tende a valutare le disposizioni degli statuti legali singolari in raffronto alla (sola) disciplina societaria di diritto comune, senza alcun riferimento allo statuto dell'ente pubblico, anche A. MASSERA, *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Studi in onore di Ottaviano*, I, Milano, 1993, 551 ss.

³⁰⁷ F.G. COCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. ec.*, 2005, 247. Negli stessi termini cfr. anche G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico, la necessità di un distinguo*, cit., 95.

³⁰⁸ F.G. COCA, *op. cit.*, 248.

³⁰⁹ Sul punto cfr. Corte cost., 23 gennaio 2006, n. 29, in [Giorn. dir. amm.](#), 2006, 616 ss., con nota di A. CAROSELLI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza*, in cui la Consulta propugna l'applicazione dell'art. 97 Cost. nei confronti di una società che «per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici».

profondamente variato, fino a risultarne snaturato, «non è facile comprendere perché e a quali fini ad esso si faccia ricorso, se non per una sorta di pigrizia mentale del legislatore»³¹⁰. Analogamente, è stato rilevato come l'adozione della forma societaria, in grado di offrire soluzioni di organizzazione e gestione più elastiche, sia plausibile quando si tratta di compagini che svolgono attività imprenditoriali vere e proprie, producendo beni e servizi in condizioni di concorrenza almeno per quote significative della loro attività, mentre per le altre non sarebbe da escludere il ritorno alla formula dell'ente pubblico economico³¹¹, risultando, per esse, «farisaica l'adozione del modello societario»³¹².

Da un punto di vista antiformalistico, consistente nel rifiuto di attribuire un rilievo decisivo alla qualificazione in termini di società per azioni da cui dedurre rigidamente un inquadramento in senso strettamente privatistico, invece, si è proposto di prendere in considerazione, al di là del *nomen juris* speso dal legislatore, gli elementi sostanziali che caratterizzano la compagine sociale, sotto l'aspetto sia dell'organizzazione che dell'attività cui essa risulta preposta: in tale ottica, una volta accertata la natura pubblicistica dell'ente costituito in forma societaria, si tratta, a livello interpretativo, di stabilire quali istituti afferenti allo statuto dell'ente pubblico siano applicabili al caso concreto, tenendo conto delle disposizioni di diritto singolare nonché della disciplina codicistica delle società commerciali³¹³, col risultato di pervenire all'enucleazione di una nuova categoria di enti pubblici, la cui regolamentazione si informa al codice organizzativo delle società per azioni, salve deroghe espressamente previste o imposte dalla natura

³¹⁰ F.G. SCOCA, *op. cit.*, 252-254.

³¹¹ G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, I, 221 ss.

³¹² N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2001, 113.

³¹³ Secondo P. PIZZA, *op. cit.*, 558, al sintagma societario deve essere attribuito il valore di rinvio implicito, da ciò derivando l'esigenza di porre in essere un giudizio di compatibilità che si risolve semplicemente nella non applicazione delle sole norme di diritto societario comune concretamente incompatibili con le norme di diritto singolare, e non anche nella non applicazione delle disposizioni di diritto societario comune concretamente incompatibili. Più precisamente, il medesimo A., *op. cit.*, 505, conclude che alle società per azioni di diritto singolare risultano applicabili, in concreto: a) tutte le norme implicite ed esplicite desumibili dalle disposizioni contenute nello statuto legale singolare; b) tutte le norme implicite ed esplicite desumibili dalle disposizioni che, nel loro insieme, concorrono a costituire il diritto societario comune che non vengano a porsi in una situazione di conflitto (o di antinomia) con le norme di cui allo statuto legale singolare; c) tutte le norme implicite ed esplicite desumibili dalle disposizioni che, nel loro insieme, concorrono a costituire il diritto societario comune che non risultino fondate su un presupposto strutturale implicito che contraddice i tratti strutturali costituenti il presupposto delle norme di cui allo statuto legale singolare.

(sostanzialmente) pubblica³¹⁴. Ne risulterebbe che le società derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici, pur essendo sottoposte alle norme codicistiche per ciò che attiene, ad esempio, all'organizzazione interna, conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica e continuano ad essere affidatarie della cura di rilevanti interessi pubblici la cui tutela non può risultare soppressa solo in conseguenza del mutamento della veste formale del soggetto giuridico, che mantiene comunque le proprie funzioni e, dunque, la propria connotazione pubblicistica³¹⁵. Ciò finisce per determinare una alterazione, più o meno marcata, del modello organizzativo delle persone giuridiche private, fermo restando che il riconoscimento di elementi pubblicistici nella struttura dell'ente societario non dovrebbe investire la disciplina amministrativa nel suo complesso, ma solo singoli istituti, così che le società in esame, ad esempio, da un lato, sono chiamate ad osservare le regole di evidenza pubblica per l'approvvigionamento di beni e servizi o vedono i propri amministratori sottoposti a responsabilità contabile e amministrativa rientrante nella giurisdizione della Corte dei conti, mentre, dall'altro lato, le medesime restano soggette alla disciplina del bilancio e a quella contabile in genere propria della persone giuridiche private³¹⁶.

A conclusioni assonanti si è giunti anche partendo dalla constatazione circa la raggiunta neutralità, sia dal punto di vista causale che da quello ideologico, della struttura societaria o, in altri termini, circa l'avvenuta decontrattualizzazione dell'istituto, con la conseguente enucleabilità di un concetto a sé stante di società anonima quale nozione o modulo meramente strutturale, cui, di volta in volta, per volontà del legislatore o di soggetti privati o pubblici, venga giustapposta, nel momento genetico e costitutivo, una funzione sostanziale, la quale può assumere connotati privatistici o pubblicistici³¹⁷; per tale via emergerebbe la consapevolezza che le fattispecie societarie relative a compagini in mano pubblica sono scomponibili in una "doppia qualificazione", che sfocia, da un lato, in un ambito pubblicistico, per ciò che riguarda il momento ontologico e funzionale, e, dall'altro lato, in uno privatistico e formale, attinente al modulo organizzativo prescelto e alle

³¹⁴ V. CERULLI IRELLI, «Ente pubblico»: problemi di identificazione e disciplina applicabile, in AA.VV., *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli, Torino, 1994, 99.

³¹⁵ Cons. St., sez. VI, 21 luglio 2005, n. 3914, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2135.

³¹⁶ V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in AA.VV., *Fondazioni e attività amministrativa*, a cura di S. Raimondi, R. Ursi, Torino, 2006, 13 ss.

³¹⁷ M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, 24.

regole dell'attività ad esso sottese, quasi a distinguere fra una soggettività o capacità giuridica pubblicistica ed una capacità d'agire, salve speciali previsioni legislative espresse, privatistica³¹⁸. In tale prospettiva, allora, si tratterebbe, nell'ottica di individuare la disciplina applicabile, di comporre i profili formali con quelli sostanziali ed i profili privatistici con quelli pubblicistici, superando l'ostacolo rappresentato dalla questione della natura giuridica dell'ente societario "monoliticamente" intesa³¹⁹. In sostanza, dalla qualificazione delle società in esame come compagini formalmente private e sostanzialmente pubbliche conseguirebbe, nella visione ora in commento, la possibilità di applicare a tali soggetti soltanto le disposizioni di diritto societario "pensate" dal legislatore per enti formalmente privati a prescindere dalla loro natura sostanziale nonché le disposizioni appartenenti al c.d. statuto dell'ente pubblico "pensate" per enti sostanzialmente pubblici indipendentemente dalla loro natura formale; in altre parole, l'operazione ermeneutica volta ad individuare la disciplina applicabile alle società in mano pubblica dovrebbe consistere nel recupero delle disposizioni codicistiche di diritto comune, in quanto compatibili con l'ontologia dell'ente societario ed in quanto non espressamente derogate da una previsione speciale, le quali sarebbero da individuare attraverso un procedimento di scomposizione della fattispecie societaria nei due profili relativi alla struttura e alla sostanza della soggettività dell'ente, in modo che, tendenzialmente, ne rimanga compatibile ogni disposizione di diritto comune attinente alla struttura dell'ente stesso ed incompatibile ogni disposizione non corrispondente alla sua sostanza³²⁰. Ciò si traduce, in definitiva, nel fatto che la suddetta operazione interpretativa dovrebbe scorrere lungo i binari non tanto della compatibilità, quanto della "scomponibilità" normativa, nel senso che essa consiste, più che nell'indagare se due o più disposizioni siano tra loro compatibili, nel ridefinire e ricomporre, in capo ad una medesima persona giuridica, due ambiti

³¹⁸ M. RENNA, *op. cit.*, 119. In senso analogo cfr. anche M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 391 ss., secondo cui dalla "doppia qualificabilità" delle società in considerazione, che si presentano come private sotto il profilo formale-organizzativo e come pubbliche sotto quello sostanziale, deriva l'esigenza di definire le linee guida della composizione di norme come criterio di ricostruzione di un sistema. Da tale punto di vista, l'A. osserva come la forma privatistica valga certamente a richiamare, ove non espressamente derogate o non incompatibili con la genesi legale, le norme del codice civile relative all'organizzazione interna e ai meccanismi di funzionamento della società per azioni, mentre la sostanza pubblica, abbattendo la linea di confine fra organizzazione ed esercizio della funzione, rifluisce nelle previsioni derogatorie rispetto allo schema generale, fungendo da "clausola implicita di compatibilità" che segna il confine della legittima applicazione delle norme di diritto privato.

³¹⁹ M. RENNA, *op. cit.*, 146.

³²⁰ M. RENNA, *op. cit.*, 152.

normativi scomposti, quello strutturale e quello ontologico, i quali, almeno in linea teorica, potrebbero risultare tra loro non interferenti e tali per cui una questione di incompatibilità neppure venga a porsi. Così, per esemplificare, se, da una parte, alle società legali in mano pubblica dovrebbero senza dubbio reputarsi applicabili, in quanto non derogate espressamente, le norme codicistiche relative all'organizzazione sociale, dall'altra, dovrebbero reputarsi inapplicabili per incompatibilità le molte disposizioni il cui presupposto applicativo risieda in una fattispecie di tipo contrattuale o che, quanto meno, sia espressione di autonomia negoziale³²¹.

Sempre nell'alveo della posizione di matrice pubblicistica che ricomprende lo statuto dell'ente pubblico nella questione relativa alla normativa applicabile alle società in mano pubblica, non può non essere menzionata la teoria cui si deve l'elaborazione della categoria dell'"ente pubblico a struttura di società per azioni", la quale muove dal presupposto circa la natura certamente di diritto privato delle società per azioni partecipate, in qualsiasi misura, da un ente pubblico, quando non siano oggetto di una disciplina legislativa speciale³²². L'importanza di siffatta impostazione può essere colta nel momento in cui essa supera l'idea che il rapporto sociale non potesse instaurare un collegamento tra la società e l'ente pubblico sociale da consentire, di per sé, una qualificazione pubblicistica della società medesima³²³: da questo punto di vista, è stato rilevato come una valutazione che, ai fini di stabilire la natura giuridica delle compagini in esame, tenesse conto del solo profilo giuridico formale, trascurando di cogliere quelli connessi al rapporto tra amministrazione che controlla le quote azionarie e società, risulterebbe fuorviante per eccesso di formalismo, non essendovi dubbio, secondo tale teoria, che il grado di potere esercitato dal proprietario della maggioranza delle azioni è ben più penetrante del rapporto di indirizzo e vigilanza che dà luogo a posizioni di sovraordinazione giuridicamente determinate e delimitate³²⁴. Sulla base di una simile impostazione, il problema della disciplina applicabile, che qui interessa in maniera precipua, viene affrontato sottolineando l'impossibilità di sostenere in via generale che il regime societario si applichi solo in quanto compatibile con la natura pubblica o che, viceversa, i profili pubblicistici propri degli enti pubblici economici

³²¹ M. RENNA, *op. cit.*, 151-152.

³²² G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 180.

³²³ Sul punto cfr. P. PIZZA, *op. cit.*, 276.

³²⁴ G. ROSSI, *op. cit.*, 180 ss.

non trovino applicazione per gli enti pubblici a struttura di società per azioni, e ciò in quanto i due diversi profili sono ritenuti convivere nelle fattispecie in esame, senza che alcuno dei due possa ritenersi prevalente sull'altro³²⁵.

In altri termini, il problema della natura giuridica, pubblica o privata, degli enti pubblici a struttura societaria, si pone con riferimento ad una serie di soggetti che, pur rivestendo una forma tipicamente privatistica, quale è quella societaria, sono dal legislatore sottoposti ad una disciplina per larga parte derogatoria rispetto a quella codicistica³²⁶, la quale appare come sintomatica, da un lato, di un particolare e a volte penetrante legame della struttura societaria con l'ente pubblico, dall'altro, della sua strumentalità rispetto al conseguimento di finalità di chiara impronta pubblicistica, non sempre conciliabili con la causa lucrativa proprio dello schema societario tipico, se non considerando il processo di neutralizzazione che esso ha, nel tempo, subito³²⁷. Tale tema, una volta "spogliato" da tentazioni nominalistiche, consiste nel verificare se le deviazioni dal modello societario tipico possano considerarsi compatibili, anche se comunque indicative di una situazione di rilevanza pubblicistica, con la qualificazione privatistica conferita alle compagini in esame (dalla quale bisogna, in ogni caso, partire), ovvero se, comportando esse una consistente alterazione dello schema societario, sotto il profilo genetico, organizzativo e funzionale, non debba conseguirne una qualificazione delle suddette compagini in termini di ente a struttura societaria ma con natura pubblicistica³²⁸. Da tale punto di vista è stato osservato che l'istituzione per legge o, su specifica autorizzazione legislativa, da parte di una pubblica amministrazione, la determinazione in via legislativa di denominazione e scopo, nonché la prescritta pertinenza della società all'ente pubblico per una quota maggioritaria, se rappresentano il nucleo indefettibile di requisiti significativi della natura pubblicistica dell'organismo societario, non esauriscono, ancora, il novero degli elementi necessari a far transitare nell'alveo pubblicistico un ente avente forma

³²⁵ G. ROSSI, *op. cit.*, 181.

³²⁶ Sul punto si v. anche Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 363, in *Giur. cost.*, 2003, 3752, la quale, nel definire la natura giuridica di Italia Lavoro s.p.a., considera la totale partecipazione azionaria del Ministero del tesoro, i poteri di indirizzo spettanti agli organi del governo, la predeterminazione eteronoma (ossia con legge) dei compiti e delle funzioni pubbliche che la società è chiamata a perseguire nell'ambito delle politiche di un Ministero di cui assume la veste di strumento organizzativo finalizzato al perseguimento di specifiche finalità, per concludere che si tratta di un ente strumentale, sia pure costituito sotto forma di società per azioni.

³²⁷ R. GAROFOLI, *Servizio pubblico e società pubbliche: implicazioni in punto di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 2001, 641. In tema cfr. anche ID., *Società in mano pubblica: forma, natura e problemi di giurisdizione*, *ivi*, 1998, 241 ss.

³²⁸ R. GAROFOLI, *op. cit.*, 642.

tipicamente privatistica: in tale ottica, sarebbe richiesto all'interprete, onde vincere l'indicazione legislativa nel senso della forma societaria dell'ente, un ulteriore sforzo volto ad accertare che il regime giuridico cui la singola società è in concreto sottoposta si caratterizzi per la previsione di regole di organizzazione e di funzionamento le quali, oltre a costituire una consistente alterazione del modulo codicistico, comportando una compressione dell'autonomia funzionale e statutaria degli organismi sociali³²⁹, rivelino la completa attrazione nell'orbita pubblicistica dell'ente societario, con riferimento, in particolare, all'attribuzione legislativa, in capo a soggetti pubblici diversi da quelli che rivestono all'interno della struttura la qualità di soci, di potestà il cui esercizio è destinato inevitabilmente a produrre effetti sulle fondamentali determinazioni degli organi societari³³⁰. Proprio quest'ultimo elemento, nell'ambito della ricostruzione in esame, è parso difettare relativamente alle compagini oggetto della presente trattazione, ossia le società per azioni a partecipazione pubblica locale: in particolare, sulla base di alcune pronunzie rese dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³³¹, si è concluso per la

³²⁹ Sul punto cfr. Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale ha affermato che, allo scopo di qualificare la natura di una compagine societaria, rileva, al di là della sua formale qualificazione come persona giuridica privata, tanto il carattere strumentale o meno rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche, quanto l'esistenza o meno di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario; da tale punto di vista, eventuali vincoli idonei a condizionare in maniera penetrante la vita societaria, incidendo in misura decisiva sull'autonomia imprenditoriale e patrimoniale della compagine societaria, non consentono allo schermo formale del diritto privato di determinare una qualificazione in termini privatistici e, quindi, di sottrarre l'ente societario dalla sottoposizione alla disciplina pubblicistica.

³³⁰ R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, 305. In giurisprudenza, secondo un'impostazione del tutto simile, cfr. Cons. St., sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2146, in cui, tra le altre cose, per confermare la natura pubblicistica di una società per azioni, si fa riferimento al perseguimento di scopi di carattere generale nonché all'indirizzamento delle attività societarie verso fini di interesse pubblico «prescindendo dal mero intento lucrativo attraverso poteri derogatori degli ordinari schemi civilistici»; Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, *ivi*, 705; Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2002, n. 4152, *ivi*, 1817; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro it.*, 2002, III, 425, secondo cui «la veste formale di società per azioni non è idonea a trasformare la natura pubblica di soggetti che continuano ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici». Più di recente, cfr. Cons. St., sez. V, 19 settembre 2006, n. 5467, in *Foro amm. CdS*, 2006, 2536, secondo cui la trasformazione di un ente autonomo in società per azioni, per effetto di una privatizzazione solo formale, non ne ha mutato la precedente natura pubblicistica, continuando ad essere affidatario di rilevanti interessi pubblici e soggiacendo, per tale motivo, ad un regime giuridico connotato da prevalenti caratteri pubblicistici, nonché Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2003, n. 8240, *ivi*, 2003, 3844. In tema si v., tra gli altri, A. MALTONI, *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla P.A. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della L. N. 241/90*, in *Servizi pubbl. app.*, 2006, 333; P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 486 ss.; I. PAOLA, *Le società per azioni a partecipazione pubblica: pubblicità dell'attività o pubblicità dell'ente?*, in *Foro it.*, 2002, 434 ss.

³³¹ Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4992, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 636; Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991, in *Giur. it.*, 1996, I, 493, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*; Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989, in

natura privatistica delle compagini suddette, che sono state ritenute operare nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico, mentre, parimenti, il rapporto tra quest'ultimo e la società è stato interpretato in senso di assoluta autonomia, con la conseguenza che non sarebbe consentito all'ente locale di incidere unilateralmente sullo svolgimento del medesimo rapporto e sull'attività della società; in tal modo non risulterebbe introdotta alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica in quanto la posizione dell'ente locale sarebbe riconducibile a quella di socio di maggioranza, derivante dalla prevalenza del capitale ad esso conferito, potendo il medesimo influire sul funzionamento della società solo in tale veste, avvalendosi, perciò, non già di poteri pubblicistici, che non gli spetterebbero, bensì dei soli strumenti previsti dal diritto societario da esercitare per mezzo dei membri di nomina pubblica presenti negli organi sociali³³². In termini ancora più espliciti, a sostegno della natura privata di una società per azioni a capitale interamente pubblico, si è osservato che al suo interno la posizione degli enti pubblici è quella ordinaria dei soci e quindi che essi, solo in quanto tali, al pari di tutti gli altri azionisti, possono influire sul funzionamento della società e sul conseguimento dell'oggetto sociale, ponendosi la società in una certa posizione di autonomia decisionale rispetto agli enti detentori del capitale sociale, i quali, pertanto, non hanno titolo per porre in essere alcuna forma di "interferenza" nella loro qualità di enti pubblici³³³. Così, sulla base delle argomentazioni appena succintamente esposte, si è concluso che le società per azioni a partecipazione pubblica locale, pur essendo indubabilmente sottoposte ad un regime speciale, tuttavia non possono ritenersi qualificabili in senso pubblicistico, in quanto la relativa disciplina non presenta deviazioni dal modello codicistico tali da determinare una compressione

Foro it., 1996, I, 1363, con nota di F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie.*

³³² Sul punto cfr. R. GAROFOLI, *op. ult. cit.*, 337. In tal senso cfr. anche Cass. civ., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, I, 2726, secondo cui «la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne posseda, in tutto o in parte, le azioni»: in particolare, il rapporto tra società ed ente locale, diversamente da quanto richiesto, invece, dai recenti dettami in tema di controllo "analogo", sarebbe, secondo la Corte «di assoluta autonomia, al Comune non essendo consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti del diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società». In senso conforme cfr. anche Cass. civ., sez. un., 26 agosto 1998, n. 8454, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2024.

³³³ Cass. civ., sez. un., 27 marzo 1997, n. 2738, in *Guida al dir.*, 1997, 16, 34 ss., con osservazioni di M. ATELLI, *L'ente che agisce come persona giuridica privata è svincolato dalle procedure amministrative.*

dell'autonomia funzionale e statutaria degli organi societari, ma, piuttosto, una regolamentazione in parte differenziata dallo schema generale sintomatica di una certa rilevanza pubblicistica³³⁴.

Quanto appena rilevato, senza la possibilità di indugiare oltre sul tema, pare comunque di conforto circa l'utilità della ricostruzione, sia pure per sommi capi, delle diverse ed articolate teorie in tema di società pubbliche che si sta compiendo, in quanto da essa cominciano a scaturire elementi di riflessione che sembrano significativi ai fini che ci si è proposti: infatti, senza voler anticipare le conclusioni che saranno svolte nel prosieguo, si può già agevolmente notare che le considerazioni appena riportate, sfociate in una qualificazione in termini privatistici delle società degli enti locali, potrebbero subire, se non un totale ribaltamento, quantomeno una riconsiderazione, se condotte alla luce del quadro giuridico e giurisprudenziale attuale il quale, al contrario di quanto avvenuto in passato, non solo ammette, ma addirittura, come visto in precedenza, impone che l'ente pubblico affidatario in via diretta di un servizio sia in grado di controllare e determinare le scelte gestionali della società affidataria attraverso strumenti diversi ed ulteriori rispetto a quelli conferiti dal diritto societario alla generalità degli azionisti.

Tornando sul piano generale ora in considerazione, è stato anche sottolineato³³⁵, in altri termini, che, pur muovendo dalla constatazione per cui le importanti deroghe rispetto al regime civilistico tipico, la consistente alterazione dei normali meccanismi di funzionamento e la compressione dell'autonomia funzionale degli organi costituiscono dei dati normativi decisivi per affermare la natura pubblica di figure soggettive ordinate in forme tipicamente civili e commerciali, registrare la qualificazione data dal legislatore o interrogarsi sulla natura giuridica dei vari enti costituirebbe un modo improprio di impostare il problema dell'ambito di applicazione delle discipline pubbliche in quanto, da un lato, si finirebbe per forzare l'articolazione delle figure soggettive utilizzate dalla normazione amministrativa, dall'altro, si produrrebbero effetti rigidi e vincolanti in contraddizione con il ricorso invalso a soluzioni differenziate. Così, secondo la teoria in considerazione, in un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali si tratterebbe di verificare, piuttosto, quali norme "orizzontalmente" riferite alle amministrazioni e

³³⁴ R. GAROFOLI, *op. ult. cit.*, 339.

³³⁵ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 176 ss. Negli stessi termini si v. anche ID., *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.

agli enti pubblici risultino ad esse applicabili sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati: la conduzione di una siffatta operazione passerebbe, in particolare, attraverso la costruzione di un regime congruo all'identità organizzativa e funzionale della fattispecie osservata in via interpretativa da un punto di vista sistematico e teleologico, così da valutare regola per regola, a seconda della sua *ratio* e della funzione specifica cui è preordinata, se ed in quale misura essa debba applicarsi al soggetto ordinato in forme privatistiche. In definitiva, in tale ottica, la disarticolazione delle discipline e la verifica caso per caso delle loro condizioni di applicazione appaiono operazioni indispensabili ad assicurare all'ordinamento la flessibilità necessaria a conciliare esigenze di efficacia dell'azione amministrativa e di tutela della sfera privata, così pervenendo alla ricostruzione di regimi ad ambito variabile, frutto della scomposizione e ricomposizione di frammenti di discipline diverse³³⁶.

Un'altra impostazione della questione in esame, che giunge a conclusioni non dissimili da quella appena riferita, definisce la peculiare posizione delle società in mano pubblica classificandole come soggetti pubblici "deboli", in riferimento ai quali, da un lato, la qualificazione societaria attribuita espressamente dal legislatore equivale al riconoscimento della personalità giuridica privata, mentre, dall'altro lato, si registra l'assoggettamento ad una disciplina pubblicistica che apporta deroghe più o meno consistenti ai modelli privatistici di riferimento, senza con ciò, comunque, consentire la riconduzione di tali soggetti alla nozione ordinamentale di pubblica amministrazione³³⁷. La questione, ancora una volta, consiste nel verificare, per le società in mano pubblica che svolgano attività d'impresa, se e fino a che punto il vincolo funzionale derivante dall'appartenenza pubblica, qualificata come una forma di pubblicità, sia pure "debole", possa "filtrare" attraverso le forme privatistiche e conformare in vario modo l'attività dei soggetti in esame³³⁸. Da questo punto di vista, secondo la ricostruzione ora in esame, l'acquisizione della personalità giuridica di diritto privato comporta la generale inapplicabilità di quell'insieme di norme e di principi che caratterizzano lo statuto giuridico delle amministrazioni pubbliche, in relazione all'organizzazione, al personale, al regime delle attività, solo per fare qualche esempio, mentre i vincoli funzionali che pur

³³⁶

G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 178.

³³⁷

P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, 465 ss.

³³⁸

P. CHIRULLI, *op. cit.*, 467.

possono caratterizzare le finalità da raggiungere devono di norma operare con strumenti diversi da quelli previsti dal diritto pubblico: non a caso, si sottolinea, l'attività di molti soggetti pubblici "deboli", affidatari di servizi di pubblica utilità, non viene regolata da atti di indirizzo di natura politico-amministrativa – anche se, diversamente, più di una volta la giurisprudenza in tema di controllo "analogo" risulta avere avanzato delle pretese in tal senso – ma viene disciplinata da contratti di programma o di servizio, la cui funzione prioritaria non sarebbe quella di alterare le regole di funzionamento della società, quanto piuttosto quella di individuare standard qualitativi delle prestazioni ai fini di tutela della collettività³³⁹. Per ciò che riguarda l'oggetto precipuo della presente trattazione, le società pubbliche costituite dagli enti locali, la teoria in commento conferma che, se il singolo ente locale potrà incidere sull'azione della società dall'esterno attraverso la convenzione di affidamento del servizio e dall'interno nell'ambito dei poteri che gli competono come socio, decisiva risulta essere la regolamentazione statutaria o i patti parasociali che rendano più o meno incisivi i poteri del socio pubblico nella funzione di indirizzo e controllo della società, tenendo conto, in ordine all'equilibrio tra componenti pubblicistiche e privatistiche che, per un verso, l'attività del soggetto privato dovrà essere di norma assoggettabile soltanto a quei poteri di indirizzo e controllo compatibili con la disciplina privatistica mentre, per un altro verso, non mancano ipotesi in cui l'attività societaria viene conformata in modo puntuale dalle previsioni contenute nello statuto, soprattutto quando finalità pubbliche connotano in modo pressoché esclusivo l'oggetto sociale³⁴⁰. In definitiva, dalla visuale per ora assunta, se la natura "sostanzialmente" pubblica riconducibile talvolta a soggetti costituiti in forma societaria implica l'assoggettamento a regole e, più in generale, ad un'influenza di matrice pubblicistica, soprattutto con riferimento al corretto utilizzo delle risorse comuni e alla tutela della libera concorrenza, ciò non consente – o non dovrebbe consentire – la puntuale conformazione della loro attività a scopi pubblicistici o l'automatica applicazione del c.d. statuto dell'ente pubblico, pur nella consapevolezza che anche la pubblicità "debole" non è del tutto indifferente per l'ordinamento, assumendo una propria rilevanza sia sul piano strutturale che su quello attinente il risultato complessivo della gestione; ne deriva, in conclusione, che, alla luce delle argomentazioni fin qui succintamente esposte, il fondamento dell'applicazione di norme pubblicistiche a

³³⁹

P. CHIRULLI, *op. cit.*, 469.

³⁴⁰

P. CHIRULLI, *op. cit.*, 482-485.

oggetti pubblici in senso debole non va ricavato presuntivamente dalla loro “ontologica” e “sostanziale” natura pubblica, ma andrebbe piuttosto ricercato sul fronte della *ratio* specifica che ispira le norme in questione e che esso andrebbe comunque ricollegato all’espressa attribuzione normativa di funzioni pubbliche, anche al fine di tutelare il principio di uniformità dell’ordinamento, in base al quale gli schemi privatistici non potrebbero assumere un significato completamente diverso da quello fatto proprio dal sistema normativo di riferimento³⁴¹.

Proseguendo nel percorso argomentativo che ci si è proposti, occorre sottolineare che, come si è già avuto modo di accennare in precedenza, uno degli elementi che si pone, più di altri, sul crinale tra qualificazione privatistica o pubblicistica delle compagini societarie in mano pubblica è lo scopo lucrativo il quale, ai sensi dell’art. 2247 c.c., informa il contratto di società stipulato tra due o più persone per l’esercizio in comune di un’attività economica; infatti esso, ove se ne voglia affermare la perdurante validità nell’ordinamento a dispetto della sua asserita “neutralizzazione” avvenuta nel tempo, si porrebbe in una posizione di inconciliabilità con la soggettività pubblica: in particolare, in tale ottica, dal presupposto che l’ente pubblico è per definizione chiamato al perseguimento dell’interesse collettivo, discenderebbe l’impossibilità di qualificare come pubblico un soggetto assegnatario di uno scopo strettamente egoistico, quale il conseguimento del maggior profitto possibile, con la conseguenza che la dimostrazione del normale ed inderogabile carattere lucrativo delle società di capitali, anche se in mano pubblica, varrebbe, di per sé, a confermarne l’estraneità da qualificazioni pubblicistiche o che, in altri termini, tutte le società, dunque anche quelle in mano pubblica, salve diverse indicazioni legislative, sarebbero da considerare soggetti privati, non solo perché così dispone il codice civile, ma anche per il fatto che esse, sempre per scelta legislativa, sono, di norma, lucrative e quindi ontologicamente estranee a credibili nozioni di ente pubblico³⁴². Tuttavia, anche partendo dal ragionamento appena esposto, pare possibile pervenire all’estensione di discipline riservate agli enti pubblici alle società che si presentino come una *longa manus* del socio pubblico, cosa che tipicamente avviene o, meglio, deve avvenire, per ciò che attiene alle società partecipate dagli enti locali deputate alla gestione dei servizi pubblici, e ciò grazie ad un fenomeno che, nella ricostruzione

³⁴¹ P. CHIRULLI, *op. cit.*, 495.

³⁴² F. GOISIS, *L’applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1195 ss.

ora proposta, si configura come un “superamento della personalità privatistica” tale da dare rilievo al reale destinatario della norma, in specie pubblico, di cui la società è strumento³⁴³. In ultima analisi, così argomentando, si approda alla conclusione secondo cui, ove la disciplina della società chiamata all’esercizio di attività di spettanza pubblica alla luce del principio di sussidiarietà si presenti in maniera anomala per effetto di “inequivoche deroghe al comune diritto societario” che coinvolgono, *in primis*, la causa lucrativa, essa è da considerare ente pubblico, naturale destinatario, in quanto tale, dell’applicazione di discipline pubblicistiche, fermo restando, quanto alla disciplina organizzatoria, che la scelta di servirsi della forma societaria, anche se “mutilata” della sua finalità tipica, per l’esercizio di un’attività pubblica, lungi dal rimanere irrilevante, si traduce in una “eloquente” opzione nel senso della massima consentita utilizzazione del diritto privato nell’organizzazione del soggetto pubblico³⁴⁴.

3. *Le compagini in house quali società di diritto speciale.*

Giunti a questo punto della trattazione, evidenziato come il fenomeno di permeabilità del modello societario privatistico non sia sconosciuto al nostro ordinamento, pare possibile cominciare a proporre talune conclusioni in merito alla disciplina applicabile alle società *in house* sulla scorta delle considerazioni che si sono esposte con riferimento alle società c.d. di diritto singolare.

Da tale punto di vista, pare che le compagini *in house* costituite da enti locali possano essere legittimamente annoverate tra le società di diretta derivazione legale dal momento in cui traggono la loro fonte nel disposto di cui all’art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000, con la particolarità che tale fondamento normativo non pone una disciplina *ad personam* recante uno statuto legale singolare da attribuire in via eteronoma ad uno specifico soggetto, ma si limita ad effettuare un richiamo ai dettami posti dalla «normativa dell’Unione europea», cui pertanto viene fatto rinvio allo scopo di ricavare la concreta disciplina da applicare ai soggetti in parola, non singolarmente ma come categoria, soprattutto in ordine al concetto di controllo “analogo”, la cui ricostruzione passa, dunque, attraverso l’analisi della giurisprudenza comunitaria, così come specificata anche da quella nazionale.

³⁴³ F. GOISIS, *op. ult. cit.*, 1199. Negli stessi termini si v. anche ID., *Società a partecipazione pubblica (ad vocem)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5600 ss.

³⁴⁴ F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 317 ss.

Ne deriva una connotazione delle compagini *in house* come società di diritto speciale³⁴⁵, con conseguente possibilità di estendere alle prime talune considerazioni svolte in precedenza a proposito delle seconde: in particolare, assumendo una siffatta prospettiva, non dovrebbe apparire così ardito sostenere che le società *in house* costituiscono sì delle entità dotate di personalità giuridica e strutturate sulla base del tipo societario prescelto così come delineato codicisticamente, ma la cui disciplina soggiace ad alcuni profili di specialità volti a garantire che, nel quadro organizzativo di ispirazione privatistica, adottato allo scopo teorico di favorire una maggiore snellezza ed efficienza gestionale, siano comunque garantiti al socio pubblico particolari prerogative nell'ambito di una *governance* strutturata in modo da scongiurare rischi di deriva delle compagini societarie in esame rispetto al corretto e pieno perseguimento dell'interesse pubblico, cui l'esperienza societaria (totalitaria) rimane comunque preordinata.

In altri termini, in un contesto normativo in cui sempre più l'azione amministrativa è spinta ad incanalarsi lungo gli argini posti dal diritto privato³⁴⁶ ma con salvezza del vincolo di scopo che la caratterizza, non è possibile, se non peccando di superficialità, considerare le società di capitali costituite dagli enti locali e affidatarie dirette di servizi pubblici alla stregua di qualsiasi altra compagine societaria e, a maggior ragione, non pare ragionevole, in tali casi, ricondurre la posizione dell'ente locale partecipante al capitale sociale allo stesso trattamento riservato ad un socio qualsiasi.

³⁴⁵ In tal senso cfr. G. SALA, *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo: la specialità delle società ad azionariato pubblico con particolare riferimento ai servizi pubblici locali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 897 ss.; R. OCCHILUPO, *op. cit.*, 79; F. FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.*, 2005, III, 38 ss.; F. ROSSI, *Considerazioni in tema di società totalmente partecipate dal capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 105. Della specialità delle compagini in esame pare essersene resa conto anche la giurisprudenza civile: sul punto si v. Tribunale Mantova, 8 maggio 2007, in *Giur. comm.*, 2008, 881, il quale ha riconosciuto «la peculiarità del soggetto giuridico di cui si discute – si trattava di una s.p.a. – caratterizzato da capitale pubblico e da uno scopo non prettamente speculativo, che rende ineludibile la necessità di prevedere statutariamente un raccordo tra poteri degli organi sociali e gli enti territoriali soci, soprattutto alla luce dell'art. 113, comma 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267» in modo da «consentire agli enti pubblici soci, sia collettivamente che individualmente, un potere di controllo concreto circa l'organizzazione delle attività e le erogazioni dei servizi affidati alla società». In tema si v. anche J. BERCELLI, *Potestà statutaria e regolamentare degli enti locali e regime giuridico delle società in house*, in AA.VV., *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, cit., 143 ss., nonché M. ATELLI, C. D'ARES, *La public governance nei servizi pubblici locali. La gestione e il controllo delle partecipate*, Milano, 2006, 283 ove, a proposito delle società a partecipazione pubblica, si fa riferimento ad un «diritto societario speciale».

³⁴⁶ In questo senso si v., tra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'Amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2002, 245 ss.; ID., *Diritto amministrativo o diritto comune: principi e problemi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, 1998, 553 ss.; V. MARZUOLI, *op. cit.*, 184.

Ne deriva, in sostanza, che, come visto in precedenza per le società di diritto singolare, le compagini *in house* siano da considerarsi destinatarie del diritto societario comune ma non in maniera pedissequa ed indiscriminata, bensì ammettendo che tale compendio normativo si possa, *rectius*, si debba ritrarre di fronte ad esigenze di matrice pubblicistica, senza per questo che il tipo societario prescelto cessi di essere tale, in omaggio all'affermazione, tanto più credibile in seguito alla riforma del diritto societario, che non esiste un unico "modello" di s.p.a. o di s.r.l., ma più modelli, diversamente strutturabili a seconda del bisogno o dell'interesse da perseguire, all'interno del "tipo" codicisticamente delineato, le cui maglie si sono notevolmente allargate, soprattutto in tema di s.r.l., smussando pertanto i caratteri di incompatibilità con i dettami dell'*in house providing*.

Proprio da quest'ultimo punto di vista, preme rilevare come i rinnovati strumenti codicistici, frutto dell'accentuazione dell'autonomia statutaria e dell'affievolimento del tasso di tipicità, paiono certamente favorire la costruzione di un sistema di controllo "analogo" che si ponga entro i confini del diritto societario, evitando di "violentarne" i caratteri essenziali, senza che ciò, tuttavia, elida del tutto la sopravvivenza di taluni profili di specialità collegati al carattere *in house* delle compagini oggetto del presente studio, dei quali va affermata la prevalenza rispetto al dato civilistico. In particolare, tale carattere "prevalente" trae il suo fondamento, in maniera non dissimile da ciò che avviene per le società di diritto particolare, salve le peculiarità di cui si è detto, da una disposizione di legge, che espressamente subordina la possibilità di affidamento diretto di un servizio pubblico locale alla sussistenza di un controllo che possa dirsi "analogo", secondo la declinazione che di tale concetto ha dato, principalmente, la giurisprudenza comunitaria, il cui richiamo, nella fattispecie in esame, finisce per offrire un aggancio normativo al carattere speciale delle società *in house* ancora più forte, in quanto derivante direttamente dal noto ed ormai incontestato principio secondo cui le statuizioni della Corte di giustizia vengono a costituire diritto comunitario a tutti gli effetti che, in quanto tale, prevale nei confronti di disposizioni nazionali confliggenti, che, di conseguenza, devono essere disapplicate³⁴⁷.

³⁴⁷ In senso analogo cfr. P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008, 594-595, secondo cui per le società *in house* il rilievo preminente della disciplina derogatoria può facilmente ammettersi poiché la configurabilità dell'istituto dell'affidamento diretto, spinto fino a sopprimere l'alterità effettiva della persona giuridica privata rispetto alla pubblica amministrazione,

Ciò si traduce, in ultima analisi, nel fatto che le residue spigolature esistenti tra disciplina societaria generale e disposizioni di matrice pubblicistica dettate specificamente in tema di compagini *in house* potrebbero essere appianate accordando prevalenza alle seconde, in quanto aventi natura speciale ed origine comunitaria³⁴⁸, ferma restando, lo si ribadisce, la riespansione della normativa generale relativa al tipo societario prescelto non appena le suddette esigenze particolari vengano meno, proprio in quanto la società *in house*, pur presentando dei caratteri di specialità, non per questo cessa di essere società.

3.1. *La eterodirezione e l'irrelevanza dell'entità della partecipazione sociale. I comitati extra-societari.*

Come si è già avuto modo di rilevare in precedenza, uno dei caratteri di specialità più significativi delle società *in house* risiede nella necessità di configurare una *governance* funzionale alle esigenze di eterodirezione delle stesse, ossia di realizzare un assetto che garantisca agli enti pubblici soci, indipendentemente dalla quota posseduta, concrete possibilità di controllo strutturale e gestionale sulla compagine societaria, a discapito dell'autonomia operativa degli amministratori e conformemente alle sollecitazioni comunitarie, secondo cui il consiglio di amministrazione di una società affidataria diretta di servizi pubblici locali non deve essere dotato di piene ed autonome facoltà decisionali, dei quali, viceversa, deve essere "spogliato" a favore dell'amministrazione affidante³⁴⁹, come recepite dalla giurisprudenza amministrativa nazionale che, dal canto suo, ha più volte confermato la regola secondo cui «il consiglio di amministrazione di una s.p.a. *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali»³⁵⁰.

Tale esigenza di eterodirezione delle società *in house* rappresenta uno dei più vistosi esempi di incongruenza tra disciplina pubblicistica relativa alla possibilità di affidamento diretto di un servizio pubblico e dettami civilistici in tema di società,

trova il suo implicito superiore assenso nella conformità ai dettami del diritto comunitario, così come interpretati innanzitutto dalla Corte di giustizia ed anche "tradotti" dal legislatore nazionale.

³⁴⁸ Sulla validità di previsioni derogatorie della disciplina civilistica allo scopo di realizzare un efficace sistema di controllo "analogo" cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 4 gennaio 2008, n. 52, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui è stata considerata positivamente, ai fini suddetti, tra le altre, la circostanza che lo statuto consentisse ad ogni socio, indipendentemente dalla quota di partecipazione, l'impugnazione delle delibere ritenute illegittime, in deroga a quanto previsto dall'art. 2377, comma 3, c.c.

³⁴⁹ Corte di giustizia CE, sez. V, 13 ottobre 2005, in C-458/03, *Parking Brixen*, cit.
³⁵⁰ Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, cit.; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, cit.

quale formula organizzativa rivestita dal soggetto affidatario diretto, perlomeno nel caso in cui quest'ultimo sia costituito in forma di s.p.a., atteso che uno dei capisaldi di tale tipo societario, come risultante dalla riforma, è costituito dalla opposta regola, sancita dall'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c. secondo cui «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale».

A parte la considerazione circa la prevalenza della disciplina speciale e comunitaria nel senso proposto poc'anzi, che comunque potrebbe non risolvere problemi d'incompatibilità che dovessero sorgere in sede di omologazione dello statuto di una società *in house*, si può ipotizzare di scorgere una soluzione facendo riferimento ad un principio fondamentale del diritto amministrativo, espressamente sancito a livello legislativo³⁵¹, che fonda l'esistenza di un certo margine di autonomia operativa anche in capo agli uffici dell'ente pubblico rispetto al livello decisionale politico: si tratta del principio di distinzione e "impenetrabilità" delle competenze tra sfera politica e apparato burocratico³⁵². Da questo punto di vista, allora, sembrerebbe coerente con una visione sistematica che abbracci esigenze pubblicistiche e regole privatistiche prevedere un sistema di controllo di natura pubblicistica che "riproduca" tra ente pubblico affidante e società affidataria del servizio il rapporto che deve esistere tra sfera politica e apparato burocratico dell'ente stesso, così cercando di salvare la dignità societaria del soggetto destinatario dell'affidamento assieme alla previsione di adeguati strumenti di controllo in grado di legittimare un affidamento diretto.

Così, si potrebbe pensare ad un sistema basato sulla costituzione di una struttura di interfaccia tra amministrazione affidante ed organi societari che riservi alla prima poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, "analogamente" alle attribuzioni proprie degli organi di governo dell'ente locale, lasciando agli

³⁵¹ Per quanto maggiormente interessa in questa sede si consideri il disposto di cui all'art. 107, primo comma, T.U.E.L., a norma del quale «Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo».

³⁵² Per approfondimenti sul tema si v., tra gli altri, V. PEDACI, *Brevi riflessioni sull'effettività del principio di separazione politica-amministrazione tra indirizzo politico e responsabilità gestionali*, in *Amm. it.*, 2007, 490 ss.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 2005, 1067 ss.; M. CUCCURU, *Il ruolo della dirigenza alla luce del principio di separazione fra politica e Amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 1409; R. LEONARDI, *Il principio della separazione della politica dall'amministrazione: alla ricerca del confine tra realtà e utopia*, *ivi*, 2002, 1223.

organi societari la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, “analogamente” a quanto previsto in relazione al ruolo dei dirigenti degli enti locali.

Ovviamente si tratta di un’operazione delicata in quanto presuppone un equilibrismo non facile da realizzare nel momento in cui si tratti di attribuire statutariamente all’organismo di interfaccia poteri di controllo che risultino, da un lato, sufficienti a configurare un rapporto di controllo “analogo”, in relazione ad una giurisprudenza amministrativa talvolta “famelica” al punto di pretendere un completo “svuotamento” degli organi societari in merito ad ogni aspetto, anche specifico, della gestione societaria, e, dall’altro lato, non eccessivi rispetto al canone civilistico secondo cui la gestione di una s.p.a. spetta in via esclusiva agli amministratori.

Peraltro, preme sottolineare come l’innesto statutario di un siffatto organo di interfaccia, in caso di compagini societarie pluripartecipate, dovrebbe necessariamente prevedere la regola per cui, al suo interno, nell’esercizio dei poteri di controllo “analogo” ad esso attribuiti, ogni socio sia legittimato ad esprimere un voto, indipendentemente dalla quota societaria posseduta ed in ragione esclusiva dell’affidamento diretto di un servizio pubblico, realizzando così l’ulteriore esigenza, già segnalata in precedenza, di “sganciare” l’esercizio del controllo “analogo” dal principio maggioritario di derivazione societaria imperniato sulla proporzione tra partecipazione al capitale e diritto di voto, in modo tale da consentire anche agli enti pubblici minori di controllare in una certa misura la società evitando che essi siano di fatto esautorati a vantaggio dei soci detentori della maggioranza del capitale; si tratterebbe, in sostanza, di quello strumento «diverso dai normali poteri che in socio, anche totalitario, esercita in assemblea» richiesto dalla giurisprudenza ai fini della configurazione del controllo “analogo”³⁵³.

È pur vero, peraltro, che, una volta attribuito ad ogni componente dell’organo di interfaccia, in rappresentanza degli enti soci, uno ed un solo voto, tale organo finirebbe per esprimersi comunque a maggioranza, essendo francamente impensabile introdurre la regola dell’unanimità, per gli evidenti rischi di paralisi che ciò comporterebbe, tuttavia la differenza, ritenuta decisiva, consiste nel fatto che, in tale caso, non si tratterebbe di una maggioranza precostituita e cristallizzata

³⁵³ T.A.R. Lombardia Brescia, 6 marzo 2008, n. 213, cit.; T.A.R. Lombardia Brescia, 2 maggio 2006, n. 430, cit.; T.A.R. Lombardia, Brescia, 16 marzo 2006, n. 301, cit.; T.A.R. Lombardia, Brescia, 28 febbraio 2006, n. 238, cit.; T.A.R. Lombardia, Brescia, 5 dicembre 2005, n. 1250, cit.; T.A.R. Lombardia, Brescia, 7 novembre 2005, n. 1123, cit.

in capo ai soci detentori della maggior parte del capitale, ma di una maggioranza “numerica” suscettibile di formarsi di volta in volta su di un determinato argomento, anche contro la volontà della maggioranza del capitale³⁵⁴.

Per quanto riguarda la possibilità di “creare”, nell’esercizio dell’autonomia statutaria, organi, quale quello di interfaccia di cui sopra, non contemplati dal diritto societario, la stessa giurisprudenza amministrativa, facendosi carico, per una volta, degli effetti che le determinazioni relative al controllo “analogo” possono comportare sul sistema disciplinato dal diritto civile, ha espresso qualche dubbio, rinviando la questione alla Corte di giustizia, in caso di soggetto affidatario costituito sotto forma di s.p.a.³⁵⁵, mentre ha esplicitamente avvallato un’impostazione di tal genere in relazione ad un gestore di servizi pubblici che ha adottato il diverso tipo della s.r.l., le cui maglie organizzative, come visto in precedenza, sono più ampie rispetto alla s.p.a. e, dunque, meglio in grado di sopportare l’impianto di “corpi estranei” rispetto al dato codicistico. Da quest’ultimo punto di vista, in particolare, i giudici amministrativi³⁵⁶ hanno sancito l’adeguatezza, rispetto ai canoni dell’*in house providing*, di un modello caratterizzato, tra le altre cose, dalla creazione di due “comitati”, uno di indirizzo e controllo politico-amministrativo e uno tecnico di controllo, dei quali il primo, costituito da rappresentanti degli enti soci a livello politico, è investito di ampi poteri di indirizzo, coordinamento, supervisione e controllo in grado di vincolare l’operato del consiglio di amministrazione, ivi compreso il diritto di designarne i componenti e di adottare la proposta di bilancio di esercizio e di rendiconto consuntivo, mentre al secondo, composto da tecnici in organico agli enti pubblici soci, è attribuita la facoltà di avanzare agli organi societari proposte idonee a coordinare l’azione dell’ente gestore con gli obiettivi delle amministrazioni affidanti, fornendo, inoltre, alla società anche un supporto tecnico-amministrativo e segnalando eventuali criticità attinenti all’erogazione dei servizi sul territorio degli enti soci³⁵⁷.

³⁵⁴ Sull’idoneità ai fini in esame, sia pure con riferimento ad una società cooperativa, dell’esercizio del controllo in forma congiunta da parte degli associati tramite deliberazioni adottate a maggioranza, si v. Corte di giustizia, sez. III, 13 novembre 2008, in C-324/07, *Coditel Brabant*, cit.

³⁵⁵ T.A.R. Lombardia Brescia, ord. 11 dicembre 2007, n. 148, cit.

³⁵⁶ T.A.R. Lombardia Brescia, 6 marzo 2008, n. 213, cit.

³⁵⁷ In termini non dissimili cfr. anche T.A.R. Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407, in *Foro amm. TAR*, 2007, 3959, ove, sempre in tema di s.r.l., si è giudicato positivamente, ai fini in esame, la costituzione di un comitato di controllo sulla gestione della società, composto da tre rappresentanti a livello politico dell’ente locale socio unico (il sindaco e due consiglieri), nonché da due tecnici dipendenti del socio unico stesso (il segretario comunale e il dirigente del settore di volta

In definitiva, il profilo di specialità ora in esame costituisce un ulteriore segnale di quanto rilevato in precedenza, ossia che il tipo societario della s.r.l., proprio per l'elasticità che lo caratterizza, meglio si presta, rispetto a quello della s.p.a., a consentire la "speciale" configurazione della *governance* tipica delle società *in house*, evitando quei rischi di incompatibilità tra esigenze pubblicistiche e diritto societario che invece costituiscono un problema irrisolto, e forse irrisolvibile, in tema di s.p.a.

3.2. *L'obbligo di evidenza pubblica.*

Come è si è già avuto modo di sottolineare, l'evoluzione delle forme organizzative attraverso le quali la pubblica amministrazione è stata nel tempo legittimata, o "invitata", a ricorrere ha inevitabilmente comportato significative ripercussioni sui contorni della soggettività pubblica, nel cui alveo è sorta la necessità di ricondurre anche soggetti che, pur attraverso uno modello organizzativo di natura privatistica, tuttavia sono deputati ad esercitare un'attività di interesse pubblico, venendo a costituire essi stessi "pubblica amministrazione", dalla quale, pertanto, in ordine al profilo che interessa qui indagare, sono finiti per "ereditare" le medesime condizioni che impongono la necessità di ricorrere a procedure ad evidenza pubblica per l'approvvigionamento dei beni e dei servizi necessari all'adempimento della propria "missione". In tale ottica, come è noto, il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica costituisce ovviamente la regola generale dell'azione amministrativa ogniqualvolta si sia in presenza di un'operazione che comporti un'entrata finanziaria per la pubblica amministrazione, e ciò nel perseguimento dell'interesse pubblico all'individuazione del miglior contraente possibile, sia con riferimento ai requisiti soggettivi relativi alle capacità tecniche, organizzative e finanziarie, sia dal punto di vista oggettivo relativo all'economicità dell'offerta formulata e quindi al buon uso del denaro pubblico, in applicazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa delineati dall'art. 97 Cost., cui si è aggiunta, nell'ottica comunitaria, l'esigenza di tutelare il principio di libera concorrenza e, conseguentemente, quelli di parità di

in volta interessato), e ciò nonostante le competenze del comitato siano state limitate agli atti di straordinaria amministrazione. Analogamente si v anche T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 3 gennaio 2008, n. 19, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si richiede espressamente, ai fini della realizzazione del requisito del controllo "analogo", «la sussistenza di una struttura interna agli enti, costituita *ad hoc*, che eserciti la funzione di interfaccia con l'impresa partecipata e che eserciti i poteri di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo».

trattamento, non discriminazione, trasparenza. In sostanza, la procedura ad evidenza pubblica è preordinata a garantire un corretto *iter* decisionale in seno all'ente pubblico, ove si potrebbe cedere a logiche diverse da quelle della convenienza dell'operazione, diversamente da quello che accade in contesti privati, ove non vi è bisogno di creare artificialmente, tramite la gara, una situazione di concorrenza, in quanto il privato è portato a scegliere naturalmente la soluzione più conveniente.

Ebbene, le stesse considerazioni sono state generalmente condotte con riferimento alle società *in house*, fino ad approdare alla regola, codificata dall'art. 23-bis, comma 10, lett. a), della l. n. 133/2008, il quale ha sancito la necessaria «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».

Per quanto riguarda il primo aspetto, era già desumibile dalla sussistenza di un rapporto di delegazione interorganica, in particolare dalla conseguente assenza di terzietà, perlomeno su di un piano sostanziale, tra le suddette società e l'amministrazione affidante un servizio pubblico, la conseguenza che le compagnie in esame potrebbero subire lo stesso rischio proprio della pubblica amministrazione di essere orientate, nell'attività di approvvigionamento di beni e servizi, da logiche di matrice "politica" diverse da quelle di mercato e di libera concorrenza, con conseguente assoggettamento, a loro volta, all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica nell'esercizio dell'attività contrattuale posta in essere, alla stessa stregua dell'ente pubblico di cui sono, per definizione, mera articolazione organizzativa.

A tale conclusione si era comunque già pervenuti, peraltro, senza bisogno di ricorrere alla figura dell'organismo di diritto pubblico che, come è noto, costituisce il "grimaldello" utilizzato in sede comunitaria per applicare le regole in tema di contratti pubblici anche a soggetti formalmente privati, stante la non scontata coincidenza tra requisiti validi ad integrare la figura dell'organismo di diritto pubblico con quelli richiesti ai fini dell'affidamento *in house*³⁵⁸, in un quadro in cui, comunque, ad onor del vero, le caratteristiche salienti dei due istituti sembrano tendere ad un avvicinamento, tanto da non mancare spunti che paiono deporre nel

³⁵⁸ In tal senso G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismo di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2005, 74; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni e i c.d. "affidamenti in house"*, *ivi*, 2004, 945 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, *cit.*, 285-286.

sensu di una certa possibilità di ricomprendere le compagnie *in house* nella categoria dell'organismo di diritto pubblico. Da tale punto di vista, pur trattandosi di un discorso irrilevante agli specifici fini qui assunti, preme rilevare sinteticamente, in primo luogo, come risulti ormai incontestabile, sulla scorta dell'insegnamento comunitario³⁵⁹, che la forma di società di capitali eventualmente rivestita da una compagine esercente un servizio pubblico *in house* non valga, di per sé, in alcun modo ad escludere che la stessa possa rientrare nella categoria dell'organismo di diritto pubblico, tanto più che l'aggiunta esplicativa circa la possibile forma giuridica societaria contenuta nell'art. 3, comma 25, del Codice dei contratti, pare finalizzata proprio a considerare le società *in house* come soggetti annoverabili tra gli organismi di diritto pubblico³⁶⁰. In secondo luogo, risultando scontato il possesso, da parte delle società *in house*, del requisito relativo alla personalità giuridica, riflessioni solo leggermente più articolate merita l'ulteriore condizione consistente nel fatto che la gestione dell'ente che si assume nel novero degli organismi di diritto pubblico sia soggetta al controllo dello Stato, degli enti locali o di organismi di diritto pubblico oppure che il relativo organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri più della metà dei quali sia designata dai medesimi soggetti pubblici. Ebbene, da tale angolo visuale, appare del tutto evidente, in virtù di quanto rilevato approfonditamente in precedenza, come le società *in house*, per definizione, siano sottoposte ad un controllo strutturale dell'ente pubblico socio la cui intensità giunge a far assumere all'affidatario la natura di prolungamento organizzativo dell'amministrazione controllante, andando, pertanto, ben oltre quanto richiesto per la configurazione come organismo di diritto pubblico: appare allora chiara la maggiore pregnanza del requisito del controllo analogo rispetto a quello dell'influenza pubblica dominante, tanto che il primo comprende sempre il secondo, e non viceversa³⁶¹. Infine, come si è visto in precedenza, i giudici comunitari, dopo aver statuito che la mancanza di concorrenza sul mercato non costituisce una condizione necessaria ai fini della ricorrenza della figura dell'organismo di diritto pubblico, hanno chiarito che il

³⁵⁹ In tal senso cfr., tra le altre, Corte di giustizia CE, sez. VI, 15 maggio 2003, in C-214/00, *Regno di Spagna*, cit.; Corte di giustizia Ce, 10 novembre 1998, in C-360/96, *BFI Holding*, cit.

³⁶⁰ G. RUGGERI, M.L. TAMBORINO, *Art. 3. Definizioni*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 61. In senso analogo si v. anche D. CASALINI, *op. ult. cit.*, 181, secondo cui «la qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico sottende di frequente un'ipotesi di *in house providing*».

³⁶¹ F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007, 305.

requisito inerente al carattere non industriale o commerciale è da riferire, non già all'attività espletata o alle modalità di gestione della stessa, bensì ai bisogni per il cui soddisfacimento l'ente è istituito ed opera³⁶², rispetto ai quali, per motivi di interesse generale, lo Stato, o gli enti locali, preferiscano provvedere direttamente o mantenere un'influenza dominante³⁶³. Ne consegue che un ente, ancorchè operante nel rispetto di criteri commerciali e nell'esercizio di un'attività a carattere imprenditoriale, può essere ugualmente sussunto nella nozione di organismo di diritto pubblico allorchè i bisogni dallo stesso istituzionalmente soddisfatti non assumano carattere industriale o commerciale³⁶⁴, afferendo, per esempio, alla tutela della salute pubblica perseguita tramite una corretta e puntuale raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani, la quale un'attività tipicamente e di sovente esercitata da società *in house*. Di qui deriva un certo ridimensionamento, anche se probabilmente non una cessazione, dei profili di incompatibilità tra “servizi di rilevanza economica” e “bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale” nulla ostando, ormai, a che servizi per i quali esista una certa concorrenza e che siano gestiti in forme “imprenditoriali” siano comunque preordinati a soddisfare bisogni generali dal carattere non industriale o commerciale, ad esempio sociali o socio-sanitari, attenendo i primi alla natura organizzativa del servizio nel contesto economico di riferimento e riguardando, i secondi, la sostanza dell'utilità offerta alla generalità dei consociati. Indicazioni assonanti, peraltro, giungono anche dal diverso piano del diritto societario, in cui, come già illustrato, si è raggiunta la consapevolezza che la veste societaria non è più riflesso immediato, come in passato, di taluni elementi tipologici insopprimibili, come il perseguimento, per definizione, di uno scopo di lucro, bensì costituisce una forma organizzativa strutturata in modo estremamente flessibile posta al servizio di molteplici e differenti esigenze facenti riferimento ad una pluralità di contesti e di

³⁶² Sul punto cfr. F. CINTIOLI, “*Di interesse generale e non aventi carattere industriale o commerciale*”: *i bisogni o l'attività?* (brevi note sull'organismo di diritto pubblico), cit.

³⁶³ Corte di giustizia CE, 10 novembre 1998, in C-360/96, *BFI Holding*, cit. In tal senso anche Cons. St., sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Riv. Corte conti*, 2002, 224.

³⁶⁴ F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M. SEMPREVIVA, *op. cit.*, 319. In senso analogo si v. anche G. GRECO, *op. ult. cit.*, 65, secondo cui il riferimento ai bisogni e non all'attività consente di ricomprendere tutte le imprese e società in mano pubblica istituite per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. In giurisprudenza, di recente, cfr., T.A.R. Trentino Alto Adige, 7 novembre 2005, n. 298, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3447, secondo cui la qualifica in esame va riconosciuta «allorquando l'attività di un organismo, posto sotto l'influenza determinante di un ente pubblico, non sia unicamente diretta a realizzare un profitto economico secondo le condizioni di mercato, ma sia strumentale al raggiungimento dello scopo di interesse generale istituzionalmente previsto».

funzioni, tra le quali si può certamente annoverare il perseguimento di interessi pubblici. Ciò significa, in termini più espliciti, che la costituzione di un soggetto sotto forma di società di capitali non comporta più, per definizione, il perseguimento di uno scopo di lucro, ben potendo la veste societaria costituire uno strumento organizzativo funzionale ad obiettivi diversi, con ciò consentendo la soddisfazione di bisogni del tipo cui è preordinato l'organismo di diritto pubblico anche mediante compagini societarie³⁶⁵.

In sostanza, pertanto, si può affermare che la società *in house*, ricorrendone nel contesto concreto in cui essa opera i requisiti, potrebbe anche essere considerata come organismo di diritto pubblico, anche se, lo si ribadisce, si tratta di un discorso che non vale la pena di condurre oltre, in quanto l'effetto "funzionale" che l'inclusione in quest'ultima categoria comporta, ovvero l'assoggettamento alle procedure ad evidenza pubblica, è ormai sancito a livello legislativo, senza contare che, anche indipendentemente da ciò, esso si poteva già considerare realizzato in maniera decisamente più lineare affermando siffatto obbligo in capo alle compagini affidatarie dirette di un servizio pubblico sulla base dell'assenza di terzietà sostanziale che le "lega" indissolubilmente all'ente affidante, così da "ereditarne" i caratteri e la relativa disciplina, anche, tra le altre cose, in tema di attività contrattuale.

Per la verità, in senso parzialmente diverso, è emersa, in dottrina³⁶⁶, la riflessione secondo cui un'indiscriminata estensione dell'obbligo di evidenza pubblica si porrebbe in contrasto con le intenzioni del legislatore il quale, nel momento in cui ha previsto la possibilità per l'ente pubblico di esercitare alcune delle sue funzioni attraverso uno schema organizzativo di tipo privatistico, il ricorso al quale è sempre più frequentemente "caldeggiato" dalle norme sul procedimento amministrativo, ha inteso sottoporre l'azione così posta in essere alle medesime regole vigenti in ambito privatistico, proprio allo scopo di garantirne naturalmente l'efficienza, efficacia ed economicità.

Così, in tale ottica, si potrebbe affermare che l'obbligo di evidenza pubblica cessi, o almeno si attenui, in caso di compagini societarie che, pur partecipate da

³⁶⁵ Sul punto cfr. G. SALA, *op. cit.*, 911 ss., il quale conferma come sia ormai pacifico che società private, controllate da enti pubblici, pur se svolgano attività commerciale o industriale ma strumentale ad esigenze non di carattere industriale o commerciale, costituiscono organismo di diritto pubblico e ciò in quanto a determinare il regime applicabile non è la natura del soggetto e nemmeno l'attività che esso svolge, bensì le esigenze che ne costituiscono la ragion d'essere.

³⁶⁶ In tal senso cfr. M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *federalismi.it*, n. 3/2008.

enti pubblici, tuttavia esercitino la loro attività in regime di concorrenza, sopportando il rischio di perdite economiche in un contesto di indipendenza imprenditoriale sul libero mercato, così da rendere superflua la creazione “artificiale”, tramite la gara, di una situazione di mercato già esistente, tale per cui la società, nella persona dei suoi amministratori, sarebbe naturalmente portata ad effettuare le scelte più convenienti per il perseguimento dell’oggetto sociale, e, di conseguenza, per l’interesse pubblico sotteso alla costituzione stessa della società. In questo senso, la vera alterazione delle regole della concorrenza coinciderebbe, secondo alcuni³⁶⁷, con la facoltà, da parte della società soggetta al controllo pubblico, di scegliere i propri contraenti secondo logiche diverse da quelle di mercato, dovendo la stessa, viceversa, essere inserita in un regime di libera competizione che le imponga di selezionare i contraenti migliori, onde acquisire o conservare una posizione di competitività nel mercato di riferimento, pena, tra le altre cose, la possibile revoca degli amministratori.

In definitiva, tale ultima, innovativa, posizione pare rivestire senza dubbio dei caratteri suggestivi, soprattutto nell’ottica comunitaria di realizzazione di un libero mercato lasciato alle determinazioni del principio di concorrenza, anche se risulta più facilmente applicabile alle c.d. imprese pubbliche, il cui concetto si è cercato di delimitare in precedenza, con esclusione delle società *in house*, la cui conformazione come mera articolazione organizzativa di un ente pubblico non può consentire loro, come riconosciuto legislativamente, di essere esonerate dall’applicazione delle regole dettate nei confronti di quest’ultimo: se così fosse, ciò, a ben vedere, equivarrebbe ad affermare che un determinato ufficio di una pubblica amministrazione sia tenuto ad osservare la procedura ad evidenza pubblica ed un altro no, a meno di voler ammettere che la società *in house* non sia sostanzialmente assimilabile ad un ufficio dell’ente pubblico affidante, il che si porrebbe ontologicamente in contraddizione con i caratteri propri degli affidamenti diretti come legittimati dall’ordinamento comunitario.

Per un altro verso, anche l’alienazione di partecipazioni in una società *in house*, comportando un’entrata finanziaria per la pubblica amministrazione, soggiace al principio che impone il ricorso ad una procedura ad evidenza pubblica. Del resto, in tal senso depone anche il dato normativo se si considera che l’art. 3, comma 27 e ss., della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) impone

³⁶⁷

C. DEODATO, *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, cit.

alle pubbliche amministrazioni di cedere a terzi, «tramite procedure ad evidenza pubblica», le partecipazioni in società non ritenute strettamente indispensabili per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali e non deputate alla produzione di servizi di interesse generale, oppure che l'art. 116 d.lgs. n. 267/2000, con riferimento alle società con partecipazione minoritaria di enti locali, dispone che gli enti interessati provvedono «all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure ad evidenza pubblica».

Invero, tali puntualizzazioni potrebbero sembrare scontate, e dunque non degne di nota, se non fosse per la volontà di segnalare, in questa sede, come l'obbligo di evidenza pubblica cui soggiace, da un punto di vista pubblicistico, l'operazione di alienazione di quote societarie riconducibili ad enti locali, o pubbliche amministrazioni in genere, sia destinato a collidere con la previsione, spesso presente negli statuti societari, di un diritto di prelazione in capo ai soci. In tale situazione, infatti, non si potrebbe fare a meno di registrare una contrapposizione tra due istanze opposte e parimenti legittime in base al rispettivo ordinamento specifico di appartenenza: si allude, sul fronte civilistico, al diritto statutario del socio di essere posto nelle condizioni di poter esercitare il diritto di prelazione statutariamente previsto, mentre, sul versante pubblicistico, alla necessità per il socio-ente pubblico di procedere, in ipotesi, all'alienazione delle quote attraverso una procedura ad evidenza pubblica che non ammetterebbe, per definizione, alcuna prelazione, essendo, al contrario, preordinata ad ottenere il maggiore beneficio possibile per la pubblica amministrazione tramite una sollecitazione del mercato più ampia ed aperta possibile.

Tale “tensione”, peraltro, va coordinata con un'ulteriore esigenza corrispondente, come visto in precedenza, alla necessaria presenza di clausole statutarie che limitino la possibilità di rivestire la qualifica di soci delle compagini *in house* in capo ad enti pubblici affidanti un servizio o, comunque, a pubbliche amministrazioni o imprese pubbliche, onde escludere una partecipazione, anche solo potenziale, di soggetti privati. Da quest'ultimo punto di vista, la “tensione” suddetta non si registrerebbe più tanto tra diritto di prelazione e obbligo di evidenza pubblica, quanto tra quest'ultimo e le clausole che impongono la presenza di determinati requisiti per l'acquisto della qualità di socio o che consentono il trasferimento solo a determinate categorie di soggetti, così restringendo

inevitabilmente il novero dei soggetti potenzialmente interessati all'alienazione delle quote.

Si è in presenza, pertanto, di un ulteriore profilo di specialità che interessa le società *in house*, e, segnatamente, l'obbligo di evidenza pubblica cui esse sono sottoposte, il quale, per caratteristiche peculiari di tali compagini societarie, non tollera, da un lato, il diritto di prelazione civilisticamente prevedibile in sede statutaria e, dall'altro lato, subisce comunque un'inevitabile limitazione derivante dal divieto di partecipazione al capitale sociale da parte di soggetti privati (a pena della impossibilità di ricevere affidamenti diretti), nonché in considerazione dell'ambito territoriale in cui la società *in house* è generalmente vincolata ad operare, tale da rendere difficilmente giustificabile l'adesione di un ente pubblico il cui territorio di riferimento non si collochi in maniera contigua, o comunque omogenea, con quello degli altri enti soci.

Un ulteriore ambito in cui rileva, come si diceva, la soggezione delle società pubbliche, e segnatamente quelle *in house*, all'obbligo di evidenza pubblica riguarda la procedura per l'assunzione del personale, con precipuo riferimento al disposto di cui all'art. 97, comma 3, Cost., a norma del quale, come è noto, «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

Già prima dell'intervento del legislatore sul punto, che ha sgombrato ogni equivoco circa il fatto che le società *in house* siano tenute alla celebrazione di procedere ad evidenza pubblica per l'assunzione del personale, si era segnalato un intervento della Corte costituzionale che ha sollevato il problema, senza però indagarlo ed argomentarlo a fondo³⁶⁸. In particolare, la Consulta, nel ritenere non fondata una questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento ad una previsione di legge regionale nel senso che le società a capitale interamente pubblico affidatarie di un servizio pubblico siano obbligate al rispetto delle procedure ad evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, aveva disatteso l'eccezione secondo cui, così prevedendo, si porrebbe a carico di società private obblighi ed oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato, statuendo, al contrario, che la disposizione regionale censurata, in realtà, «non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al

³⁶⁸

Corte cost., 1° febbraio 2006, n. 29, in *Giur. cost.*, 2006, 1.

principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorchè formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici».

In sostanza, l'apertura offerta dai giudici costituzionali aveva già deposto nel senso di applicare anche alle società pubbliche meccanismi per la selezione del personale che prescindano dal puro esercizio di autonomia tipico dei soggetti privati, e ciò in aderenza alla nozione costituzionale di "pubblico ufficio" che non può essere interpretata in senso tanto restrittivo da ricomprendervi i soli uffici degli enti pubblici ma, al contrario, deve essere estesa alle strutture organizzative, anche private, deputate allo svolgimento di pubbliche funzioni³⁶⁹, così da fornire l'ennesima conferma del fatto che le società *in house*, per diversi aspetti di "specialità", non sono altro che pubblica amministrazione esse stesse, nonostante la veste privatistica, con conseguente applicabilità degli istituti pubblicistici.

3.3. *La soggezione degli amministratori di società pubbliche alla giurisdizione della Corte dei conti.*

Una delle peculiarità che connota il regime giuridico delle società pubbliche, tanto da far pensare, ancora una volta, alla sussistenza di un vero e proprio "diritto societario pubblico"³⁷⁰, riguarda il profilo della responsabilità degli amministratori, i cui comportamenti, secondo un'acquisizione relativamente recente, ma ormai consolidata, sono ritenuti passibili di rientrare nell'ambito della giurisdizione della Corte dei conti³⁷¹.

In particolare, la Suprema Corte, in seguito al descritto fenomeno di evoluzione in senso privatistico degli strumenti di perseguimento della funzione amministrativa, ha abbandonato la tradizionale impostazione che distingueva tra atti compiuti nell'esercizio dell'impresa ed atti espressione di un potere autoritativo connesso alla pubblica funzione, con conseguente sottrazione dei primi dai vincoli

³⁶⁹ In tal senso cfr. G. GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato (Parte seconda)*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 159.

³⁷⁰ F. FERRARI, *La "fuga verso il privato" e l'emergere di un "diritto societario pubblico": brevi note a Cass. civ., SS.UU., 26.2.2004, N. 3899*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 2006, 733 ss., il quale riscontra l'esistenza di «molteplici regole in base alle quali l'attività delle società "pubbliche" è disciplinata in maniera tutt'affatto differente da quella svolta dalle società nella cui compagine sociale si ritrovano soltanto soggetti privati, in quanto tali disinteressati alle finalità di attuazione degli interessi della collettività».

³⁷¹ In tema, tra gli altri, si v. M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008.

propri della finanza pubblica e, quindi, dalla giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti, giungendo ad affermare, in relazione agli enti pubblici economici, la sussistenza di un'attività amministrativa, non solo allorquando si faccia uso di poteri autoritativi, ma anche nel momento in cui, nei limiti consenti dall'ordinamento, si perseguano finalità istituzionali pubbliche mediante uno strumento disciplinato, in tutto o in parte, dal diritto privato³⁷². Da tale considerazione è derivata l'idea secondo cui è l'evento verificatosi in danno di un'amministrazione pubblica dal quale scaturisce la soggezione alla giurisdizione contabile e non più il mero quadro di riferimento, di diritto pubblico o privato, nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso³⁷³.

Successivamente, con precipuo riferimento alle società pubbliche, si è specificato ulteriormente che l'affidamento, da parte di un ente locale ad un soggetto privato (nella specie, una società per azioni partecipata in misura assolutamente maggioritaria dall'ente locale stesso) della gestione di un servizio pubblico, integra una relazione incentrata sull'inserimento del soggetto affidatario nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento dei relativi amministratori alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale, non rilevando, in contrario, nè la natura privatistica dell'ente stesso, nè la natura privatistica dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito ed attuato il rapporto in

³⁷² Per un'analisi della giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione in tema si v. G. D'AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale "revirement" della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, in *Foro it.*, 2005, 2684 ss.

³⁷³ Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667, in *Giur. it.*, 2004, 1830, con nota di G. ASTEGIANO, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*. Sul punto si v. anche R. URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 693 ss.; M.A. VISCA, *La giurisdizione della Corte dei conti sull'attività privata di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, in *Giust. civ.*, 2004, 2044 ss. Nello stesso senso cfr. Cass. civ., sez. un., 15 febbraio 2007, n. 3367, in *Foro amm. CdS*, 1373; Cass. civ., sez. un., 20 giugno 2006, n. 14101, in *Giust. civ.*, 2007, 1951, nonché Cass. civ., sez. un., 1° marzo 2006, n. 4511, in *Riv. Corte conti*, 2006, 2, 237, con nota di P.L. REBECCHI, *"Sviamento" nell'utilizzo delle pubbliche risorse e giurisdizione di responsabilità amministrativa contabile*, secondo cui per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile non rileva la qualità del soggetto ma la natura del danno e degli scopi perseguiti e, pertanto, ove il privato, destinatario di un atto di concessione di contributi, incida per sue scelte negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla p.a. concedente i contributi, e, conseguentemente, determini uno sviamento dalle finalità da perseguire, lo stesso realizza un danno per l'ente pubblico di cui deve rispondere dinanzi alla Corte dei conti. Nel senso che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sulla controversia avente ad oggetto la responsabilità degli amministratori di un ente pubblico non economico (nella specie, di un ente di sviluppo agricolo) per il danno cagionato all'ente e alla regione mediante atti di diritto privato, posti in essere senza aver adottato, con colpa grave, la diligenza necessaria a tutelare il patrimonio dell'ente, cfr. Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2007, n. 15458, in *Foro it.*, 2008, 555.

questione³⁷⁴. In sostanza, per effetto della relazione, non organica, ma funzionale, e dell’inserimento del soggetto privato nell’organizzazione pubblica, è stata riconosciuta la diretta legittimazione passiva degli amministratori di una società pubblica in considerazione, non tanto della partecipazione maggioritaria pubblica o della forma organizzativa privata del modulo utilizzato, quanto della finalità perseguita attraverso un’attività svolta in maniera imprenditoriale, con il conseguente spostamento del fulcro dell’interesse circa la questione in esame sulla natura pubblica delle risorse impiegate per il perseguimento di fini pubblici³⁷⁵.

Da quest’ultimo punto di vista, la responsabilità amministrativa è stata vista sorgere da una relazione funzionale tra l’autore dell’illecito causativo di danno patrimoniale e l’ente pubblico che subisce tale danno, nonché dall’inserimento del privato nell’*iter* procedimentale, tanto da renderlo compartecipe dell’attività amministrativa, anche se esterno all’organizzazione istituzionale pubblica, con l’ulteriore precisazione che, ai fini dell’esercizio della giurisdizione contabile di responsabilità, non è necessaria una gestione del danaro secondo moduli contabili di tipo pubblico, nè di procedure di rendicontazione, propri della giurisdizione contabile in senso stretto, in quanto tale esercitabile solo nei confronti dei c.d. agenti contabili, ma è sufficiente l’esistenza di un “rapporto di servizio” tra i soggetti interessati³⁷⁶.

Dal canto suo, la giurisprudenza contabile, prendendo le mosse da una concezione sostanziale di pubblica amministrazione che prescinde dagli aspetti formali caratterizzanti l’organizzazione dell’ente e concentrandosi sull’elemento funzionale della propria attività, in particolare sul soddisfacimento diretto di bisogni

³⁷⁴ Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Foro amm. CdS*, 2004, 375, su cui si v. S. RODRIQUEZ, *La giurisdizione della Corte dei conti: dagli enti pubblici economici alle s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, in *Giur. it.*, 2004, 1946 ss.; G. ASTEGIANO, *La responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica: dal giudice ordinario a quello contabile?*, in *Dir. della Regione*, 2004, 3 ss. Nello stesso senso cfr. Cass. civ., sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22513, in *Foro amm. CdS*, 2007, 73.

³⁷⁵ P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all’evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008, 535 ss. Nel senso che il *discrimen* tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile risiede unicamente nella natura delle risorse finanziarie di cui il soggetto si avvale, e che, pertanto, è l’evento verificatosi in danno di una p.a. il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile e non più il quadro di riferimento, diritto pubblico o privato, nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso, si v. anche Cass. civ., sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973, in *Riv. Corte conti*, 2005, 3, 210. P. SANTORO, *Le materie di contabilità pubblica: dalla interpositio legislatoris alla interpositio in house*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 2914 ss., rileva come l’evanescenza dell’ambito proprio della contabilità pubblica assecondi l’estensione della cognizione contabile ad ogni ipotesi in cui vi sia l’impiego di risorse pubbliche.

³⁷⁶ Cass. civ., sez. un., 12 ottobre 2004, n. 20132, in *Riv. Corte conti*, 2004, 5, 255, su cui si v. S. RODRIQUEZ, *Le sezioni unite tornano a pronunciarsi sulla giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. it.*, 2005, 848 ss.

di interesse generale, richiama le nozioni, di origine comunitaria, di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica, le quali fanno riferimento ad indici di indiscussa pubblicità, tali da connotarne in maniera sostanziale la loro essenza come soggetti apparentanti all'area pubblicistica, facendone derivare che la classificabilità di un ente nei termini predetti ne implica la sottoposizione, non solo alle regole comunitarie in tema di appalti, ma, al tempo stesso e per i medesimi motivi, anche a quelle interne in tema di controllo e sindacato giurisdizionale della magistratura contabile, e ciò non solo per motivi logici, ontologici e sistematici, ma altresì per motivi funzionali e di coerenza del sistema³⁷⁷.

3.3.1. *L'azione di responsabilità erariale e le azioni sociali di responsabilità: ennesimo terreno di confronto tra disciplina pubblicistica e privatistica nell'ambito societario pubblico.*

L'affermazione in via pretoria della soggezione degli amministratori di società a capitale pubblico alla giurisdizione della Corte dei conti è avvenuta, per la verità, senza tenere in debito conto le conseguenze e l'impatto destinato a riverberarsi sul sistema di azioni ordinarie di responsabilità disciplinate dal codice civile, alle cui regole, almeno in linea teorica, le compagini pubbliche, proprio in quanto società, parimenti dovrebbero soggiacere. Si è pertanto creata una certa "tensione" e sovrapposizione tra responsabilità di matrice pubblicistica e quella di tipo sociale, sulla falsariga di quanto si è riscontrato nel momento in cui si sono indagati i profili di compatibilità tra dettami resi, sempre in via pretoria, in tema di *in house providing* e assetto societario civilistico delle compagini affidatarie dirette di servizi pubblici locali.

In sostanza, nei limiti imposti dalla presente trattazione, in cui preme semplicemente evidenziare un aspetto di specialità rispetto alla disciplina codicistica delle società pubbliche, segnatamente di quelle degli enti locali volte alla produzione *in house* di servizi pubblici, si tratta di definire il rapporto sussistente nei confronti degli amministratori delle suddette compagini tra azione

³⁷⁷ Corte conti, sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 441, con nota di G. ALFIERI, *L'azione di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica tra giurisdizione contabile e normativa europea*. Nel medesimo senso si v. anche Corte conti, sez. giur. Lombardia, 17 luglio 2007, n. 414, in www.corteconti.it, in cui si ribadisce che la giurisdizione contabile prescinde dalla veste formale, societaria o meno, dell'ente danneggiato, in base alla considerazione per cui è escluso che la semplice veste formale di s.p.a. sia idonea a trasformare la natura pubblicistica di soggetti che, in mano al controllo (maggioritario o meno) dell'azionista pubblico, continuano ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici; Corte conti, sez. giur. Trentino Alto Adige, 1° luglio 2006, n. 58, *ivi*.

esercitabile dal PM contabile, da un lato, e quelle di responsabilità verso le società, esercitabili, principalmente, dall'assemblea (art. 2393 c.c.) e dai soci (art. 2393-bis), nonché dai creditori sociali (2394 c.c.), tenendo presente anche la possibilità di azione individuale del socio e del terzo (2395 c.c.)³⁷⁸.

Sul versante privatistico³⁷⁹, è stato osservato come la società a capitale pubblico, anche propendendosi per una qualificazione pubblicistica, rappresenti pur sempre un organismo associativo destinato ad operare sul mercato e dotato di una disciplina che tiene conto degli interessi di tutti coloro che sono destinati a risentire dell'azione sociale, prevedendo, per questo motivo, un sistema di meccanismi di responsabilità civile di tipo compensativo volti a riparare il danno che si sia verificato, a seconda dei casi, sul patrimonio sociale o nei confronti di singoli soci o terzi. In tale contesto, secondo l'impostazione ora in commento, se le finalità pubbliche s'identificano con l'interesse sociale o, quantomeno, ne diventino una componente rilevante, il loro mancato perseguimento non rileva in sé, risultando assorbito nella violazione del dovere di perseguire l'interesse sociale; viceversa, nel momento in cui le suddette finalità facciano capo esclusivamente al socio pubblico, non si potrà imputare agli amministratori di non aver perseguito uno scopo diverso da quello sociale. In particolare, dal punto di vista ora assunto, l'iniziativa del PM contabile non parrebbe creare rilevanti difficoltà nella fattispecie, regolata sul versante civilistico dall'art. 2395 c.c., in cui il comportamento lesivo degli amministratori abbia colpito direttamente il patrimonio del socio pubblico. Diversamente, in caso di danno al patrimonio sociale, l'esperimento dell'azione erariale tenderebbe a ripristinare il patrimonio dell'ente pubblico socio, mentre le

³⁷⁸ Sul tema cfr., per approfondimenti, tra gli altri, C. PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società, tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 2004, 312 ss.

³⁷⁹ C. IBBA, *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit., 301 ss. In termini simili cfr. anche G. ROMAGNOLI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Soc.*, 2008, 441 ss., secondo cui l'affermazione della responsabilità amministrativa si traduce in una erosione delle competenze degli organi sociali in tema di azione nei confronti dell'organo gestorio o dei suoi componenti per la spettanza esclusiva dell'iniziativa alla procura contabile; L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 223 ss., la quale, partendo dal presupposto che il codice civile prevede azioni e rimedi a disposizione degli azionisti e dei soci finalizzati alla tutela dell'integrità del patrimonio sociale, si chiede come questi ultimi possano trovare soddisfazione qualora gli amministratori siano chiamati a reintegrare il danno provocato all'erario e se l'interesse sociale e i meccanismi posti a sua tutela possano resistere a fronte dell'interesse dello "speciale" socio pubblico che viene tutelato ed azionato direttamente dal Procuratore della Corte dei conti.

ordinarie azioni civili, di cui agli artt. 2393 ss. c.c., sono destinate a salvaguardare il patrimonio sociale a vantaggio di tutti i soci e dei creditori: in tale fattispecie, secondo l'opinione di cui si sta dando conto, un socio specifico, quello pubblico, sarebbe legittimato, tramite l'iniziativa del PM contabile, a soddisfarsi prima dei creditori in seguito alla diminuzione patrimoniale cagionata da un comportamento illegittimo degli amministratori, con una traslazione del rischio d'impresa dal socio pubblico ai creditori sociali che rovescerebbe svariati principi del diritto privato e societario in particolare, generando dubbi di legittimità costituzionale. Allora, per reperire una qualche forma di compatibilità sarebbe necessario, secondo la ricostruzione in esame, che anche l'azione di responsabilità amministrativa tendesse al reintegro del patrimonio sociale ma, anche in questo caso, non mancherebbero significativi inconvenienti in grado di giustificare, nuovamente, l'incompatibilità fra responsabilità amministrativa e societaria: in tale ottica, si è fatto riferimento alla diversa legittimazione all'iniziativa (in un caso del PM contabile, nell'altro della società, dei soci di minoranza, dei creditori sociali), nonché alla diversa struttura della responsabilità amministrativa rispetto a quella civilistica, essendo, la prima, attivabile solo in caso di dolo o colpa grave, tendenzialmente parziaria e intrasmissibile *mortis causa*, sovente quantificata in un importo ridotto rispetto all'ammontare del danno, con conseguente frustrazione delle finalità di riequilibrio patrimoniale cui invece tendono, in via esclusiva, le azioni societarie, dovendo, oltretutto, nella prospettiva assunta, scartare l'ipotesi del cumulo tra le due azioni, non potendo pretendere che gli amministratori siano tenuti a risarcire due volte lo stesso danno.

A quest'ultimo proposito, secondo una prima impostazione, nel momento in cui il socio danneggiato sia l'amministrazione o l'ente pubblico proprietario della quota totalitaria o maggioritaria del capitale, la relativa azione risarcitoria verrebbe sottratta alla sfera di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria per rientrare in quella della Corte dei conti, anche per evitare una sovrapposizione capace di mettere in crisi il principio *ne bis in idem*, con salvezza della sola azione *ex art.* 2395 c.c., che, diversamente, potrebbe condurre ad un cumulo di pretese risarcitorie in virtù delle diverse caratteristiche che la connotano³⁸⁰. Ne deriva che alla giurisdizione contabile, per ciò che attiene ai profili in esame, andrebbe riconosciuto carattere di esclusività nell'ambito di un sistema a doppio binario la

³⁸⁰ L. VENTURINI, *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1127 ss.

cui soluzione, ancora una volta, sarebbe affidata al principio di specialità³⁸¹, entro cui gli elementi idonei a giustificare il regime particolare della sottoposizione alla giurisdizione contabile sarebbero costituiti, come visto in precedenza, dal perseguimento di finalità pubbliche e dalla relativa provvista di denaro pubblico³⁸². Diversamente, è stata affermata la possibile, anzi, doverosa, coesistenza tra responsabilità societaria e quella amministrativo-erariale sulla base della considerazione che il risarcimento dal danno erariale non produce alcun sollievo alla diminuzione patrimoniale subita dalla società, in quanto esso avvantaggia in via esclusiva il socio pubblico senza che il pregiudizio sociale sia minimamente ristorato: da questo punto di vista, ove si negasse alla società la possibilità di tutelare i propri interessi, il danno si consoliderebbe in capo ai soci di minoranza che sarebbero in tal modo destinati a subire definitivamente sul proprio patrimonio gli effetti negativi di tale preclusione³⁸³. In altri termini, è stato osservato come l'azione pubblica di responsabilità amministrativa non sia alternativa a quella civile, ma assolva la funzione di supplire al mancato esercizio di quest'ultima, che sovente si riscontra nelle società a capitale totalmente pubblico³⁸⁴, fermo restando che l'esclusione dell'azione diversa da quella della pubblica amministrazione dinnanzi alla Corte dei conti sembrerebbe comportare problemi non indifferenti di costituzionalità, sia sotto il profilo dell'accesso dei singoli soggetti

³⁸¹ M. RISTUCCIA, *La responsabilità "sociale" erariale nelle società pubbliche*, in *Riv. Corte conti*, 2005, 328 ss.

³⁸² L. VENTURINI, *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 3443.

³⁸³ Arbitro unico di Torino, lodo arbitrale del 15 luglio 2008, arbitro prof. Cagnasso, in *Soc.*, 2008, 1270 ss., con commento di V. SALAFIA, *Responsabilità degli amministratori: limiti alla giurisdizione della Corte dei conti*, il quale pur condividendo il contenuto del lodo, si chiede come sia possibile che, nell'indipendenza dell'azione civile di responsabilità rispetto a quella relativa alla responsabilità amministrativa, l'eventuale risarcimento del danno subito dalla pubblica amministrazione sia tenuto in conto dal giudice civile, adito per il risarcimento dovuto alla società in conseguenza del medesimo comportamento dannoso degli amministratori. In tale situazione, secondo l'A., si creerebbe un'ingiustizia nel momento in cui alla riscossione da parte della pubblica amministrazione del risarcimento commisurato alla perdita di valore della partecipazione si sommasse l'effetto economico del risarcimento integrale realizzato a favore del patrimonio della società, col risultato che la pubblica amministrazione sarebbe risarcita due volte, ma, d'altro canto, ove dal risarcimento spettante alla società si togliesse la parte costituita dal ristoro economico corrisposto alla pubblica amministrazione socia, si nuocerebbe ai soci di minoranza che vedrebbero, così, reintegrato il patrimonio sociale in misura inferiore al pregiudizio reale. Ipotizza la concorrenza tra azione erariale e azioni societarie anche R. RORDORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, cit., 428-429.

³⁸⁴ Sul punto F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, 160, ha ritenuto «illusorio pensare che la maggioranza assembleare che sceglie, nomina e sostiene gli amministratori, possa realmente essere il mezzo attraverso il quale si possono evitare e reprimere gli illeciti degli amministratori e si possa assicurare una gestione corretta e diligente»: ebbene tale situazione pare a maggior ragione ricorrente allorché i soci siano costituiti da enti pubblici.

dell'ordinamento alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), sia sotto il profilo dell'ingiustificata limitazione delle opportunità di tutela offerte all'azionista di una società³⁸⁵.

Sul versante più propriamente pubblicistico, è stato sottolineato che nella società pubblica l'interesse sociale si identifica e confluisce in quello pubblico³⁸⁶ (non viceversa), in relazione alla scelta originaria effettuata dall'ente pubblico di servirsi di uno strumento privatistico per l'espletamento di funzioni pubbliche. Tale fenomeno, in effetti, pare particolarmente evidente proprio nelle società a capitale pubblico locale, che possono essere costituite al solo scopo di provvedere, nella forma organizzativa maggiormente efficace, efficiente ed economica, alla "autoproduzione" di servizi pubblici; in altri termini, da tale punto di vista, la società viene a costituire nient'altro che uno strumento organizzativo che lo stesso legislatore ha posto a disposizione dell'ente locale, rispetto al quale, nei casi di affidamento *in house*, sussiste, per definizione, un rapporto di immedesimazione organica tale da permeare in senso pubblicistico la stessa dinamica societaria.

Così stando le cose, perlomeno con riferimento alle società *in house* totalmente partecipate da uno o più enti locali, potrebbero considerarsi smussati, in una certa misura, gli "spigoli" che caratterizzano, in generale, il rapporto tra azioni sociali e iniziative pubblicistiche in ordine alla responsabilità degli amministratori.

In particolare, l'azione posta in essere dall'assemblea ai sensi dell'art. 2393 c.c., tutto sommato, non sarebbe così dissimile, quanto agli scopi, dall'iniziativa erariale, posto che il capitale della società è comunque riconducibile, in ultima analisi, al patrimonio dell'ente o degli enti pubblici che tale capitale detengono in misura totalitaria, con l'unica differenza che l'azione erariale, promossa, come tale, dal PM contabile, potrebbe, in effetti, come accennato in precedenza, porre rimedio ad una probabile inerzia degli enti locali soci, verosimilmente piuttosto restii a promuovere un'azione di responsabilità verso amministratori dagli stessi nominati, magari in maniera non immune da certe logiche di tipo politico: ecco allora che, in tale fattispecie, l'iniziativa d'ufficio della magistratura contabile si giustifica come efficace rimedio all'eventuale inerzia delle parti in vista della tutela dell'interesse

³⁸⁵ A. PAJNO, *Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit., 139 ss.

³⁸⁶ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit., 374.

pubblico al corretto utilizzo delle risorse, secondo una necessità che evidentemente non ricorre nell'ambito societario comune, in cui non può che venire posta nell'esclusiva disponibilità della parte interessata la decisione di far valere, o meno, un comportamento degli amministratori ritenuto lesivo³⁸⁷. Viceversa, nel momento in cui il capitale sociale sia alimentato per intero da risorse pubbliche, non può rimettersi alla sola iniziativa di parte l'eventuale azione volta alla reintegrazione della lesione economica subita, soprattutto allorquando gli amministratori sociali agiscano sulla base di direttive emanate, come meglio si vedrà a breve, dagli enti locali soci: ecco perché, in questi casi, all'ordinaria azione civile si affianca quella d'ufficio del PM contabile³⁸⁸. Al fine di evitare inique duplicazioni, potrebbe poi ammettersi che, una volta esperita l'una, non potrà procedersi con l'altra, se non per la parte di danno rimasta non risarcita (ad esempio nell'ipotesi in cui la responsabilità amministrativa sia quantificata in misura ridotta rispetto al danno effettivo).

Minori problemi ancora sembra riservare, ad uno sguardo attento, l'ipotesi di azione sociale di responsabilità esercitata, a norma dell'art. 2393-*bis*, dai soci di minoranza, la cui ricorrenza sembra scongiurata per le società a capitale totalmente pubblico con socio unico e, comunque, pressoché trascurabile anche nel caso di compagini partecipate da una pluralità di enti locali dato che, anche in quest'ultima ipotesi, questi ultimi agiscono per il perseguimento di interesse omogenei (la prestazione di un servizio pubblico su di un territorio sovra comunale), tanto da rendere difficilmente configurabile una differenziazione di interessi in seno alla compagine sociale tale da suscitare la reazione contro gli amministratori dei soli soci di minoranza. Verosimilmente, invece, eventuali iniziative dannose dell'organo

³⁸⁷ Sul punto cfr. P. NOVELLI, L. VENTURINI, *op. cit.*, 652, secondo cui l'intervento pubblico, nell'ambito in esame, è finalizzato a porre in essere una supplenza all'inerzia, alla parzialità o alla collusione, correggendo, dunque, il rischio, assai probabile, se non scontato, del difetto di iniziativa da parte dei soci pubblici verso i responsabili del danno; in altri termini, da tale punto di vista, l'intervento giudiziario pubblico apporterebbe una necessaria correzione ad un sistema di tutela imperniato sulla disponibilità degli interessi in un'ottica privatistica che, evidentemente, non risulta pienamente compatibile con la necessità di tutela degli interessi pubblici. In siffatto contesto, pertanto, l'unico vero aggravio facente capo agli amministratori di società pubbliche sarebbe dato dalla presenza di un ulteriore soggetto, rispetto alle previsioni codicistiche, titolare di legittimazione ad agire, secondo una previsione (speciale) del tutto giustificata dalla presenza immanente degli interessi pubblici.

³⁸⁸ Propende per il cumulo delle due azioni anche R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 747 ss. il quale sottolinea un elemento di specialità nell'ambito in esame rilevando che, nel momento in cui la direttiva politica sugli amministratori abbia ricadute non conformi all'interesse pubblico al corretto utilizzo delle risorse finanziarie in vista del perseguimento dei precisi scopi per cui la società è stata costituita, la (sola) disciplina codicistica non offrirebbe una tutela efficace.

amministrativo sarebbero avvertite come lesive dalla totalità dei soci, così da rientrare nella fattispecie di cui all'art. 2393 c.c. in cui l'azione di responsabilità è rimessa all'iniziativa dell'assemblea o, in base a quanto si è appena rilevato, a quella d'ufficio del PM contabile.

Diversamente, sembra proprio dover sopravvivere, cumulandosi con l'iniziativa d'ufficio, l'azione del creditore ai sensi dell'art. 2394 c.c. posto che, in tal caso, viene coinvolto l'interesse di un terzo che non può venire menomato e compromesso dal peculiare regime giuridico della società pubblica: in tal senso, pertanto, l'azione pubblica e quella privata, essendo dirette a ristorare danni diversi e distinti³⁸⁹, possono cumularsi nei confronti dello stesso amministratore e per gli stessi comportamenti costituenti un danno sociale, sempre che ne sussistano i relativi presupposti e almeno fintanto che il bene della vita costituito dal risarcimento per equivalente patrimoniale non sia stato integralmente recuperato³⁹⁰.

Certamente, le considerazioni appena svolte non valgono a chiarire completamente i rapporti tra i diversi tipi di azioni esperibili nei confronti degli amministratori di società pubbliche, stante anche il fatto che il concorso di azioni davanti a giudici diversi, comportando l'applicazione di un regime processuale differente, può giungere ad applicare diversi trattamenti per un medesimo fatto; ciò vale soprattutto se si amplia il quadro di riferimento rispetto alle società *in house* a capitale totalmente pubblico, per le quali, come si è visto, gli spigoli appaiono "smussabili", perlomeno in una certa misura, riproponendosi, invece, i problemi di incompatibilità, ove si faccia riferimento alle società pubbliche in generale e, soprattutto, alle compagini a capitale misto-pubblico privato ove si riscontri, come quasi sempre avviene, la compresenza di amministratori di nomina pubblica e privata e, dunque, di diversa ispirazione riguardo agli scopi perseguiti³⁹¹.

Un'indicazione legislativa sul tema, invero molto limitata quanto all'ambito di applicazione, è intervenuta tramite il disposto di cui all'art. 16-*bis* della l. 28 febbraio 2008, n. 31, di conversione del d.l. 31 dicembre 2007, n. 258, il quale ha

³⁸⁹ Sul punto P. NOVELLI, L. VENTURINI, *op. cit.*, 650, rilevano come l'azione dei creditori non possa ritenersi assorbita dall'azione erariale perché l'interesse dei creditori riceve una distinta considerazione nel diritto comune che in nessun caso subisce gli effetti ed i condizionamenti delle azioni di responsabilità dei soci: di qui la cumulabilità delle azioni in ragione della plurioffensività delle condotte lesive degli amministratori.

³⁹⁰ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, 366.

³⁹¹ Sullo specifico tema cfr. G. PITRUZZELLA, *Ipotesi di responsabilità di amministratori di società miste*, in *Enti pubblici*, 2006, 643, il quale giunge a chiedersi se, in definitiva, l'impiego di società di capitali da parte delle pubbliche amministrazioni non crei più problemi di quelli che vorrebbe risolvere.

sancito, con riferimento alle sole società quotate in mercati regolamentati con partecipazione, anche indiretta, dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici inferiore al 50%, nonché alle loro controllate, che «la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario»³⁹².

Resta, infine, da segnalare un ulteriore aspetto peculiare che riguarda proprio le società *in house* degli enti locali, rispetto alle quali, come visto in precedenza, la giurisprudenza amministrativa richiede, ai fini della corretta configurazione di un rapporto di controllo “analogo” tale da giustificare un affidamento diretto, la soggezione degli amministratori a direttive vincolanti impartite dal socio o dai soci pubblici in tema di gestione societaria. Ferme restando le difficoltà già segnalate in merito all’applicazione di tale prescrizione nell’ambito delle s.p.a., ove la gestione spetta in via esclusiva agli amministratori, parrebbe necessario reperirne un minimo margine di applicabilità, magari con riferimento, a questo punto, al tipo societario della s.r.l. In particolare, nonostante la diffusa opinione contraria³⁹³, nel tentativo di conciliare regime societario ordinario e dettami resi in tema di *in house providing*, si potrebbe affermare l’effettiva vincolatività delle prescrizioni impartite dal socio pubblico in attuazione di specifiche previsioni in tal senso contenute nello statuto della società. Da questo punto di vista, l’amministratore che si discosti dalle indicazioni vincolanti provenienti dal socio pubblico sarebbe chiamato a rispondere *ex art. 2392, comma 1, c.c.*, non avendo adempiuto ai doveri impostigli dallo statuto, mentre, per converso, il comportamento dell’amministratore che doverosamente si sia attenuto alle istruzioni ricevute potrebbe non giungere a costituire fonte di responsabilità qualora lo stesso, esente da colpa, abbia fatto annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale, così come previsto dall’art. 2392, comma 3, c.c. In tal caso, la responsabilità, anche amministrativo-contabile, dell’eventuale danno derivato dalla scelta “imposta” all’organo amministrativo dovrebbe coerentemente traslare in capo

³⁹² In tema si v. E.F. SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l’art. 16 bis del c.d. milleproroghe (d.l. 31/12/2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)*, in www.giustamm.it; G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, *ivi*; F.M. LONGAVITA, *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle s.p.a.*, *ivi*.

³⁹³

In tal senso cfr., tra gli altri, C. IBBA, *op. ult. cit.*, 309; C. PINOTTI, *op. cit.*, 312 ss.

al socio pubblico anche se, per la verità, l'art. 2476, comma 7, c.c., in tema di s.r.l., non tiene indenni gli amministratori da responsabilità solidale con i soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi³⁹⁴. D'altro canto, però, lo stesso art. 2476, comma 1, c.c., prevede proprio che la responsabilità non si estende a coloro che dimostrino di essere esenti da colpa e che, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso. Così, sussistendo tali condizioni, sul presupposto che lo strumento societario costituisce una mera articolazione organizzativa della pubblica amministrazione, fondando così l'applicabilità di una disciplina speciale³⁹⁵, l'azione contabile dovrebbe rivolgersi logicamente, non contro gli amministratori della società, bensì avverso quelli dell'ente pubblico che abbiano impartito la direttiva dannosa, il che non sembrerebbe creare problemi insormontabili, mentre maggiori perplessità potrebbero addensarsi in tema di azione dei creditori sociali, i quali sarebbero chiamati, in ipotesi, ad un'inedita azione nei confronti degli amministratori pubblici del socio, a fronte del disposto di cui all'art. 2394 c.c., il quale afferma comunque la responsabilità degli amministratori (della società) verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. In ogni caso, pare francamente innegabile che la decisione vincolante dei soci in materia gestoria limiti, di fatto, la discrezionalità in tal senso degli amministratori, i quali, di conseguenza, non si vede come possano essere chiamati a rispondere per l'esatto adempimento di una decisione valida e presa in ossequio ai dettami statutari, anche se dannosa per la società³⁹⁶.

Certamente, gli spunti appena offerti sono ben lungi dal soffocare qualsiasi difficoltà sulla questione dell'effettivo carattere vincolante delle direttive in esame,

³⁹⁴ Sul punto si v. C. PROTO, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Fall.*, 2003, 1142, secondo cui «dalla previsione di una responsabilità del socio solidale con quella dell'amministratore si desume che l'autorizzazione o la decisione del socio non esclude la responsabilità dell'amministratore». Nel medesimo senso si v. anche V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 672; M. RANIELI, *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Vita not.*, 2006, 1029 il quale giunge a ritenere che «gli amministratori saranno responsabili, anche verso la società, per aver eseguito atti dannosi decisi dai soci statutariamente competenti».

³⁹⁵ A proposito del tema che si sta affrontando anche G. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 473 ss., ha evidenziato come la riconsiderazione della società quale articolazione operativa dell'amministrazione socia incida sul trattamento riservato all'esercente una specifica attività, comportandone la sottrazione a parte della disciplina ordinaria.

³⁹⁶ M. MOZZARELLI, *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, 409 ss.

soprattutto se si considera che il carattere “dannoso” di un determinato atto potrebbe ricevere interpretazioni diverse a seconda dell’angolo visuale, privatistico (quello dell’amministratore) o pubblicistico (quello del socio), dal quale si osserva. Del resto, tale situazione, risulta, ancora una volta, frutto dell’avvenuta sovrapposizione di regole facenti riferimento a rami diversi del diritto, le quali sono state elaborate senza prestare particolare riguardo all’impatto complessivo sull’istituto regolato, in un ambito che, notoriamente, si attesta al confine, spesso labile, tra diritto amministrativo e diritto societario, con conseguente difficoltà di conciliare le diverse, e talvolta divergenti, esigenze che, rispettivamente, ne scaturiscono.

3.4. *Il diritto di accesso nei confronti degli atti del gestore di un pubblico servizio.*

Un ulteriore profilo di specialità della disciplina propria delle società *in house* riguarda la soggezione dei propri atti, nei termini che ci si accinge a chiarire, al diritto di accesso così come declinato con riferimento alla pubblica amministrazione³⁹⁷.

Da un punto di vista legislativo, rileva, ai fini in esame, il disposto di cui all’art. 22, comma 1, lett. e), l. n. 241/90, come modificato dalla l. n. 15/2005, che include nel concetto di “pubblica amministrazione”, rilevante ai fini dell’esercizio del diritto di accesso, anche «i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse»³⁹⁸, con conseguente riconoscimento, effettuato esplicitamente dall’art. 2, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, del diritto di accesso ai documenti amministrativi anche nei confronti dei soggetti suddetti³⁹⁹.

Del resto, lo stesso l’art. 23 l. n. 241/90 dispone che il diritto di accesso si esercita «nei confronti delle amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi», con la sola esclusione, a norma del successivo art. 24, dei documenti coperti da segreto di Stato o la cui divulgazione è espressamente vietata, dei documenti relativi a procedimenti

³⁹⁷ Sulla specialità, nel senso ora in esame, del regime giuridico cui sono sottoposte le compagini oggetto della presente trattazione, cfr. anche A. CRISMANI, *Trasparenza amministrativa e diritto di accesso nelle società per azioni “di diritto speciale”: recenti evoluzioni*, in *Contratti Stato enti pubbl.*, 2002, 470 ss.

³⁹⁸ Sul punto si v., tra gli altri, per i profili che qui interessa indagare, F. FERRARA, *Brevi considerazioni sul diritto di accesso nei confronti dei gestori di pubblici servizi*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2342 ss.

³⁹⁹ Sulla questione dell’accesso agli atti degli organismi di diritto pubblico, delle imprese pubbliche e degli affidatari *in house* cfr. F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, *L’accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007, 268 ss.

tributari o all'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, o, infine, dei documenti amministrativi relativi a procedimenti selettivi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale.

Per ciò che attiene alle risultanze giurisprudenziali, l'argomento è stato trattato a più riprese dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale, già in tempi non più particolarmente recenti, ha statuito che il diritto di accesso agli atti e ai documenti trova applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione, compresi gli atti di diritto privato, poiché ogni attività dell'amministrazione è vincolata all'interesse collettivo, potendone essere esclusi soltanto i casi previsti tassativamente dalla legge⁴⁰⁰. In particolare, secondo l'impostazione ora in esame, resa relativamente ai concessionari di servizio pubblico, non sarebbe possibile negare l'accesso agli atti riguardanti la propria attività di diritto privato solo in ragione della loro natura privatistica; ciò in quanto la trasparenza degli atti deve prevalere sulla natura giuridica privatistica, perlomeno nei casi in cui l'attività sia direttamente inerente all'erogazione del servizio e alla sua organizzazione e gestione, mentre, per l'attività residuale, si pone la necessità di svolgere un giudizio di bilanciamento secondo criteri prefissati.

In seguito, sulla stessa linea di tendenza, dopo avere confermato ulteriormente che i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità costituiscono valori essenziali di riferimento di ogni comportamento della pubblica amministrazione, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica del quadro formale in cui il comportamento è svolto⁴⁰¹, il supremo organo della giustizia amministrativa ha di nuovo puntualizzato che le regole dettate in tema di trasparenza e di diritto di accesso si applicano, oltre che alle pubbliche amministrazioni, anche ai soggetti

⁴⁰⁰ Cons. St., Ad. plen., 22 aprile 1999, nn. 4 e 5, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 946, con nota di A. BATTAGLIA, *Il diritto di accesso ai documenti dei concessionari di servizio pubblico*. In tema si v. anche F. COMPIERCHIO, *Accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi: una decisione non convincente*, in *Giust. civ.*, 2000, 597 ss.

⁴⁰¹ Cons. St., Ad. plen., 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro amm.*, 2000, 768. Nel senso che una società a capitale interamente pubblico, ancorchè formalmente privata, possa essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad un ente pubblico, con conseguente sottoposizione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione si v. Corte cost., 1° febbraio 2006, n. 29, cit. Sul punto cfr. anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2006, n. 13599, in *Foro amm.* TAR 2007, 563 con nota di M.B. CAVALLO, *L'interesse giuridicamente rilevante per l'esercizio del diritto di accesso, con particolare riferimento all'ostensibilità degli atti dei gestori di pubblici servizi, tra recenti novità normative e pronunce della giurisprudenza*, ove si ribadisce che «nell'ambito della progressiva osmosi tra le discipline pubblicistiche e quelle privatistiche, resta determinante l'obbligo del rispetto dei valori dell'imparzialità e del buon andamento, sancito dall'art. 97 Cost.», tra cui è da annoverare anche la necessità della trasparenza, quindi del diritto di accesso, che riguarda tutti gli atti della pubblica amministrazione, compresi quelli del privato gestore di un servizio pubblico.

privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico, in conformità a quanto sancito anche a livello legislativo con la l. n. 15 del 2005⁴⁰², con conseguente riferimento, pertanto, anche agli atti posti in essere dai gestori di servizi pubblici, in quanto collegati al perseguimento della funzione amministrativa di cui sono espressione attraverso un nesso di strumentalità derivante dall'intensa conformazione pubblicistica che subisce il soggetto (formalmente privato) gestore di servizi pubblici⁴⁰³. In altri termini, è da ritenere ammissibile l'accesso ai documenti di società che gestiscono pubblici servizi nel momento in cui sussista un collegamento funzionale e strumentale degli atti rispetto ai quali si chiede l'accesso con lo svolgimento del servizio di pubblico interesse: in tal senso anche i soggetti privati, e gli atti da essi predisposti per lo svolgimento del servizio, sono destinati a seguire il regime pubblicistico dell'accesso⁴⁰⁴.

Tali ultime puntualizzazioni valgono a chiarire la differenza esistente, perlomeno in linea teorica, tra istituto generale dell'accesso, che trova applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività posta in essere dalla pubblica amministrazione, e accesso ai documenti formati o detenuti da soggetti formalmente privati esercenti attività di interesse pubblico, il quale va riconosciuto limitatamente agli atti funzionalmente inerenti alla gestione di interesse collettivi per i quali sussiste l'esigenza di garantire il rispetto del principio di buon andamento, cui la trasparenza è funzionale⁴⁰⁵.

Tentando di superare il principio astratto, si tratterebbe allora di delimitare in concreto l'area coperta dal diritto di accesso nei confronti degli atti dei gestori di servizi pubblici, in concomitanza con le attività di pubblico interesse dai medesimi svolte, rispetto, invece, all'ambito di esplicazione della mera attività privata posta in essere in qualità di compagini societarie regolate dalla disciplina civilistica. L'operazione si presenta, invero, piuttosto difficoltosa: infatti, come accennato in precedenza, il supremo consesso della magistratura amministrativa, dopo aver affermato l'accessibilità di tutti quegli atti che, alla luce del criterio teleologico

⁴⁰² Cons. St., Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 5, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2513. Sul punto si v. M.G. DELLA SCALA, *Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato. Profili sostanziali e processuali. Osservazioni a margine dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2005*, *ivi*, 2006, 769 ss. In senso conforme si v., tra le tante, Cons. St., sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5569, in *Foro amm. CdS*, 2007, 2873; Cons. St., sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2959, *ivi*, 2006, 1539.

⁴⁰³ Sul punto cfr. Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2006, n. 229, in *Foro amm. CdS*, 2006, 224; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 21 novembre 2007, n. 6406, in *Foro amm. TAR*, 2007, 3385. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 1° febbraio 2007, n. 724, *ivi*, 542,

⁴⁰⁴ T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 1° febbraio 2007, n. 724, in *Foro amm. TAR*, 2007, 542.

⁴⁰⁵ Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1119, in *Foro amm. CdS*, 2007, 988.

della loro inerenza funzionale alla gestione di interessi collettivi, impongano l'esigenza di garantire il rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità, ha specificato che l'ostensibilità della residuale attività espletata dal gestore del pubblico servizio ricorre solo laddove, all'esito di un giudizio di bilanciamento di interessi, risulti prevalente l'interesse pubblico rispetto a quello squisitamente imprenditoriale. In particolare, nel compimento di tale ultimo giudizio rileverebbero alcuni indici, quali: il grado di strumentalità dell'attività residuale rispetto all'attività di gestione del servizio, il regime sostanziale dell'attività residuale, lo svolgimento di quest'ultima secondo regole procedurali assunte dal gestore, anche nell'ambito della propria autonomia contrattuale, la finalizzazione dell'attività allo svolgimento del servizio secondo i principi di trasparenza, buona fede e correttezza.

Senonché, appare piuttosto evidente come l'utilizzo, ai fini in esame, del criterio della strumentalità finisca per determinare non poche difficoltà ed oscillazioni interpretative, prestandosi in astratto ad un'applicazione quanto mai estesa, destinata a ricondurre nell'ambito di operatività della disciplina in tema di accesso tutta l'attività svolta dal gestore che, in qualche modo, risulta praticamente sempre riconducibile, sul piano finalistico, all'attività di stretto esercizio del servizio pubblico⁴⁰⁶. Ciò appare tanto più evidente quanto più si tenga conto che le società a capitale pubblico affidatarie *in house* di un servizio pubblico locale, oggetto precipuo della presente trattazione, per definizione, esercitano la propria attività nei confronti degli enti pubblici soci in misura prevalente e, talvolta, addirittura in via esclusiva, così che ogni aspetto, o quasi, dell'attività societaria sia in astratto riconducibile all'esercizio del servizio pubblico affidato. Infatti, ferma restando la necessità di accertare in concreto l'esistenza di un interesse differenziato in capo al soggetto richiedente l'accesso⁴⁰⁷, nonché il divieto, sancito dal comma 3 dell'art. 24 della l. n. 241/90 s.m.i., di un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni tramite un indiscriminato esercizio del diritto di accesso, è stato affermato che la strumentalità delle attività rispetto all'efficace gestione va intesa in senso particolarmente elastico allorché l'organismo societario deputato all'espletamento del servizio, come avviene regolarmente nell'ambito dei servizi

⁴⁰⁶ Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Foro amm. CdS*, 2002, 1025, con nota di S. DEL GATTO, *Accesso agli atti delle società privatizzate e imparzialità della pubblica amministrazione (ovvero sull'ostensibilità degli atti di ente poste s.p.a.)*.

⁴⁰⁷ Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 555, in *Giur. it.*, 2006, 1750, resa in tema di richiesta d'accesso preposta alla tutela di interessi diffusi.

pubblici locali, sia integralmente sotto la mano pubblica e sia sottoposto, in forza dello statuto giuridico che disciplina i profili soggettivi dell'ente, prima ancora che quelli oggettivi concernenti l'attività, ad un vincolo di scopo attestante la sua necessaria funzionalizzazione ad un interesse di tipo spiccatamente pubblico, definito sulla scorta di determinazioni proprie di soggetti pubblici⁴⁰⁸.

Un ulteriore profilo di specialità riguarda, per quanto riguarda le società partecipate dagli enti locali, la facoltà di accesso privilegiato riconosciuto, ai sensi dell'art. 43, comma 2, d.lgs. n. 267/2000, ai consiglieri comunali e provinciali i quali «hanno diritto di ottenere dagli uffici, rispettivamente, del comune e della provincia, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato», essendo poi «tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge»⁴⁰⁹.

Dal tenore della disposizione appena citata si evince, con una certa evidenza, come il diritto d'accesso dei consiglieri comunali e provinciali presenti una latitudine praticamente sconfinata, coinvolgendo non solo i documenti amministrativi perfettamente formati o detenuti dall'amministrazione, ma anche le mere notizie ed informazioni che risultino utilizzate nell'ambito di un procedimento amministrativo o preordinati a promuovere la formazione di nuovi documenti contenenti le informazioni richieste⁴¹⁰.

Il carattere speciale del diritto d'accesso del consigliere, essendo riferito all'espletamento del proprio mandato, investe l'esercizio del *munus* in tutte le sue potenziali applicazioni allo scopo di consentire la valutazione della correttezza ed efficacia dell'operato dell'amministrazione: da qui deriva la facoltà di visionare

⁴⁰⁸ Cons. St., sez. VI, 19 marzo 2008, n. 1211, in *Foro amm. CdS*, 2008, 861, in cui si è riconosciuta l'ostensibilità, da parte di Trenitalia s.p.a., del diario dei servizi del personale di macchina, in quanto atto che rileva ai fini dell'organizzazione e della gestione del personale che, come tale incide, sia pure indirettamente, sulla qualità del servizio erogato. In senso simile si v. anche Cons. St., sez. VI, 28 novembre 2003, *ivi*, 2003, 3419, in cui si è statuito che le procedure di selezione del personale, da assumere ai fini dell'erogazione dell'utilità alla collettività in cui si sostanzia la gestione del servizio pubblico, devono essere sottoposte all'esercizio del diritto di accesso in quanto potenzialmente incidenti sulla qualità del servizio stesso, atteso lo scopo cui sono preordinate che è quello di scegliere le persone più idonee. Diversamente il diritto di accesso potrebbe essere negato allorquando non si tratti di realizzare finalità di pubblicità e trasparenza, bensì di precostituire la prova civile della responsabilità per danni asseritamente cagionati da mezzi del gestore nell'espletamento di un pubblico servizio: sul punto cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 31 maggio 2005, n. 7368, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1646.

⁴⁰⁹ Sul carattere speciale del diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali si v. Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4855, in *Foro amm. CdS*, 2006, 2170; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 7 aprile 2006, n. 970, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1204.

⁴¹⁰ In tema si v. F. COLAPINTO, *L'accesso del consigliere comunale agli atti e ai documenti di una società partecipata dal comune: probabili scenari di una questione non ancora risolta*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 452 ss.

tutti gli atti dell'amministrazione a prescindere, peraltro, dalla dimostrazione di un concreto e personale interesse relativo alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, come invece richiesto in via generale, risultando sufficiente, allo scopo, la mera connessione dell'atto di cui si chiede l'esibizione con le funzioni attinenti alla carica ricoperta. Da quest'ultimo punto di vista, pertanto, a differenza dei soggetti privati, il consigliere non è tenuto a motivare la richiesta di accesso, né l'ente ha titolo per sindacare il rapporto tra quest'ultima e l'esercizio del mandato, altrimenti gli organi dell'amministrazione finirebbero per divenire arbitri di stabilire essi stessi l'ambito del controllo sul proprio operato⁴¹¹. In sostanza, la situazione giuridica in esame, pur se individualizzata in capo a ciascun consigliere, presenta la sostanza di un diritto soggettivo pubblico funzionalizzato⁴¹², implicando l'esercizio di facoltà finalizzate al pieno ed effettivo svolgimento delle funzioni assegnate direttamente al Consiglio comunale: la richiesta di informazioni, dunque, appare strumentale all'attuazione del generale potere di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettante al supremo organo di governo dell'ente locale.

Pertanto, al consigliere spetta un'ampia e qualificata posizione di pretesa all'informazione in ragione dell'espletamento del proprio mandato, rispetto al quale non sono opponibili nemmeno profili di riservatezza, in quanto il consigliere è vincolato all'osservanza del segreto, considerando anche che il d.P.R. n. 184/2006 prevede, all'art. 9, l'ipotesi del differimento dell'accesso (ma non del diniego) per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa⁴¹³.

Ciò posto, il diritto di accesso del consigliere comunale e provinciale non può comunque tradursi in richieste estremamente generiche ed indiscriminate o meramente emulative in quanto riferite ad atti chiaramente e palesemente inutili ai

⁴¹¹ In tal senso, tra gli altri, si v. Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2005, 981, con nota di S. MORRONE, *Sul diritto di accesso dei consiglieri comunali degli enti locali*; Cons. St., sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2598; Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7900, *ivi*, 2004, 3566; T.A.R. Marche, sez. I, 9 giugno 2006, n. 410, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2023; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 26 maggio 2004, n. 1762, *ivi*, 2004, 1267.

⁴¹² Cons. St., sez. V, 2 settembre 2005, n. 4471, *cit.*

⁴¹³ Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879, *cit.* Nel senso che la necessità di salvaguardare la riservatezza dei terzi, in relazione al diritto di accesso di cui dispongono i consiglieri comunali e provinciali, è tutelata dall'art. 43 comma 2, d.lgs. n. 267/2000, nella parte in cui è previsto che i consiglieri stessi sono tenuti al segreto nel caso di atti riguardanti la riservatezza di terzi e che pertanto, non sussiste alcuna ragione logica perché possa essere loro inibito l'accesso ad atti riguardanti i dati riservati di terzi, si v. anche Cons. St., sez. V, 4 maggio 2004, n. 2716, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1416.

fini dell'espletamento del proprio mandato nonché idonee a determinare intralcio o disservizi agli uffici, oltre che costi elevati ed ingiustificati per l'ente⁴¹⁴.

Venendo a considerare l'aspetto che attraversa in filigrana l'intera presente trattazione, ossia quello del rapporto, nell'ambito delle gestioni *in house* di servizi pubblici locali, tra diritto amministrativo e diritto commerciale-societario, si può osservare, ancora una volta, come i profili di specialità di stampo pubblicistico che sono giunti a connotare le compagini affidatarie dirette della gestione di attività di interesse pubblico si pongono in rotta di collisione con l'assetto civilistico societario.

Infatti, l'estensione del diritto di accesso nei confronti degli atti dei gestori privati di servizi pubblici locali, che tende a dilatarsi a dismisura qualora il richiedente rivesta la qualifica di consigliere comunale o provinciale, si traduce, nel caso in esame, in un'ingerenza nell'attività imprenditoriale, la quale può risultare contrastante con alcuni principi societari in materia⁴¹⁵.

In particolare, con precipuo riferimento al modello della s.p.a., gli amministratori sono tenuti a preservare la riservatezza della gestione dell'impresa, a tutela dell'efficienza della stessa e a presidio della competitività del sistema economico, che vede in tale tipo societario la forma di esercizio per eccellenza delle più importanti attività imprenditoriali⁴¹⁶: tanto è vero che, con riferimento alle società quotate in mercati regolamentati, l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato danno luogo ad illeciti di carattere penale, oltre che amministrativo, così come previsto dal Titolo I-*bis* introdotto nel corpo del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) dalla l. 18 aprile 2005, n. 62, in quanto si tratta di comportamenti che

⁴¹⁴ In tal senso cfr. T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 27 novembre 2008, n. 1535, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la richiesta di un elevato ed indiscriminato numero di atti amministrativi, senza alcuna dimostrazione di quale sia l'interesse diretto, concreto ed attuale ad ottenere i documenti nell'ambito dell'esercizio del proprio mandato, si profila un inammissibile controllo generalizzato dell'attività di tutti i settori dell'ente locale e la domanda non è da considerare correlata allo svolgimento del mandato politico. Nel senso della necessaria non genericità della domanda del consigliere, essendo comunque sufficiente, ai fini dell'ammissibilità, il riferimento ad una determinata e specifica questione oggetto dell'attività amministrativa, si v. T.A.R. Sardegna, sez. II, 12 gennaio 2007, n. 29, in *Foro amm. TAR*, 2007, 312.

⁴¹⁵ Sul punto cfr. F. COLAPINTO, *op. cit.*, 487.

⁴¹⁶ N. ABRIANI, A. CELOTTO, *Diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali e doveri di amministratori e sindaci nelle società per azioni partecipate da enti locali: primi appunti*, in *Giust. amm.*, 2005, 1279 ss., i quali rilevano come dall'interpretazione dell'art. 2381 c.c. discende che deve recisamente escludersi il riconoscimento della legittimazione ad atti ispettivi in capo a singoli azionisti e comunque a soggetti estranei agli organi di amministrazione e controllo della società, il che sarebbe ulteriormente avvalorato dal disposto di cui all'art. 2403-bis, c.c. ai sensi del quale l'organo amministrativo può rifiutare agli ausiliari e ai dipendenti dei sindaci l'accesso a informazioni riservate

alterano sia la posizione di parità degli operatori economici, sia la trasparenza dei mercati mobiliari e la fiducia degli investitori quale condizione di crescita economica⁴¹⁷.

In particolare, è stato osservato che dall'interpretazione dell'art. 2381 c.c., il quale non riconosce un potere individuale di ispezione e controllo sugli atti degli organi delegati nemmeno ai singoli amministratori, ma solo al consiglio di amministrazione, discende la decisa negazione della legittimazione ad atti ispettivi in capo a singoli azionisti, i quali non hanno diritto di ricevere informazioni sulla gestione sociale se non in assemblea e nei limiti degli argomenti iscritti all'ordine del giorno, o comunque in capo a soggetti estranei agli organi di amministrazione e controllo della società costituita in forma di s.p.a. Tale conclusione sarebbe ulteriormente avvalorata dal disposto di cui all'art. 2403-bis, c.c., il quale, dopo aver ammesso che i sindaci possono in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezioni e controllo e che il collegio sindacale può chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, precisa che l'organo amministrativo può rifiutare agli ausiliari e ai dipendenti dei sindaci l'accesso a informazioni riservate⁴¹⁸.

A conclusioni diverse, si potrebbe giungere con riferimento al tipo societario della s.r.l., stante il fatto che l'art. 2476, comma 2, c.c., come si è già avuto modo di ricordare in precedenza, accorda a tutti i soci che non partecipano all'amministrazione il diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione⁴¹⁹.

In definitiva, l'affermazione del diritto di accesso nei confronti degli atti dei gestori di servizi pubblici costituiti in forma societaria è destinato a subire delle "frizioni" con le istanze di riservatezza codificate in sede civilistica, rispetto alle

⁴¹⁷ Si tratta del c.d. *insider trading*, su cui si v., tra gli altri, R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008, 397 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2008, 545 ss.; F. BRUNO, N. RAVASIO, *Ambito soggettivo ed oggettivo dell'informazione privilegiata post market abuse directive*, in *Soc.*, 2007, 1026 ss.; G. GLIATTA, *La successione di leggi penali nel reato di insider trading*, *ivi*, 756 ss.; E. VENAFRO, *Il nuovo oggetto di tutela della fattispecie di insider trading*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 948 ss.

⁴¹⁸ N. ABRIANI, A. CELOTTO, *op. cit.*

⁴¹⁹ In tema si v., tra gli altri, R. GUIDOTTI, *Ancora sui limiti all'esercizio dei diritti di controllo nella s.r.l. e sul (preteso) diritto di ottenere copia dei documenti*, in *Giur. comm.*, 2008, 218 ss., il quale individua il confine oggettivo oltre il quale gli amministratori non possono spingersi né nel fornire informazioni ai soci, né nel permettere loro di consultare documenti relativi alla gestione sociale in quelle informazioni aziendali, in quelle esperienze tecnico-industriali o di carattere commerciale che rivestano carattere di segretezza ai sensi dell'art. 98 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale).

quali sarà necessario effettuare quel delicato giudizio di bilanciamento evocato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Da questo punto di vista, certamente le esigenze di riservatezza appaiono più pregnanti nel caso di società costituite in forma di s.p.a., fino ad assumere caratteri quasi invalicabili in caso di società quotate su mercati regolamentati, mentre il tipo della s.r.l. consentirebbe, ancora una volta, di smussare gli spigoli tra disciplina speciale pubblicistica e regole civilistiche. Da quest'ultimo punto di vista, è pur vero che l'apertura al diritto di informazione poc'anzi descritto riguarda i soci e non chiunque abbia un interesse genericamente connesso all'attività sociale, ma è altrettanto vero che l'estensione del diritto di accesso rispetto agli atti dei soggetti riconducibili ad una nozione sostanziale di pubblica amministrazione si innesta in maniera decisamente meno traumatica sulla struttura organizzativa della compagine affidataria del pubblico servizio che sia costituita sotto forma di s.r.l. rispetto a quella della s.p.a.

Un discorso a parte va condotto con riferimento alle richieste di accesso avanzate da consiglieri comunali e provinciali nei riguardi di società a partecipazione totalmente pubblica: in tal caso, le possibilità di negare l'ostensibilità degli atti paiono praticamente nulle, se la società è costituita in forma di s.r.l., posto che il consigliere rappresenta comunque il socio, quale soggetto titolare del diritto di informazione *ex art. 2476, comma 2, c.c.*, o comunque estremamente ridotte, nel caso di compagini costituite sotto forma di s.p.a., visto che, in primo luogo, il carattere pubblico in via totalitaria del capitale consente di scongiurare ogni rischio di disparità di trattamento tra gli azionisti e che, secondariamente, le esigenze di riservatezza sarebbero comunque preservate per il fatto che il consigliere è a sua volta tenuto a rispettare il segreto nei casi specificamente determinati dalla legge. Tale conclusione, peraltro, risulterebbe coerente al principio, più volte evocato, secondo il quale la società *in house* non è altro che un prolungamento amministrativo o una *longa manus* dell'ente affidante, i cui consiglieri, pertanto, devono poter vantare gli stessi diritti che potrebbero far valere nei confronti degli uffici dell'ente.

Ne deriva che, ancora un volta, la normativa civilistica deve recedere di fronte all'ennesimo profilo di specialità che connota la disciplina delle società *in house* di gestione dei servizi pubblici locali.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV., *Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali. Modelli europei a confronto*, a cura di L. Ammannati, F. Di Porto, Milano, 2007.
- *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, a cura di V. Domenichelli, G. Sala, Padova, 2007
 - *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di G. Garofoli, M.A. Sandulli, Milano, 2005.
 - *Il nuovo procedimento amministrativo*, a cura di T. Tessaro, Rimini, 2005.
 - *L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, a cura di G. Cassano, I, Padova, 2005.
 - *L'azione amministrativa*, Milano, 2005.
 - *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, a cura di R. Tomei, Padova, 2005.
 - *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di F. Caringella, De Carolis D., De Marzo G., Milano, 2005.
 - *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, a cura di S. Civitarese Matteucci, G. Gardini, Bologna, 2004.
 - *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2004.
 - *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2004.
 - *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001, Milano, 2002.
 - *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982.
- ABRIANI N., CELOTTO A., *Diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali e doveri di amministratori e sindaci nelle società per azioni partecipate da enti locali: primi appunti*, in *Giust. amm.*, 2005, 1279 ss.
- ACOCELLA C., LIGUORI F., *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 756 ss.
- ADONNINO P., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Rass. trib.*, 2005, 1462 ss.
- AICARDI N., *Società miste ed evidenza pubblica «a monte»*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 593 ss.
- ALBINO L., *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 923 ss.
- ALBO F., *Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, a cura di R. Tomei, Padova, 2005, 41 ss.
- ALFIERI G., *L'azione di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica tra giurisdizione contabile e normativa europea* (nota a Corte conti, sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114), in *Resp. civ. prev.*, 2007, 448 ss.
- ALLEGRETTI U., *Pubblica Amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, 205 ss.
- AMMANNATI L., *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 906 ss.
- AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss.
- ANDRONICO A., *Un "nuovo genere" di ordinamento. Riflessioni sul rapporto fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Jus*, 2001, 69 ss.
- ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008.
- ANTONUCCI M., *I nuovi criteri di partecipazione alle gare d'appalto*, in *Cons. St.*, 2005, 557 ss.
- *La definizione ampliata di organismo di diritto pubblico nell'Unione europea*, in *Cons. St.*, 2003, 1073 ss.
 - *La necessaria cumulatività dei requisiti di un organismo di diritto pubblico*, in *Cons. St.*, 2003, 2138 ss.
- ASTEGIANO G., *Società partecipata da ente locale e affidamento del servizio pubblico*, in *Contratti Stato enti pubbl.*, 2005, 239 ss.
- *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile* (nota a ord. Cass. sez. un. civ. 22 dicembre 2003, n. 19667), in *Giur. it.*, 2004, 1834 ss.

- *La responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica: dal giudice ordinario a quello contabile?*, in *Dir. della Regione*, 2004, 3 ss.
- APELLI M., D'ARES C., *La public governance nei servizi pubblici locali. La gestione e il controllo delle partecipate*, Milano, 2006.
- APELLI M., *Società miste: sì all'in house se il socio è "d'opera o di lavoro"*, in *Guida al dir.*, 2007, 6, 10 ss.
- *L'ente che agisce come persona giuridica privata è svincolato dalle procedure amministrative*, in *Guida al dir.*, 1997, 16, 34 ss.
- BACCARINI S., *Ambito soggettivo di applicazione dell'evidenza pubblica*, in AA.VV., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2004, 125.
- BALDI M., *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice*, in *Urb. e app.*, 2006, 758 ss.
- BALDINATO M., *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 227 ss.
- *Breve nota alla sentenza Coname: alcune interessanti osservazioni della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1426 ss.
- BARDELLI G., *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra pp.aa. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici* (commento a Corte di giustizia CE, sez. II, 13 gennaio 2005, in C-84/03, *Commissione c. Regno di Spagna*), in *Urb. e app.*, 2005, 1277 ss.
- BARONE A., BASSI U., *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, 389 ss.
- BARONE A., *L'ordinamento giuridico comunitario ed il diritto interno: spunti ricostruttivi, in Società, contratti, metodo*, a cura di P. Zanelli, Milano, 2002, 355 ss.
- BATTAGLIA A., *Il diritto di accesso ai documenti dei concessionari di servizio pubblico* (nota a Cons. St., Ad. plen., 22 aprile 1999, nn. 4 e 5), in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 946 ss.
- BENEDETTI A., *I contratti della Pubblica Amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 120 ss.
- BENVENUTI F., *Funzione (teoria generale)-(ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.
- BERARDIS G., *Gli effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1982, 245 ss.
- BERCELLI J., *Potestà statutaria e regolamentare degli enti locali e regime giuridico delle società in house*, in AA.VV., *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, a cura di V. Domenichelli, G. Sala, Padova, 2007, 143 ss.
- BIANCHINI A., *La compatibilità tra interesse pubblico e forma societaria: una possibile soluzione basata sulla «procedimentalizzazione concordata della vita societaria»*, in *Riv. amm. Rep. ita.*, 2002, 1143 ss.
- BOMBARDELLI M., *Decisioni e Pubblica Amministrazione*, Torino, 1996, 19.
- BONECHI L., *Principio di trasparenza e principio di non discriminazione in base alla nazionalità. Verso una possibile estensione della rilevanza comunitaria dei contratti del settore pubblico?* (nota a Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, in C-275/98, *Unitron Scandinavia*), in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2002, 229 ss.
- *Concessioni di appalti pubblici: la Corte elimina i dubbi sulla disciplina applicabile* (nota a Corte di giustizia CE, sez. VI, 7 dicembre 2000, in C-324/98), in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2001, 324 ss.
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992.
- BONURA H., CARUSO G., *Su controllo analogo e strumentalità passa un'interpretazione restrittiva* (nota a Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1), in *Guida al dir.*, 2008, 12, 99 ss.
- BORTOLOTTI B., PELLIZZOLA L., SCARPA C., *Il Comune azionista: un'analisi empirica del capitalismo municipale in Italia*, in *Merc. conc. reg.*, 2007, 535 ss.
- BORTOLOTTI D., *Contratti della amministrazione pubblica (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 36 ss. BOSCO G., *Problemi posti dall'attuazione del diritto comunitario*

- nell'ordinamento interno*, in *Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Atti del Seminario, Roma, 15-16 ottobre 1990, Milano, 1991, 25 ss.
- BRUNO F., RAVASIO N., *Ambito soggettivo ed oggettivo dell'informazione privilegiata post market abuse directive*, in *Soc.*, 2007, 1026 ss.
- CAFAGNO M., *Impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, *Parte speciale*, t. III, Milano, 2007, 1205 ss.
- CAIA G., *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *Giust. amm.*, 2007, 705 ss.
- *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra comuni* (nota a Cons. St., sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418), in *Foro amm. CdS*, 2002, 1232 ss.
 - *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it.
 - *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in www.giustamm.it.
- CAIAFFA F., *Le nuove frontiere dell'attività amministrativa consensuale*, in *Nuova rass.*, 1993, 233 ss.
- CALLEA A., *Gli affidamenti "in house"*, in *Amministrare*, 2006, 331 ss.
- CALSOLARO O.M., *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?* (nota a Corte di giustizia CE, sez. I, 13 ottobre 2005, in C-458/03), in *Foro amm. CdS*, 2006, 1670 ss.
- CAMPALLA S., *Se l'ente opera in regime di concorrenza non è un organismo di diritto pubblico*, in *Dir. pubbl. com. eu.*, 2001, 1502 ss.
- CANGELLI F., *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni e accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla legge 15/2005*, in AA.VV., *Territorialità e delocalizzazione*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, 475 ss.
- *La dimensione attuale del vincolo teleologico nell'attività amministrativa consensuale*, in *Cons. St.*, 2002, 111 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Servizi pubblici locali mediante società per azioni* (nota a Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991), in *Giur. it.*, 1996, pt. 1, 493 ss.
- CAPANTINI M., *Contratto di servizio e affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 801 ss.
- CAPOTOSTI P.A., *Rapporti tra diritto interno e diritto comunitario nella giurisprudenza costituzionale*, *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Atti della Tavola rotonda, Castelgandolfo, 18 ottobre 1986, a cura di U. Lenza, Milano, 1988, 281 ss.
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 2006.
- CAPUTO A.F., *La procedura ad evidenza pubblica e le innovazioni della legge 241/1990*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, 187 ss.
- CARANTA R., FERRARIS L., RODRIGUEZ S., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005.
- CARANTA R., *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?* (commento a Corte di giustizia CE, sez. II, 19 aprile 2007, in C-295/05, ASEMFO), in *Urb. e app.*, 2007, 1479 ss.
- *Servizi pubblici locali, tutela della concorrenza e riparto di competenze fra Stato e Regioni*, in *Giur. it.*, 2006, 1737 ss.
 - *I contratti pubblici*, Torino, 2004.
 - *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giur. it.*, 2004, 2415 ss.
 - *L'organismo di diritto pubblico: questo sconosciuto*, in *Giur. it.*, 2003, 1687 ss.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2008.
- *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie* (nota a Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989), in *Foro it.*, 1996, pt. 1, 1364 ss.

- CARINGELLA F., GAROFOLI R., SEMPREVIVA M., *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007.
- CARLONI E., *Il "carattere" del servizio locale e il suo affidamento: il sistema italiano fra aperture, paradossi e regressioni*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 786 ss.
- CARNEVALE VENCHI M.A., *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova 1974.
- CAROSELLI A., *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza* (nota a Corte cost., 23 gennaio 2006, n. 29), in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 616 ss.
- *L'affidamento del servizio pubblico alla società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 854.
- CAROSI A., *La disciplina dei lavori, servizi e forniture in economia secondo il Codice dei contratti*, in *Enti pubbl.*, 2006, 131 ss.
- CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.
- *Appalti pubblici e organizzazioni in house: un caso spagnolo* (nota a Corte di giustizia CE, 16 ottobre 2003, in C-283/00), in *Foro amm. CdS*, 2003, 3544 ss.
 - *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici* (nota a Cons. St. sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748), in *Foro amm. CdS*, 2003, 3827 ss.
- CASALOTTI F., *Il riparto della potestà legislativa "alla prova" della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 2005, 262 ss.
- CASSESE S., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 901 ss.
- *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.
 - *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 27 ss.
 - *Diritto pubblico e diritto privato nell'amministrazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Milano, 1996, 173 ss.
- CASTIELLO F., *La nuova attività amministrativa*, Rimini, 2006.
- CAVALLARO M.C., *Pubblica Amministrazione e diritto privato*, in *Nuove autonomie*, 2005, 39 ss.
- CAVALLO B., *Tipicità ed atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, in *Contratto e impresa*, 2006, 355 ss.
- CAVALLO M.B., *L'interesse giuridicamente rilevante per l'esercizio del diritto di accesso, con particolare riferimento all'ostensibilità degli atti dei gestori di pubblici servizi, tra recenti novità normative e pronunce della giurisprudenza* (nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2006, n. 13599), in *Foro amm. TAR* 2007, 566 ss.
- CAVALLO PERIN R., CASALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.
- CAVALLO PERIN R., *Commento all'art. 113*, in R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 660 ss.
- CELLA M., TERMINI V., *La funzione economica del "contratto di servizio" nella trasformazione in spa delle aziende di servizi pubblici locali*, in *Ec. pubbl.*, 1999, 32 ss.
- CELOTTO A., *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno: orientamenti della Corte costituzionale e spunti di teoria generale*, in *Giur. cost.*, 1992, 4481 ss.
- CERBO P., *L'effetto utile nella giurisprudenza comunitaria sull'organismo di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2004, 649 ss.
- CERRITELLI M., *Il contratto di partenariato pubblico-privato nell'ordinamento francese*, in *Riv. amm. app.*, 2006, 3 ss. SANDULLI M.A., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 167 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in AA.VV., *Fondazioni e attività amministrativa*, a cura di S. Raimondi, R. Ursi, Torino, 2006, 13 ss.
- *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Giust. amm.*, 2002, 687 ss.
 - *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'Amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2002, 245 ss.
 - *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002.
 - *Diritto amministrativo o diritto comune: principi e problemi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, 1998, 553 ss.

- «Ente pubblico»: problemi di identificazione e disciplina applicabile, in AA.VV., *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli, Torino, 1994.
 - *Problemi dell'individuazione delle persone giuridiche pubbliche (dopo la legge sul parastato)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 641 ss.
- CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005.
- CHITI M.P., *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1161 ss.
- *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 67 ss.
 - *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000.
- CIANFLONE A., GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003.
- CIMELLARO L., *Un'altra decisione nel cammino verso l'individuazione degli organismi di diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 31 ss.
- CINTIOLI F., «Di interesse generale e non aventi carattere industriale o commerciale»: i bisogni o l'attività? (brevi note sull'organismo di diritto pubblico), in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 79 ss.
- CIRENEI M.T., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, t. 8, Torino, 1992, 99 ss.
- CIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2004.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss.
- PASTORI G., *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull'attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 305 ss.
- CLARICH M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.
- CLARIZIA A., *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in *Giust. amm.*, 2005, 196 ss.
- *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in *Giust. amm.*, 2005, 1061 ss.
- COCCO G., *Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 641 ss.
- COLAPINTO F., *L'accesso del consigliere comunale agli atti e ai documenti di una società partecipata dal comune: probabili scenari di una questione non ancora risolta*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 452 ss.
- COLAVECCHIO A., *Gli affidamenti in house a future società miste*, in *Giust. amm.*, 2005, 524 ss.
- COLOMBARI S., *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria) – (nota a Cons. giust. amm. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719)*, in *Urb. e app.*, 2008, 211 ss.
- «Delegazione interorganica» ovvero «in house providing» nei servizi pubblici locali, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1136 ss.
 - *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno* (nota a Corte di giustizia CE, sez. IV, 14 novembre 2002, in C-310/01, Diddi), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 275 ss.
 - *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, 1144 ss.
 - *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in www.giustamm.it.
- COLOMBO M.C., RAMPULLA F.C., TRONCONI L.P., *I modelli di amministrazione nell'evoluzione dei caratteri funzionali dell'azione pubblica*, Rimini, 2007.
- COMBA M., *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, in *Urb. e app.*, 2008, 549 ss.
- COMPIERCHIO F., *Accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi: una decisione non convincente*, in *Giust. civ.*, 2000, 597 ss.

- CORSO G., *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in AA.VV., *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2004, 91 ss.
- *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Serv. pubb. e app.*, 2004, 91 ss.
- COSTI R., *Privatizzazione e diritto della società per azioni*, in *Giur. comm.*, I, 1995, 77 ss.
- CRISMANI A., *Trasparenza amministrativa e diritto di accesso nelle società per azioni “di diritto speciale”*: recenti evoluzioni, in *Contratti Stato enti pubbl.*, 2002, 470 ss.
- CROSETTI A., *L’attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi*, Torino, 1986.
- CUCCURU M., *Il ruolo della dirigenza alla luce del principio di separazione fra politica e Amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 1409 ss.
- CUOCOLO L., *I servizi pubblici nell’ordinamento giuridico italiano ed europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2007, 347 ss.
- (a cura di), *I servizi pubblici negli ordinamenti europei*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2007, 802 ss.
- D’ALBERTI M., *Misure urgenti a tutela della concorrenza e dei consumi nel decreto legge n. 223/2006*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1173 ss.
- D’ALESSANDRO D., *Affidamento in house in senso ampio: la Corte mette in crisi l’idea della neutralità dello strumento societario*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 103 ss.
- D’ARPE E., *Brevi considerazioni di commento al codice degli appalti pubblici*, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, pt. 4, 203 ss.
- DE ROSE C., *Ancora sui limiti comunitari alla trattativa privata: un dovuto riconoscimento alla Corte dei conti italiana e le ultime conferme in materia*, in *Cons. St.*, 2005, 1609 ss.
- D’ASARO A., *Funzione unformatrice della Corte di giustizia e rinvio pregiudiziale: evoluzione e prospettive*, in *Nuove autonomie*, 2002, 583 ss.
- D’AURIA G., *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale “revirement” della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, in *Foro it.*, 2005, 2684 ss.
- D’AUTILIA M.L., *Semplificazione e trasparenza*, Napoli, 2005.
- DE CANDIA G., *Il contratto di servizio nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società di capitali a partecipazione pubblica*, in *Nuova rass.*, 2000, 2036 ss.
- DE CARLI P., *Privatizzazioni e pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1996, 345 ss.
- DE CARLO E., *I servizi pubblici locali: una materia dagli aspetti ancora incerti e problematici*, in *Nuova rass.*, 2007, 699 ss.
- DE CHIARA A., PERFETTI L.R., *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d’impresa*, in *Dir. amm.*, 2004, 135 ss.
- DE GIOIA V., *I servizi pubblici locali nel quadro delle competenze legislative dell’art. 117 della Costituzione*, in *Urb. e app.*, 2004, 1395 ss.
- DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell’interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000.
- DE MARZO G., *Attività consensuale e attività autoritativa della P.A.*, in *Urb. e app.*, 2005, 382 ss.
- DE MARZO G., GRAUSO P., FABBRIZZI G., *L’attività amministrativa alla ricerca del consenso*, in AA.VV., *Le nuove regole dell’azione amministrativa dopo le Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di F. Caringella, De Carolis D., De Marzo G., Milano, 2005, 99 ss.
- DE NICTOLIS R., *I sistemi di scelta del contraente – Trattativa privata*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. Caringella, G. De Marzo, Milano, 2003, 723 ss.
- DE NICTOLIS R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 1109 ss.
- *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. e app.*, 2005, 295 ss.
- DE PRETIS D., *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2006, 803 ss.
- DE ROBERTO A., *La legge generale sull’azione amministrativa*, Torino, 2005.
- DE ROSE C., *La trattativa privata nei lavori pubblici: se e quando si può fare* (commento a Corte di giustizia CE, sez. II, 14 settembre 2004, in C-385/02), in *Cons. St.*, 2004, 2049 ss.

- DEL GATTO S., *Accesso agli atti delle società privatizzate e imparzialità della pubblica amministrazione (ovvero sull'ostensibilità degli atti di ente poste s.p.a.)* – (nota a Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303), in *Foro amm. CdS*, 2002, 1026 ss.
- DEL GIUDICE I., *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1546 ss.
- DELLA PORTA P., *Forma societaria e affidamenti diretti: primo monito (indiretto) della Plenaria*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 210 ss.
- *Società miste, servizi pubblici e appalti al vaglio della Plenaria*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 5 ss.
- DELLA SCALA M.G., *Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato. Profili sostanziali e processuali. Osservazioni a margine dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2005*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 769 ss.
- *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005.
- DEMURO I., *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 781 ss.
- DEODATO C., *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, in www.giustamm.it.
- DI CHIO G., *Società a partecipazione pubblica (ad vocem)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., XIV, Torino, 1997, 158 ss.
- DI GIACOMO RUSSO B., *TAR Sardegna: l'affidamento in house alle luce del Regolamento CE n. 1370/2007 e della sentenza del 17 luglio 2008 (causa C-371/05) della Corte di giustizia CE*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 2254 ss.
- DI GIOVANNI A., *La Corte di Giustizia e i criteri necessari per la qualificazione dell'organismo di diritto pubblico: un passo avanti?* (commento a Corte di giustizia Ce, sez. V, 10 maggio 2001, in C-223/99 e 260/99), in *Corr. giur.*, 2002, 196 ss.
- DIDONNA M., *Il caso, chiuso, degli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, 2006, 377 ss.
- *L'esclusione dalla gara d'appalto. "Par condicio" e massima partecipazione*, in *Urb. e app.*, 2002, 1127 ss.
- DIPACE R., *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, Milano, 2006.
- DONATIVI V., *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica "diretta" alle cariche sociali (artt. 2458-2459 c.c.)*, in *Riv. soc.*, 1998, 1300 ss.
- DUGATO M., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 121 ss.
- *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 218 ss.
- *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.
- DUGATO M., PIPERATA G., *La gestione dei servizi pubblici attraverso società holding*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 312 ss.
- FALSONE R., FALSONE S., *L'esecuzione "in economia" con particolare riferimento ai lavori*, in *Nuove autonomie*, 2004, 225 ss.
- FANETTI B., *La trattativa privata nei contratti della pubblica amministrazione: disciplina, natura giuridica e forme di tutela dei soggetti interessati*, in *Dir. & form.*, 2002, 733 ss.
- FANIZZI R., *Il Consiglio di Stato accoglie un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'in house providing secondo una lettura comunitaria del fenomeno* (nota a Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514), in *Giust. civ.*, 2008, I, 1049 ss.
- FARES G., *Servizi pubblici locali e promozione della concorrenza fra Stato e Regioni*, in *Studium iuris*, 2006, 976 ss.
- FENUCCI T., *A proposito degli "organismi di diritto pubblico"*, in *D&G*, 2005, 51 ss.
- FENWICK J., HARROP K., *Servizi pubblici locali nel Regno Unito. Privatizzazione e concorrenza*, in *Dir. ec.*, 2000, 53 ss.
- ALAIMO A., TEMPESTA A., *Affidamenti diretti e "in house": l'esperienza del Regno Unito*, in *Amministrare*, 2006, 425 ss.
- FERRANDO S., *Disciplina comunitaria degli appalti pubblici e affidamento diretto a società miste: la partecipazione minoritaria dell'investitore privato esclude il controllo analogo della pubblica amministrazione*, in *Dir. commercio internaz.*, 2005, 169 ss.

- FERRARA F., *Brevi considerazioni sul diritto di accesso nei confronti dei gestori di pubblici servizi*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2342 ss.
- FERRARA R., *L'accordo...e gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. amministrazione consensuale*, in *Foro it.*, 2002, 136 ss.
- FERRARI E., *L'impresa pubblica tra il Trattato e le direttive comunitarie*, in AA.VV., *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2004, 123 ss.
- *I contratti della pubblica amministrazione: dalla ricerca del mercato alla ricerca delle regole*, in *I contratti della Pubblica Amministrazione in Europa*, a cura di E. Ferrari, Torino, 2003, XX.
- FERRARI F., *La "fuga verso il privato" e l'emergere di un "diritto societario pubblico": brevi note a Cass. civ., SS.UU., 26.2.2004, N. 3899*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 2006, 733 ss.
- FERRARI G.F., *Ancora sui requisiti Teckal: la coperta è sempre più corta*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2006, 1367 ss.
- *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in M.P. CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006, 31 ss.
- *Parking Brixen: Teckal da totem a tabù?*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2006, 271 ss.
- *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione concorrenziale*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2005, 834 ss.
- *Un raro esempio di controllo analogo*, in www.giustamm.it.
- FERRARO V., *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1004 ss.
- FERRONI M.V., *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Corr. giur.*, 2001, 494 ss.
- FIENGO G., *Un significativo allargamento dell'in house providing*, in *Rass. avv. Stato*, 2007, 254 ss.
- FISCHIONE G., *Le società a partecipazione pubblica che operano nell'ambito dei servizi pubblici locali e la categoria dell'organismo di diritto pubblico dopo la riforma legislativa del 2003*, in *Giust. amm.*, 2005, 170 ss.
- FLORENZANO D., *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, 2008.
- FRACCHIA F., *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.*, 2005, III, 38 ss.
- *La suprema Corte impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali: un ulteriore allontanamento dal modello privatistico? (nota a Cass. civ., sez. un., 29 ottobre 1999, n. 754)*, in *Foro it.*, 2000, pt. 1, 805 ss.
- FRANCHINA L., *Gli organismi di diritto pubblico*, in *Nuove autonomie*, 2004, 299 ss.
- FRANCHINI C., *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1 ss.
- GALETTA D.U., *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 17 ss.
- FRENI E., *Le privatizzazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, t. IV, Milano, 2003, 3987 ss.
- FRIGNANI A., *Intese, posizioni dominanti, concentrazioni (diritto comunitario) – (ad vocem)*, in *N.mo dig. it.*, App. IV, Torino, 1983, 359 ss.
- GALGANO F., *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contratto e impresa*, 1985, I, 364 ss.
- *«Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 279 ss.
- GALEOTTI S., *I rapporti tra norma comunitaria e norma della legge nazionale dopo la sentenza n. 170/84 della Corte costituzionale*, in *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Atti della Tavola rotonda, Castelvignolo, 18 ottobre 1986, a cura di U. Lenza, Milano, 1988, 265 ss.
- GALESI M., *In house providing: verso una concreta definizione del "controllo analogo"?*, in *Urb. e app.*, 2004, 931 ss.

- GALLO C.E., *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 327 ss.
- GAROFOLI R., *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in AA.VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli, M.A. Sandulli, Milano, 2005.
- GAROFOLI R., *Servizio pubblico e società pubbliche: implicazioni in punto di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 2001, 636 ss.
- *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998.
 - *Società in mano pubblica: forma, natura e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 1998, 241 ss.
 - *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto* (nota a Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, *Mannesmann*, in C-44/96), in *Foro it.*, 1998, 133 ss.
- GARZIA G., *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. "ecologiche"* (nota a Corte di Giustizia CE, sez. VI, 4 dicembre 2003, in C-448/01), in *Foro amm. CdS*, 2003, 3515 ss.
- GAULTIERI F., *Società miste ed in house providing: un rapporto da definire*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 445 ss.
- GAVERINI F., *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di "controllo" sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi* (nota a Corte di Giustizia CE, 21 luglio 2005, in C-231/03, *Coname*), in *Foro amm. CdS*, 2005, 2001 ss.
- GENINATTI SATÈ L., *Forme e limiti dell'affidamento di appalti di lavori tra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 740 ss.
- GERMANI L., *Le innovazioni della direttiva 2004/17/CE*, in *Urb. e app.*, 2006, 264 ss.
- GHERA F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente nelle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1193 ss.
- GIANI R., *Le novità del decreto Bersani in materia di giustizia, appalti e pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2006, 1160 ss.
- GIANNINI M.S., *L'Amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, 1988.
- *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.
 - *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in AA.VV., *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, 1974, 23 ss.
 - *Diritto amministrativo*, Milano, 1970.
- GILBERTI B., *In house providing: questioni vecchie e nuove*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 44 ss.
- GIOMI V., *La gestione dei servizi pubblici locali mediante forme associate: l'affidamento diretto a società per azioni multicomunali maggioritarie, fra diritto interno e diritto comunitario* (nota a T.A.R. Toscana, sez. II, 4 ottobre 2002, n. 2366), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1062 ss.
- GIORELLO M., *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2004, 929 ss.
- GIORGIO M., *L'affidamento in house è sempre un'eccezione? Il caso Catania Multiservizi* (nota a Cons. giust. amm. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719), in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 544 ss.
- GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2008.
- GIOVANNELLI M., *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing*, in *Urb. e app.*, 2006, 160 ss.
- GIOVANNELLI M., *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in *Urb. e app.*, 2007, 984 ss.
- GIULIETTI W., *Attività consensuale della P.A. e vincoli giuridici: tutela del pubblico interesse e affidamento del privato*, in *Cons. Stato*, 2001, 1617 ss.
- GLIATTA G., *La successione di leggi penali nel reato di insider trading*, in *Soc.*, 2007, 756 ss.
- GLINIANSKY S., *Gestione degli acquisti tra autonomia e centralizzazione*, in *Nuova rass.*, 2003, 2090.
- GOISIS F., *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 579 ss.

- *Società a partecipazione pubblica (ad vocem)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5600 ss.
- *I giudici comunitari negano la «neutralità» delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1915 ss.
- *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1195 ss.
- *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persona giuridica*, Milano, 2004.
- GOLISANO G., *Linee evolutive del contratto ad evidenza pubblica*, in *Serv. pubbl. app.*, 2003, 173 ss.
- GORI G., *Il rinvio pregiudiziale e la collaborazione tra la Corte di giustizia delle Comunità europee e i giudici nazionali alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. eu.*, 1998, 721 ss.
- GRECO G., *Commento all'art. 11*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, 422 ss.
- *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2005, 61 ss.
- *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.
- *Attività consensuale dell'amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Dir. ec.*, 2002, 457 ss.
- *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839 ss.
- *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara (nota a Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 2000, in C-324/98, Teleaustria e Telefonadress)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1461 ss.
- *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 993 ss.
- *L'organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 733 ss.
- *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986.
- GRECO M., *Strumenti del controllo extrasocietario nella gestione in house*, in www.appaltiecontratti.it.
- GRUNER G., *Considerazioni attorno alle società pubbliche dello Stato (Parte seconda)*, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, pt. 2, 149 ss.
- GUCCIONE C., *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 271 ss.
- *Affidamenti in house e nozione di organismo di diritto pubblico (nota a Corte di giustizia CE, sez. VI, 8 maggio 2003, in C-349/97)*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 1073 ss.
- *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1032 ss.
- *Le concessioni di servizi pubblici: la "Circolare Buttiglione" e gli orientamenti comunitari e nazionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1009 ss.
- *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1263 ss.
- GUIDOTTI R., *Ancora sui limiti all'esercizio dei diritti di controllo nella s.r.l. e sul (preteso) diritto di ottenere copia dei documenti*, in *Giur. comm.*, 2008, 218 ss.
- GUIZZI V., *Politiche comunitarie (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 844 ss.
- IAIONE C., *In house providing nella distribuzione del gas e nozione societaria di controllo analogo*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 39 ss.
- *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. civ.*, 2006, 13 ss.
- IBBA C., *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 2006, 301 ss.
- *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss.
- *Le società "legali" per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento delle infrastrutture: Patrimonio dello Stato e Infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2005, 447 ss.

- *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Privatizzazioni e Regioni*, a cura di V. Buonocore, C. Racugno, Milano, 2003.
- *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, t. 8, Torino, 1992, 678 ss.
- *Società legali e società legificate (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993.
- *Le società «legali»*, Torino, 1992.
- IERA L., *E' ancora legittimo l'affidamento in house in favore di una società mista?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 984 ss.
- *Appalti pubblici, servizi pubblici, affidamento in house, partecipazione e controllo. Un difficile intreccio*, in *Nuovo dir.*, 2005, 351 ss.
- IORIO E., MONEA P., *La distinzione tra i servizi pubblici a rilevanza economica e non a rilevanza economica. Breve commento a sentenza del T.A.R. Sardegna del 2 agosto 2005, n. 1729*, in *Amm. it.*, 2006, 21 ss.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2001.
- ISONI A., *La delegazione interorganica nella gestione dei servizi pubblici locali. Tutela della concorrenza o prevalenza delle esigenze del servizio?*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3124 ss.
- ITALIA E., *Organismo di diritto pubblico: il duplice volto del diritto amministrativo. Vecchi e nuovi risvolti della giurisprudenza*, in *Dir. & form.*, 2006, 81 ss.
- ITALIA V., *Commento all'art. 1*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 13 ss.
- *Commento all'art. 1, comma 1-bis*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, 104 ss.
- JAEGER P.G., *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, 989 ss.
- LA PERGOLA A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003, 2419 ss.
- LACAVALA C., *L'impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, t. IV, Milano, 2003, 3901 ss.
- LE DONNE A., PIEROTTI C., *Gestione in house dei servizi pubblici locali: contaminazioni, suggestioni, soluzioni*, in www.astrid-online.it.
- LEGA C., *L'affidamento in house. La disciplina nazionale rispetto alle direttive comunitarie. Decisione della Corte di giustizia europea dell'11 gennaio 2005*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2005, 737 ss.
- LEGGIADRO F., *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2000, 1071 ss.
- LEONARDI A., *Efficacia interna del diritto comunitario e delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 1060 ss.
- LEONARDI R., *Il principio della separazione della politica dall'amministrazione: alla ricerca del confine tra realtà e utopia*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 1223 ss.
- LIBONATI B., *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, I, 1995, 20 ss.
- LIGUORI F., *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007.
- LIPARI M., *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Corr. merito*, 2007, 111 ss.
- *L'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. & form.*, 2005, 1253 ss.
- LIROSI A., *Affidamento in house: lo stato dell'arte della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo*, in *Giust. amm.*, 2006, 990 ss.
- LOLLI A., *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1937 ss.
- LONGAVITA F.M., *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle s.p.a.*, in www.giustamm.it.
- LOTTI P., *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*, in *Urb. e app.*, 2006, 34 ss.
- *Corte di giustizia e involuzione dell'in house providing (nota a Corte di giustizia, sez. I, 11 maggio 2006, in C-340/04)*, in *Urb. e app.*, 2006, 1048 ss.
- LOTTINI M., *Bisogni non economici o attività non economiche? Sulla controversa nozione comunitaria di "organismo di diritto pubblico"*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 99 ss.
- LUCCA M., *Gli affidamenti e il controllo analogo*, in *Comuni d'Italia*, 2007, 7-8, 14 ss.

- MALTONI A., *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla P.A. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della L. N. 241/90*, in *Servizi pubbl. app.*, 2006, 333 ss.
- *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.
- MAMELI B., *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, 2003.
- *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 63 ss.
- MANGIALARDI G., *Affidamento di servizio pubblico a società mista*, in *Urb. e app.*, 2002, 1188 ss.
- MANINCHEDDA C., *Brevi note in tema di servizi in economia*, in *Nuova rass.*, 2002, 695 ss.
- MARASÀ G., *Società speciali e società anonime (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1993, Roma.
- MARCHEGIANI G., *Alcune considerazioni in merito al c.d. "partenariato pubblico-privato" (PPP)*, in *Giust. amm.*, 2006, 7 ss.
- MARCHEGIANI G., *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni e i c.d. "affidamenti in house"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 945 ss.
- *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1233 ss.
- MARCOU G., *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 125 ss.
- MARONGIU G., *Funzione amministrativa (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989.
- MARTINICO G., *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 249 ss.
- MARZUOLI V., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.
- MASETTI D., *Le società partecipate dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali ed i loro limiti funzionali*, in *Giust. amm.*, 2007, 1215 ss.
- MASSARI A., *Affidamento di servizi alle società miste degli enti locali e in house providing*, in *Comuni d'Italia*, 2005, 16 ss.
- MASSERA A., *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Studi in onore di Ottaviano*, I, Milano, 1993, 551 ss.
- MASTROPASQUA S., *Corte di giustizia C.E. (sentenze interpretative e rapporti con i giudici nazionali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Mastropasqua, F. Tamassia, Milano, 2004, 98 ss.
- MATTARELLA B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- MATTERA A., *Il diritto comunitario e le concessioni di servizi di pubblica utilità: tra liberalizzazione e universalità*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2003, 5 ss.
- MAVIGLIA C., *Accordi con l'Amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002.
- MAZZAMUTO M., *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 537 ss.
- MAZZIA F., *L'evidenza pubblica*, in *Nuovo dir.*, 2003, 117 ss.
- MELE E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Milano, 2002.
- MELI V., *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 672 ss.
- MENGOLI V., *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003.
- MENGONI L., *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, I, Milano, 1998, 357 ss.
- MENICETTI E., *Società per azioni multicomunale a partecipazione pubblica totalitaria e gestione di servizi pubblici locali* (commento a Cons. St., sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448), in *Riv. giur. quad. serv. pubbl.*, 2002, 176 ss.
- MENTO S., *Servizi pubblici e affidamenti trasparenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 407 ss.
- MERUSI F., *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649 ss.
- MIELE T., *Il rapporto pubblica amministrazione-cittadino dopo la stagione delle riforme*, in *Nuova rass.*, 2005, 1 ss.

- *Azione amministrativa consensuale*, in *Nuova rass.*, 1998, 1247 ss.
- MINERVINI G., *Contro il diritto speciale delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1994, 740 ss.
- MODUGNO F., *Funzione (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301 ss.
- MOLASCHI V., *La gestione dei servizi pubblici locali “privi di rilevanza economica”: prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito di Corte cost. n. 272 del 2004*, in *Foro it.*, 2005, 2652 ss.
- MONTEFERRANTE L., *Diritto comunitario e ricorso alla trattativa privata: l'Italia è ancora inadempiente*, in *Urb. e app.*, 2006, 289 ss.
- MONTEMURRO F., *Perché limitare l'affidamento in house*, in *Comuni d'Italia*, 2007, 4, 47 ss.
- MORBIDELLI G., *Verso un diritto amministrativo meno speciale*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 803 ss.
- MORFINI F., *I rapporti tra aggiudicazione e contratto nel procedimento ad evidenza pubblica ed il “parasistema” della giustizia amministrativa*, in *Trib. amm. reg.*, 2005, 9 ss.
- MORRONE S., *Sul diritto di accesso dei consiglieri comunali degli enti locali* (nota a Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5879), in *Riv. amm. Rep. ita.*, 2005, 985 ss.
- MORZENTI PELLEGRINI R., *Commento art. 30*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 318 ss.
- MOZZARELLI M., *Decisioni dei soci e profili di responsabilità degli amministratori della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2008, 409 ss.
- MOZZATI A., *Il contratto di servizio nell'ordinamento comunitario*, in *Ec. dir. terziario*, 2003, 729 ss.
- MURGIA R., *Il rinvio pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di giustizia della C.E.*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 441 ss.
- MUSOLINO S., *L'art. 13 del decreto-Bersani: quale futuro per il modello della società mista?*, in *Urb. e app.*, 2007, 1521 ss.
- NAPOLETANO G., *Diritto comunitario e diritto italiano nella sentenza n. 170/84 della Corte costituzionale*, in *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Atti della Tavola rotonda, Castelgandolfo, 18 ottobre 1986, a cura di U. Lenza, Milano, 1988, 229 ss.
- NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 481 ss.
- *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- *Soggetti privati «enti pubblici»?* , in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.
- NICOLAZZI T., *La riforma dei servizi pubblici locali: il nuovo assetto normativo*, in *Riv. amm. Rep. ita.*, 2004, 527 ss.
- PURCARO A., *La riforma dei servizi pubblici locali. Appunti a margine dell'art. 14 del D.L. n. 269/2003*, in *Nuova rass.*, 2003, 2078 ss.
- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 3 ss.
- NIUTTA A., POLICE A., *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 1999, 477 ss.
- NOVELLI P., VENTURINI L., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008.
- OCCHILUPO R., *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 525 ss.
- OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 156 ss.
- *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2002, 491 ss.
- *Diritto privato e interessi pubblici*, in AA.VV., *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000.
- *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1994, 25 ss.
- PACE R., *Verso le società ad evidenza pubblica?*, in *Contratti Stato enti pubbl.*, 2005, 443 ss.
- PADELLARO M., *Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in house*, in *Riv. amm. app.*, 2005, 325 ss.
- PAJNO A., *Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 2006, 139 ss.

- *Gli strumenti dell'amministrazione consensuale*, in AA.VV., *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Atti del seminario di studio – Roma 12 febbraio 1993, a cura di G. Berti, G.C. De Martin, Milano, 1996, 73 ss.
- PALLOTTINO D., *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche ed organismi di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale* (nota a T.A.R. Campania, sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868), in *Foro amm. TAR*, 2003, 2337 ss.
- PANZIRONI G., *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: un approccio non solo giuridico*, in *Serv. pubb. app.*, 2004, 131 ss.
- PAOLA I., *Le società per azioni a partecipazione pubblica: pubblicità dell'attività o pubblicità dell'ente?*, in *Foro it.*, 2002, 434 ss.
- PASCUCCI F., *Accordi tra pubbliche amministrazioni*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, a cura di R. TOMEI, Padova, 2005, 375 ss.
- PASTORI G., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. soc.*, 1996, 483 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 27 ss.
- PEDACI V., *Brevi riflessioni sull'effettività del principio di separazione politica-amministrazione tra indirizzo politico e responsabilità gestionali*, in *Amm. it.*, 2007, 490 ss.
- *Aspetti e forme dell'amministrazione consensuale: il punto della situazione sugli accordi amministrativi*, in *Trib. amm. reg.*, 1999, 107 ss.
- *Brevi note sugli accordi amministrativi come modello di amministrazione consensuale*, in *Amm. it.*, 1999, 1169 ss.
- PERFETTI L.R., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2006, 387 ss.
- *Il Consiglio di Stato e il diritto societario. Note minime a Consiglio di Stato N. 7369 del 2006*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 3352 ss.
- *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce dell'adunanza plenaria n. 9 del 2004*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 1347 ss.
- *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem* (nota a Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679), in *Foro amm. CdS*, 2004, 1161 ss.
- *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa* (nota a Corte di giustizia CE, sez. V, 22 maggio 2003, in C-18/01, *Taitotalo*), in *Foro amm. CdS*, 2003, 2498 ss.
- PIAZZA A., *In house providing: assenza di terzietà e nuovi approcci interpretativi*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 531 ss.
- PIEROBON A., *Il contratto di servizio tra le amministrazioni locali e il soggetto gestore nei servizi pubblici locali*, in *Dir. della regione*, 2000, 857 ss.
- PINI M., *Lavori in economia. Principi generali e regolamenti delle spese*, in *App. urb. ed.*, 1998, 9 ss.
- PINOTTI C., *La responsabilità degli amministratori di società, tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 2004, 312 ss.
- PIPERATA G., *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 137 ss.
- *I servizi culturali nel nuovo ordinamento degli enti locali*, in www.aedon.mulino.it, 2003.
- PITRUZZELLA G., *Ipotesi di responsabilità di amministratori di società miste*, in *Enti pubblici*, 2006, 643 ss.
- PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.
- *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 486 ss.
- PIZZUTI S., *Le convenzioni nel T.U.E.L.*, in *Nuova rass.*, 2006, 378 ss.
- PORTALURI P., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998.
- PROIETTI R., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005.

- PROTO C., *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Fall.*, 2003, 1133 ss.
- PROTTO D., *La direttiva 93/36/CE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è applicabile anche nei contratti fra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Urb. e app.*, 2000, 1152 ss.
- PROTTO M., *Illegittimo ricorso alla trattativa privata* (commento a Corte di giustizia CE, sez. I, 2 giugno 2005, in C-394/02), in *Urb. e app.*, 2005, 779 ss.
- PUGLIESE F.P., *Contratti della pubblica amministrazione, sub Contratto (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ss.
- PURCARO A., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 2003, 2078 ss.
- QUARTA L., SPINELLI D., *Appalti pubblici europei: la comunicazione interpretativa della Commissione in tema di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 585 ss.
- RANIELI M., *La responsabilità gestoria dei soci di s.r.l.*, in *Vita not.*, 2006, 999 ss.
- REBECCHI P.L., *“Sviamento” nell’utilizzo delle pubbliche risorse e giurisdizione di responsabilità amministrativa contabile* (nota a Cass. civ., sez. un., 1° marzo 2006, n. 4511), in *Riv. Corte conti*, 2006, pt. 2, 238 ss.
- RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997.
- RICCIO F., *Affidamento in house e rilievi giurisprudenziali, con riferimento ai principi desumibili dalla normativa comunitaria*, in *Comuni d’Italia*, 2007, 22 ss.
- RIGA G., *Il punto su...procedura ad evidenza pubblica e stipulazione del contratto*, in *App. urb. ed.*, 2006, 15 ss.
- RISTUCCIA M., *La responsabilità “sociale” erariale nelle società pubbliche*, in *Riv. Corte conti*, 2005, 328 ss.
- RODRIGUEZ S., *Le sezioni unite tornano a pronunciarsi sulla giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. it.*, 2005, 848 ss.
- *La giurisdizione della Corte dei conti: dagli enti pubblici economici alle s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, in *Giur. it.*, 2004, 1946 ss.
- ROEHRSEN G., *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1961.
- ROLANDO E., *Gestione dei servizi pubblici locali: affidamento “in house” o procedura ad evidenza pubblica? La scelta degli enti locali*, in *Giur. it.*, 2006, 2174 ss.
- *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze fra Stato e Regioni nella materia “trasversale” della tutela della concorrenza*, *Giur. it.*, 2005, 838 ss.
- ROMAGNOLI G., *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Soc.*, 2008, 441 ss.
- *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 473 ss.,
- ROMANO A., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 528 ss.
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1949.
- RONCORONI E., *Il controllo delle imprese di servizio pubblico da parte dei Consigli comunali*, in *Amministrare*, 2004, 241 ss.
- ROSSI F., *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 456 ss.
- *Considerazioni in tema di società totalmente partecipate dal capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica*, in *Trib. amm. reg.*, 2004, pt. 2, 87 ss.
- ROSSI G., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, I, 221 ss.
- *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991.
- *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1994, 385 ss.
- ROSSI P., *Ascesa e declino dell’in house providing e dall’affidamento diretto dei servizi pubblici locali a società miste*, in *Ec. dir. terziario*, 2006, 397 ss.
- ROSTAGNO S., *Criticità delle soluzioni e prospettive del decreto Bersani in tema di modello in house, affidamenti diretti e contratti a valle*, in *Giust. amm.*, 2006, 961 ss.

- ROTIGLIANO R., *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione europea*, in *Urb. e app.*, 2008, 1008 ss.
- ROVERSI MONACO M.G., *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1371 ss.
- *La teoria dell'ente pubblico in forma di società*, Torino, 2004.
- RUGGERI G., TAMBORINO M.L., *Art. 3. Definizioni*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 61 ss.
- SALA G., *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo: la specialità delle società ad azionariato pubblico con particolare riferimento ai servizi pubblici locali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 897 ss.
- SALAFIA V., *Responsabilità degli amministratori: limiti alla giurisdizione della Corte dei conti* (commento a lodo arbitrale del 15 luglio 2008, arbitro prof. Cagnasso), in *Soc.*, 2008, 1270 ss.
- *Gli amministratori e i sindaci dello Stato e degli enti pubblici*, in *Soc.*, 2001, 773 ss.
- SALVATORE V., *Diritto comunitario degli appalti pubblici. Incidenza nell'ordinamento italiano delle direttive sulle procedure di aggiudicazione*, Milano, 2003.
- SANDULLI M.A., *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *federalismi.it*, n. 3/2008.
- *Gli accordi amministrativi dopo la legge 15/2005*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 27 ss.
 - *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione: modelli europei a confronto*, Milano, 2000.
- SANTA MARIA A., *Il rinvio pregiudiziale nella nuova disciplina a seguito del Trattato di Nizza*, in *Dir. comm. internaz.*, 2003, 367 ss.
- SANTORO P., *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2006.
- *Le materie di contabilità pubblica: dalla interpositio legislatoris alla interpositio in house*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 2914 ss.
 - *Soggetti pubblici e privati nella nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico*, in *Riv. Corte conti*, 2001, 292 ss.
- SARACINO C.M., *In house providing: margini di scelta tra libera concorrenza e cooptazione* (nota a T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 8 settembre 2004, n. 885), in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, pt. 3, 631 ss.
- SAU A., *Il dilemma delle società miste: divieto di affidamento diretto e forza del partenariato*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 977 ss.
- SCHLESINGER P., *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, 126 ss.
- SCHLITZER E.F., *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. milleproroghe (d.l. 31/12/2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)*, in *www.giustamm.it*.
- SCINO M.A., *Escluso il ricorso alla procedura «in house providing»: gara necessaria anche se la partecipazione è minima*, in *Guida al dir.*, 2005, 110 ss.
- SCIULLO G., *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 805 ss.
- SCIUTO M., SPADA P., *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, t. 3, Torino, 2004, 91 ss.
- SCOCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. ec.*, 2005, 239 ss.
- *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 ss.
- SCOTTI E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 666 ss.
- *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 938 ss.
- SEPE O., *Contratti della pubblica amministrazione (ad vocem)*, *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 986 ss.
- SEVERI F.S., *Funzione pubblica (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 2000, 69 ss.
- SIGNORETTA N., *La procedura dell'evidenza pubblica: in particolare, la scelta del contraente nelle amministrazioni dello Stato*, in *Amm. cont. Stato Enti pubblici*, 1999, 228 ss.
- *Procedimenti di acquisizione di beni e servizi: l'evidenza pubblica*, in *lexitalia.it*.

- SINISI M., *L'attività extra moenia delle società miste: vincolo funzionale, nesso di controllo e ambito funzionale ottimale* (nota a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 ottobre 2003, n. 4807), in *Foro amm. TAR*, 2003, 2857 ss.
- SONCINI A., *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2005, 693 ss. FIENGO G., *Ulteriori sviluppi sull'in house providing*, in *Rass. avv. Stato*, 2005, 44 ss.
- SORACE D., *La "legificazione" delle norme generali sull'azione amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, 321 ss.
- SPADONI B., *Il contratto di servizio nella regolazione e nella liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.
- SPASIANO M. R., *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, in *Giust. amm.*, 2006, 959 ss.
- *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1820 ss.
 - *L'evidenza pubblica possibile regola del libero mercato: soluzione di una dicotomia*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 139 ss.
 - *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Dir. amm.*, 2000, 131 ss.
- STANCANELLI G., MOSCARDI I., DE NICTOLIS R., *Gli affidamenti in house*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, I, Milano, 2008, 307 ss.
- STAZI A., ACOCELLA C., *Le società miste per la gestione di servizi pubblici locali e la scelta del socio privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 153 ss.
- STICCHI DAMIANI E., *Gli accordi amministrativi dopo la legge 15/2005*, in AA.VV., *Riforma della legge n. 241/1990 e processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2006, 27 ss.
- *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.
- TABARRINI A., TABARRINI L., *Dei lavori in economia*, in *Comuni d'Italia*, 2002, 397 ss.
- TAMBURINI M., *L'adattamento del diritto interno al diritto comunitario e l'integrazione dell'acquis communautaire negli ordinamenti dei nuovi membri*, in *Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, Atti del Convegno, Milano, 15-17 febbraio 2001, a cura di M. Ganino, G. Venturini, Milano, 2002, 377 ss.
- TESCAROLI S., *Principi comunitari in materia di appalti*, in *Contratti Stato enti pubbl.*, 2001, 189 ss.
- TILOCCA L., *Il contratto di servizio tra ente locale e società di gestione: ruolo e forme di tutela del cittadino utente*, in *Amm. it.*, 2006, 537 ss.
- *La gestione in house providing dei servizi pubblici mediante società a partecipazione pubblica locale*, in *Amm. it.*, 2006, 215 ss.
- TOMASSI P., *La Corte di giustizia ancora sull'ambito di applicazione soggettivo della disciplina sugli appalti pubblici*, in *Riv. amm. app.*, 2005, 309 ss.
- TORCHIA L., *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 223 ss.
- TRAVI A., *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 2005, 449 ss.
- *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, 168 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'art. 1 comma 1 bis della L. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 947 ss.
- *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.
 - *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 945 ss.
- TRIPODI E.M., *Competitività e liberalizzazioni nel nuovo decreto Bersani*, in *Disc. comm. servizi*, 2006, 511 ss.
- TRISORIO LUZZI G., *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 727 ss.
- TULUMELLO G., *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di stato e limiti all'amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2005, 145 ss.
- URSI R., *Anatomia di un ossimoro: «in house providing» e concorrenza nei servizi pubblici locali* (nota a parere Autorità garante concorrenza e mercato 28 dicembre 2006, n. AS375), in *Foro it.*, 2007, 227 ss.

- *Brevissime considerazioni sul vincolo di destinazione dell'attività delle società in house*, in *Foro it.*, 2006, 512 ss.
- *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società "in house"* (nota a Corte di giustizia CE, sez. I, 13 ottobre 2005, in C-458/03; grande sezione, 21 luglio 2005 in C-231/03), in *Foro it.*, 2006, pt. 1, 79 ss.
- *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss.
- *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, pt. 4, 136 ss.
- *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 747 ss.
- *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 693 ss.
- URSO M., *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house* (commento a Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072), in *Urb. e app.*, 2006, 1417 ss.
- VACCA A., *Il concetto di controllo "analogo" in materia di affidamento "in house" di un servizio pubblico locale: un tentativo di ricostruzione positiva* (nota a T.A.R. Lombardia, Brescia, 28 febbraio 2006, n. 238), in *Foro amm. TAR*, 2006, 23 ss.
- *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: un modello di difficile qualificazione*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1225 ss.
- *Ricostruzione ontologica dell'affidamento "in house" dei servizi pubblici locali* (nota a T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318), in *Foro amm. TAR*, 2006, 1844 ss.
- *Il controllo "analogo" sul soggetto affidatario in house di un servizio pubblico locale: dubbi ricostruttivi di ammissibilità, con particolare riguardo alla disciplina societaria* (nota a T.A.R. Lombardia, Brescia, 7 novembre 2005, n. 1123), in *Foro amm. TAR*, 2005, 3432 ss.
- VAIRA R., *La gestione dei servizi pubblici tra "in house providing" e affidamenti diretti a società miste: ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità*, in www.giustamm.it.
- VALENTINO L., *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. un. eu.*, 2005, 739 ss.
- VALLANIA E., *Le innovazioni apportate dalla comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 838 ss.
- VENAFRO E., *Il nuovo oggetto di tutela della fattispecie di insider trading*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 948 ss.
- VENTURI S., *L'evoluzione del concetto dell'in house providing dalla sentenza Teckal C-107/98 alla sentenza C-410/04 della Corte di giustizia*, in *Contratti Stato enti pubbl.*, 2006, 363 ss.
- VENTURINI L., *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1127 ss.
- *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 3432 ss.
- VIGNERI A., *Servizi e interventi pubblici locali*, Rimini, 2004.
- *Il controllo del comune sui servizi pubblici locali*, in *Amministrare*, 2003, 407 ss.
- VILLATA R., *Pubblici servizi*, Milano, 2008.
- VILLATA R., SALA G., *Procedimento amministrativo (ad vocem)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 576 ss.
- VIRGA P., *Teoria generale del contratto di diritto pubblico, sub Contratto (dir. amm.)-(ad vocem)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 979 ss.
- VISCA M.A., *La giurisdizione della Corte dei conti sull'attività privata di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, in *Giust. civ.*, 2004, 2044 ss.
- VISENTINI B., *Ancora sui limiti della disciplina privatistica della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1994, 729 ss.
- VOLPE C., *Società miste tra poteri pubblici e strumenti privati. L'ibrido continua*, in *Urb. e app.*, 2006, 1343 ss.
- ZANCHIELLO L., *Rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale alla luce delle pronunce della Corte costituzionale*, in *Nuova rass.*, 2006, 1881 ss.
- ZANNOTTI R., *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2008.

- ZITO A., *I riparti delle competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2003, 387 ss.
- ZOPPOLATO M., *Art. 24 (Trattativa privata)*, in AA.VV., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Milano, 2003, 608 ss.
- ZUCCOLO A., *L'accordo sostitutivo del provvedimento – Parte I. L'accordo sostitutivo e l'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in *Contratti Stato enti pubblici*, 2002, 5 ss.