

Maria Novella Di Giandomenico

Le società miste e l'attività extraterritoriale (a proposito di una recente decisione e di una "nuova" disciplina)*

SOMMARIO: 1. L'occasione del presente studio: la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080 – 2. Il modello organizzativo della società mista – 2.1. Dalla disciplina contenuta nell'art. 35 della l. n. 448/2001 a quella contenuta nella l. n. 326/2003 – 2.2. La "nuova" riforma dei servizi pubblici locali: l'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 – 3. L'attività imprenditoriale della società mista: la rilevanza giuridica del socio privato e le tipologie di società mista – 4. L'attività extraterritoriale della società mista: l'evoluzione della giurisprudenza sul tema – 5. La riforma operata dall'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 ed il suo ambito applicativo – 6. L'attività extraterritoriale delle società per la gestione dei servizi pubblici locali alla luce dell'art. 23 *bis*, comma 9, del d.l. n.112/2008 – 7. Le società c.d. di terzo grado: prime applicazioni della nuova disciplina da parte della giurisprudenza – 8. Una valutazione della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080 – 9. Riflessioni conclusive.

1. La decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, affronta il tema, in realtà più volte dibattuto dalla giurisprudenza amministrativa, dell'attività extraterritoriale delle società miste. Il quesito di fondo che il Consiglio di Stato affronta è se le società miste costituite da enti locali per la gestione di servizi pubblici all'interno del territorio di riferimento possano partecipare a gare di appalto indette da altre amministrazioni locali.

In particolare, il quesito viene posto alla luce del nuovo art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito con la legge n. 248 del 2006.

* Il presente studio è in corso di pubblicazione sulla rivista *Diritto e processo amministrativo*, edita dalla Edizioni Scientifiche Italiane.

Tale disposizione, come noto, impone alle società miste di operare esclusivamente con gli enti costituenti, quando le stesse producano beni o servizi strumentali al funzionamento delle amministrazioni regionali o locali; diversamente, il divieto non opera in caso di società di gestione dei servizi pubblici locali e di svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza.

La sentenza, dopo aver ricordato la precedente giurisprudenza sull'impegno *extra moenia* delle società miste, conclude escludendo tale possibilità, allorché applica alla fattispecie sottoposta al suo esame la nuova disciplina.

La fattispecie inerisce ad una controversia promossa da una impresa privata che aveva partecipato ad una gara di appalto-concorso indetta dal Comune di Nuoro per la gestione del servizio integrato di acquisto di energia elettrica e gestione degli impianti di illuminazione, manutenzione ordinaria, programmata e straordinaria. La gara era stata vinta non dall'impresa privata ma da una società controllata in via maggioritaria da alcuni enti locali dell'Emilia Romagna.

In particolare, tale società era controllata per un verso da alcuni enti locali della Regione Emilia Romagna, per altro da altra società a sua volta controllata in via maggioritaria dal Comune di Bologna.

In poche parole, il gruppo che si era aggiudicata la gara rappresentava, atteso il rapporto che lo legava al Comune emiliano, una società c.d. di terzo grado¹.

Ebbene il Consiglio di Stato, investito della questione ed a conferma della decisione di primo grado del TAR Sardegna, che a

¹ Per società di terzo grado si intende comunemente "quelle società che non sono state costituite da amministrazioni pubbliche e non sono state costituite per soddisfare esigenze strumentali alle amministrazioni pubbliche medesime" in tal senso si veda Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, deliberazione n.135 del 9 maggio 2007. La partecipazione dell'ente locale alla società in parola, in tal caso, è solo indiretta.

sua volta aveva accolto il ricorso presentato dall'impresa privata, ha ricostruito, dapprima, la tematica generale dell'ammissibilità del modello delle società miste e poi ha valutato la possibilità per le stesse di svolgere fuori dai confini dell'ente di riferimento le proprie attività imprenditoriali. I due profili sono stati dal Consiglio di Stato valutati tenendo ben presente, come detto, i recenti interventi del legislatore dichiaratamente a tutela della concorrenza.

Per completezza di analisi, occorre ricordare che il Giudice di primo grado aveva accolto il ricorso sulla scorta non della disciplina intervenuta nel 2006, bensì della pregressa giurisprudenza formatasi sul tema dell'attività extraterritoriale delle società miste.

Il TAR Sardegna, con sentenza n. 1209/2007, aveva affermato che l'attività extraterritoriale delle società miste (anche se indirettamente) non fosse del tutto libera ma, stante il vincolo genetico-teleologico, fosse subordinata alla dimostrazione che attraverso l'attività *extra moenia* venisse pur sempre soddisfatta una specifica esigenza della collettività di riferimento, e, soprattutto, che fosse esclusa un'incompatibilità con gli interessi di questa, mediante la distrazione di risorse e mezzi in grado di arrecare pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico locale.

È questo il principio sulla base del quale il giudice di primo grado aveva ritenuto illegittima l'aggiudicazione della gara a favore della società mista.

Diversamente, il Consiglio di Stato ha ora ritenuto di dover decidere la controversia sulla scorta del nuovo art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, ripercorrendo, sia pure sinteticamente, le tappe principali che hanno portato alla nascita ed alla evoluzione del modello organizzativo delle società miste. L'*iter* argomentativo svolto dal Consiglio di Stato consente allora di articolare un ragionamento che parte da lontano e che giunge alle recenti riforme di cui si è detto.

Si seguirà, pertanto, lo stesso percorso della decisione ricostruendo il modello generale della società mista e la sua ammissibilità nel nostro ordinamento, fino ad arrivare al punto

principale della decisione, ovvero l'ammissibilità o meno dell'attività extraterritoriale di questa.

2. Il modello generale delle società miste, nel nostro ordinamento giuridico, ha origini non troppo lontane nel tempo e tuttavia abbastanza complesse².

Le società miste rappresentano una novità introdotta nell'ordinamento degli enti locali dall'art. 22 della l. 8 giugno 1990, n. 142, nell'ambito delle cinque tipizzate modalità di gestione dei servizi pubblici locali³.

² In realtà, il dibattito sui servizi pubblici locali e sui modelli di gestione dei medesimi, ha origine negli anni '70 e si incentra sulla possibilità di elaborare modelli di gestione efficienti che riescano a contemperare due opposte esigenze: mantenere invariato il livello di servizi offerti in presenza di una contrazione delle risorse pubbliche ad essi destinate.

³ Sul tema dei servizi pubblici e dei servizi pubblici locali, in particolare, la letteratura è sconfinata. Oltre quella citata nel testo e limitandoci a quella di base, si segnala: quanto ai servizi pubblici: U. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. MERUSI, *Servizi pubblici*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1970, Vol. XVII, pag. 238; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, Rimini, 1988, pag. 32; S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1998, pag. 233; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003, pag. 27; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. VI, Milano, 2006, pagg. 5517 ss. Quanto ai servizi pubblici locali: G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001; G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. e gov. Loc.*, 1992, pag. 12; D. SORACE, *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva di libertà di iniziativa economica e non dei privati*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993, pag. 1141; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993; M. DUGATO, *I Servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Parte speciale*, Tomo III, Milano, 2003, pagg. 2581 ss.; ID., *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione* (nota a Cons. di Stato, Sez.V, 10 marzo 2003, n. 1289), in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pag. 930; AA.VV., *I servizi pubblici locali* (a cura di S. Mangiameli), Torino, 2008. Per una nozione di servizio pubblico locale, in particolare, si veda: A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico*

La suddetta legge aveva attribuito alle amministrazioni locali la funzione primaria di gestione dello sviluppo sociale ed economico del territorio.

Per inciso, si ricorda che già prima della richiamata normativa era concesso all'ente locale di partecipare a società di capitali insieme a *partners* privati, sulla base del generale riconoscimento in capo all'ente di una capacità negoziale di diritto comune⁴. E del resto, non si è mai dubitato della piena e generale capacità giuridica di diritto privato della pubblica amministrazione per la tutela degli interessi pubblici, e quindi della possibilità di agire *iure privatorum* costituendo anche delle s.p.a.⁵.

Tra i possibili modelli di gestione vi era, quindi, oltre alla gestione in economia, alla concessione, all'istituzione e all'azienda speciale, quello della società a partecipazione pubblica, costituita, in un primo momento, unicamente in forma di s.p.a. a prevalente o totale partecipazione pubblica.

Successivamente, per effetto di ulteriori interventi legislativi, il modello della società mista ha subito una significativa evoluzione.

locale», in *Dir. Amm.*, n. 1/2007, pag. 79 ss; Id. *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, Comunicazione al XLI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, settembre 1995), ora nel volume degli Atti: *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 469; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, pag. 463; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, Vol. XLII, pag. 362; Sul tema dei processi di liberalizzazione e privatizzazione che hanno riguardato il regime dei servizi pubblici, in generale: D. SORACE, *Servizi Pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pag. 371 ss; ID., *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, Bologna 2007, pagg. 239 ss.; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005, pagg. 129 ss.; S. TORRICELLI, *Il mercato di pubblica utilità, un'analisi a partire dal settore dei servizi "a rete"*, Milano, 2007, pagg. 1 ss.

⁴ C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, in *Urb. e Appalti*, n. 6/2003.

⁵ G. DI GIANDOMENICO, *Le s.p.a miste tra servizi ed opere pubbliche*, in G. Di Giandomenico, R. Fagnano, G. Ruta (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, Napoli, 1997, pag. 17.

Si è osservato come tale evoluzione fosse stata la conseguenza di quella tecnico-industriale dei settori collegati ai pubblici servizi. E così la sempre maggiore sofisticazione delle tecnologie, necessarie al loro esercizio, ha ben presto pervaso ogni tipologia di servizio, facendo loro assumere le caratteristiche di vera e propria industria. Da qui la necessità di operare un processo di separazione sempre più netto tra le funzioni di individuazione delle esigenze, di indirizzo e controllo delle attività di erogazione dei servizi e quelle di gestione e fornitura degli stessi.

Ed è per questo che l'art. 12 della l. 23 dicembre 1992, n. 498 ha ulteriormente ampliato il novero dei possibili modelli societari prevedendo l'istituto della società per azioni mista senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria.

E, sempre in un'ottica tesa ad ampliare i modelli organizzativi, la successiva normativa, *ex art.* 17, comma 58, della l. 15 maggio 1997, n. 127, ha previsto le società miste anche in forma di s.r.l. e senza il vincolo del capitale pubblico maggioritario.

Tale norma, dunque, ha ammesso, accanto alla già prevista società per azioni, anche una società a responsabilità limitata. E quindi, era ben possibile che l'ente partecipasse a tali società (già esistenti) acquistando quote di capitale. Oltre, ovviamente, alla possibilità per le stesse amministrazioni di costituire *ad hoc* le società utilizzando il suddetto modello societario.

Tutte le disposizioni fin qui richiamate sono state poi trasfuse negli artt. 113 e seguenti del d.lgs. n. 267/2000.

Accanto alle già previste forme di gestione, l'art. 113 ha introdotto la s.p.a. senza vincolo pubblico maggioritario (a sua volta già introdotto nel nostro ordinamento dalla l. n. 498/1992). Quest'ultimo modello è stato poi dettagliatamente disciplinato dall'art. 116 del d.lgs. n. 267/2000, che ha stabilito il ricorso alla procedura dell'evidenza pubblica per la scelta dei soci privati.

2.1. Successivamente, l'art. 35 della l. n. 448/2001 ha innovato profondamente il sistema ed il modello generale di "società a prevalente capitale pubblico locale".

La riforma operata con tale norma ha rappresentato un importante cambiamento della disciplina dei servizi pubblici locali, coinvolgendo diversi aspetti, e perseguendo l'obiettivo primario di apertura del settore alle dinamiche concorrenziali⁶.

L'intento del legislatore è stato quello, in altri termini, di definire un assetto riconducibile al modello della concorrenza *per* il mercato, il cui asse portante è rappresentato dall'obbligatoria selezione dei gestori mediante procedure ad evidenza pubblica⁷.

Occorre evidenziare come tutte le riforme che dal 2001 in poi si sono succedute, hanno sempre dichiaratamente perseguito, con forme e modi diversi, lo scopo primario della tutela della concorrenza⁸.

Per effetto della riforma in parola, si è distinto fra servizi pubblici di rilevanza industriale (art. 113) e servizi pubblici privi di tale rilevanza (art. 113 *bis*), demandando ad un regolamento governativo l'esecuzione e l'attuazione dell'art. 35 della l. n. 448/2001.

Per i servizi di rilevanza industriale il legislatore ha distinto fra proprietà delle reti, gestione delle medesime ed affidamento del servizio. Ha dunque previsto la proprietà esclusiva delle reti e degli impianti in capo agli enti locali, mentre ha affermato il principio di concorrenza per la scelta del gestore del servizio.

⁶ Su tale aspetto v. M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, pag. 223; L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, pag. 587.

⁷ Così, S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, pagg. 188 ss.

⁸ Tuttavia, è bene chiarire che quando si parla di concorrenza si è in presenza di un termine che ha subito delle profonde modificazioni in ragione del fatto che la sua definizione è legata fortemente alla scienza economica e alle sue evoluzioni. Per una analisi sull'evoluzione di tale termine e sullo sviluppo della disciplina *antitrust* nel nostro ordinamento: A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, pagg. 13 ss. Sul punto si veda anche: M. LIBERTINI, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Gior. dir. amm.*, 2002, pag. 802.

Con riferimento alla gestione delle reti, l'art. 113 ha contemplato due ipotesi: la gestione della rete separata dall'erogazione del servizio e quella connessa all'erogazione. Nel primo caso, il comma 4 ha previsto che la gestione delle sole reti potesse essere attribuita alternativamente a due diverse tipologie di soggetti: 1) società di capitali appositamente costituite con partecipazione maggioritaria degli enti locali, affidatarie dirette dei relativi compiti; 2) imprese idonee, selezionate attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Nel secondo caso, invece, allorché la gestione delle reti fosse congiunta all'erogazione del servizio, per l'affidamento di esso si dovevano seguire le regole dell'evidenza pubblica *ex* art. 113 comma 5.

Pertanto, le società miste, con l'art. 35 della l. n. 448/2001, sulla spinta del diritto comunitario⁹, cambiano profondamente connotazione. In poche parole, "laddove c'è concorrenza, l'ente locale non è più il soggetto titolare della gestione del servizio", ed i servizi pubblici locali sono affidati esclusivamente tramite gara a società di capitali¹⁰.

Parte della dottrina ha ritenuto che il legislatore avesse individuato in tale modello quello più idoneo alla migliore gestione del servizio ed alla valorizzazione del patrimonio, senza però rendersi conto delle difficoltà che si sarebbero potute incontrare nello svolgimento di un servizio pubblico (istituto che per tradizione attiene alla storia del diritto amministrativo e che quindi è improntato sui principi propri di tale diritto) da parte di un organismo prettamente connotato da valori privatistici¹¹.

⁹ Tale riforma operata con l'art. 35, come noto, è stata emanata a seguito dell'atto di messa in mora dell'8 novembre 2000, da parte della Commissione europea nei confronti dello Stato italiano, con il quale era censurata la disciplina previgente in quanto incompatibile con i principi comunitari in materia di concorrenza.

¹⁰ Così C. VOLPE, *op cit.*

¹¹ Così V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del «nuovo» art.113 del T.U.E.L.)*, in *Dir. amm.*, 2002, pag. 311. L'Autore, poi, circa i problemi di svolgimento da parte delle società miste (dell'istituto) del servizio pubblico ha posto in luce come: "chi

Tuttavia tale modello, ancor prima di entrare a regime, è stato modificato in maniera radicale dall'art. 14 della l. 24 novembre 2003, n. 326, il quale ha inciso sul profilo dell'affidamento e quindi sulla gestione del servizio (inteso come erogazione dello stesso), che costituiva, accanto a quello relativo alla proprietà e alla gestione delle reti e degli impianti, uno dei cardini del sistema. Mentre il profilo relativo alla proprietà delle reti e degli impianti, rimaneva sostanzialmente immutato¹².

Sempre in un'ottica di cambiamento, mentre l'asse

pensava di risolvere i problemi dei servizi pubblici locali (inefficienza, antieconomicità, influenza politica ecc.), innestando il modello societario nel «piccolo mondo antico» delle aziende speciali, delle gestioni dirette o in economia, delle concessioni all'industria privata, si deve essere ricreduto, quanto meno sulla semplicità dell'operazione”.

¹² La *ratio* di tale riforma è da ricondurre, altresì, all'esigenza di garantire maggiori prerogative all'amministrazione locale nella scelta della forma di gestione dei servizi pubblici. Ed invero, l'ente locale deve disporre di un profilo di autonomia tale da permettere di organizzare la propria struttura, anche derivata, in modo che essa sia meglio rispondente alle esigenze della collettività. Del resto, anche la Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 272 del 2004, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 comma 7, secondo e terzo periodo, ha posto l'accento sulla necessità di limitare la potestà legislativa dello Stato in materia di tutela della concorrenza, affinché tale potere non venga esercitato a discapito dell'autonomia regionale e locale in materia di disciplina dei servizi pubblici locali. Sulla necessità di tutelare l'autonomia locale nella scelta del modello organizzativo si veda: F. DEGNI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro amm. Tar*, n. 9/2005, p. 3575 ss., il quale (ivi) afferma “... la necessità comunque di preservare un margine discrezionale delle Amministrazioni nelle scelte della forma di gestione più idonea al perseguimento degli interessi sostanziali sottesi alla decisione di assumere su di sé il compito di erogare un determinato servizio. Se questo è vero, allora anche la possibilità di ricorrere all'(astrattamente) efficace modello di gestione della società mista non deve rischiare di essere (di fatto) preclusa a causa di un malinteso convincimento circa l'assoluta – e non solo preminente – tutela della concorrenza, imputabile ad un parziale contemperamento degli interessi coinvolti il quale, a volte, non sembra tener conto dei benefici effetti che la partecipazione del privato, con la sua esperienza e le sue risorse, potrebbe arrecare”.

portante della riforma dei sistemi di gestione dei servizi pubblici locali delineata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 era la contrapposizione tra servizi caratterizzati dalla rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza; nella riforma del 2003 l'asse portante era rappresentato dalla rilevanza economica del servizio stesso, pur rimanendo la distinzione (e contrapposizione) fra i due diversi regimi giuridici¹³.

La ragione che ha spinto il legislatore del 2003 a superare la dicotomia tra servizi di rilevanza industriale e quelli privi di tale rilevanza è da rinvenire nel fatto che tale distinzione ancorando il concetto di industrialità alla nozione di organizzazione in forma di impresa, finalizzata alla produzione e allo scambio di beni e servizi di cui agli artt. 2082 e 2195 c.c., appariva ingiustificatamente restrittiva.

Sulla base della suddetta distinzione era ben possibile, infatti, gestire in forma di impresa anche servizi di carattere sociale e meramente erogativi, alla luce del quadro normativo interno e delle prescrizioni provenienti dal diritto comunitario.

Non solo, ma il concetto di rilevanza industriale poggiava su basi molto opinabili, posto che il legislatore non aveva inteso attribuire alla categoria un contenuto di carattere sostanziale, preferendo rinviare alla normativa secondaria l'individuazione delle fattispecie concrete riconducibili ad essa.

Una volta sostituito il concetto di rilevanza industriale con quello di rilevanza economica, si è posto il problema di stabilire il possibile significato della locuzione ora utilizzata, e soprattutto di stabilire quali servizi potessero essere ascritti a tale

¹³ S. VARONE, *op cit.* pag. 206, il quale osserva che “proprio la sostituzione del requisito della rilevanza industriale con quella della rilevanza economica rappresenta d'altronde uno degli elementi di maggior pregio della riforma del 2003: nella l. n. 448/2001 il superamento della tipicità dei moduli organizzativi propri della previgente disciplina e l'apertura al mercato venivano infatti garantiti esclusivamente nel caso di servizi a rilevanza industriale, con la conseguenza che le amministrazioni locali rimanevano sostanzialmente libere di sottrarre la gestione di determinati servizi, privi della predetta rilevanza ma economici nell'ottica comunitaria, a quel livello minimale di concorrenza che è assicurato dal principio della gara”.

categoria.

Senza dubbio le fonti comunitarie e la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, atteso lo scopo della riforma della l. n. 326/2003 – diretto, come noto, a tutelare la concorrenza – hanno fornito, in questo senso, un valido supporto¹⁴.

La dottrina, dal canto suo, ha individuato il carattere economico del servizio in due fondamentali criteri: il primo riconducibile alle peculiarità ontologiche del servizio ed il secondo alla volontà organizzativa dell'ente locale¹⁵.

Ma, al di là dei profili appena esaminati (in ordine ai possibili significati da attribuire alla locuzione rilevanza economica del servizio), l'art. 113, comma 5, del decreto legislativo n. 267/2000 così come modificato dalla l. n. 326/2003 e nel testo vigente fino alle recentissime riforme (il riferimento è all'art. 23 *bis* del d.l. del 25 giugno 2008, n. 112 di cui si dirà *infra* § 2.3) prevede che i servizi pubblici locali possono essere affidati: [lett. a)] a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con

¹⁴ La Corte di Giustizia ha, infatti, tradizionalmente individuato nello svolgimento di attività economica il presupposto essenziale per delineare la fattispecie dell'impresa rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. In questo senso, la qualifica di impresa va attribuita a qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dalla sua forma giuridica e dalle sue modalità di finanziamento, ricomprendendovi qualsiasi attività di produzione di beni o servizi in astratto suscettibile di essere collocata sul mercato, senza che rilevi la circostanza che essa sia svolta direttamente da una pubblica amministrazione. In particolare, si veda Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1991, *Hofner*, causa C-41/90, in *Raccolta*, 1991, pag. 1979. I medesimi principi sono stati successivamente confermati dalla Corte nella sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job centre*, in *Foro it.*, 1998, IV.

¹⁵ G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2004, n. 4. Secondo l'Autore, il rilievo economico può attenersi non soltanto alle caratteristiche strutturali di produzione del servizio ma anche a profili relativistico – relazionali, derivanti dalle scelte organizzative poste in essere dall'ente locale.

procedure ad evidenza pubblica; [lett. b)] a società a capitale misto nelle quali il socio privato sia stato scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne comunitarie in materia di concorrenza, secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; [lett. c)] a società a capitale interamente pubblico, purché rispondenti al modello coniato a livello comunitario, del c.d. *in house providing*¹⁶.

Il modello della gara è stato quindi in parte confermato, ma tuttavia gli obiettivi di liberalizzazione sottesi alla disciplina in esame vengono di fatto vanificati nella misura in cui la scelta dello schema o modello organizzativo da seguire è rimesso alla facoltà dell'ente locale.

Per tale ragione, a distanza di pochi giorni dalla promulgazione della l. 24 novembre 2003, n. 326, e senza tuttavia rinnegare le scelte appena effettuate, il legislatore è intervenuto nuovamente inserendo nel corpo dell'art. 113 due ulteriori commi, il 5 *bis* e il 5 *ter*.

Per effetto di tali innesti si è operato un espresso rinvio alle normative di settore per l'eventuale previsione di regole che “al fine di superare gli assetti monopolistici [...] assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi prevedendo criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento”. In questa prospettiva, si è osservato come la norma in parola abbia mirato ad introdurre dei limiti normativi all'esercizio della scelta del modulo gestionale da utilizzare nel singolo caso¹⁷.

Tornando all'esame della disciplina in oggetto, si può osservare come la società mista continui ad essere disciplinata come modello organizzativo scelto dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici.

¹⁶ Così A. AZZARITI, *Il socio privato nella società mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ Così, S. VARONE, *op. cit.*, pag. 232, il quale tuttavia osserva come l'introduzione di tali limiti è solo eventuale, e ciò si dedurrebbe dal fatto che la norma in esame riferisce la locuzione “possono” proprio all'introduzione delle regole dirette a superare gli assetti monopolistici.

Per di più, per effetto della riforma del 2003 e della giurisprudenza amministrativa formatasi sulla medesima, la società mista viene ad essere connotata da alcune caratteristiche peculiari che contribuiscono a definire e delineare le differenze tra questo modello e quello dell'*in house*.

A tal proposito, occorre evidenziare che la giurisprudenza amministrativa da un lato, e quella comunitaria dall'altro, hanno contribuito a configurare i due modelli secondo criteri autonomi.

Ciascun giudice si è interrogato sul modello sottoposto al proprio esame; quello comunitario sull'*in house*, e quello amministrativo sulla società mista.

Quanto al modello dell'*in house*, infatti, esso deve la sua origine e l'attuale disciplina alla elaborazione della giurisprudenza comunitaria. Ed infatti, a partire dalla nota sentenza Teckal¹⁸, nella quale per la prima volta si è escluso – così derogandosi alle regole della concorrenza – che l'obbligo della gara nell'affidamento del servizio “trovi applicazione in assenza di (un rapporto di) alterità-terzietà tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società erogatrice”. Questa assenza era rinvenuta nei casi in cui l'amministrazione esercita sul gestore un «controllo analogo» a quello (esercitato) sui propri servizi e la società svolgeva «la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano»; all'insegna di un rapporto di strumentalità e nei termini di una vera e propria delegazione interorganica.

Ai principi elaborati dal giudice comunitario è venuto uniformandosi anche il legislatore nazionale proprio con la legge n. 326/2003 dopo che, come noto, era stata avviata dalla Commissione europea una procedura d'infrazione nei confronti della Repubblica italiana con riferimento alla normativa previgente.

¹⁸ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal c. Comune di Viano (RE) e A.G.A.C., in *Racc.*, 1999, pagg. I-8121, con nota di S. Scotti Camuzzi. Sulla decisione in parola si veda 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. comun.*, 2000, pagg. 1461 ss. Sul tema dell'*in house* come modalità di organizzazione e gestione del servizio pubblico si veda D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.

Come detto, la definizione a livello normativo di tali principi, per quanto concerne il modello organizzativo appena descritto (di cui alla lett. b) e c) dell'art. 113, comma 5), ha concorso a delineare sempre più la differenza tra la gestione *in house* del servizio pubblico (di cui alla lett.c) e quella della società mista (di cui alla lett. b).

Da ciò consegue che nel nostro ordinamento l'affidamento *in house* è ormai ammissibile solamente a condizione di una partecipazione pubblica totalitaria; diversamente il ricorso alla società mista presuppone, per definizione, l'investimento del capitale privato.

Tuttavia, il ricorso a quest'ultimo modello e la sua compatibilità rispetto alla disciplina vigente, secondo l'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 4080/2008, può avvenire sulla base di due premesse di fondo e a condizione che siano presenti altrettante garanzie.

Le premesse sono date sia dalla richiamata differenza tra i modelli dell'*in house* e della società mista, tale da consentire di valutare la compatibilità del secondo modello in base a propri criteri; sia dall'esito ("paradossale", secondo la decisione del Giudice amministrativo), cui si porrebbe "ove si dovessero ammettere solamente la soluzione (necessariamente) «tutta pubblica» dell'*in house* oppure quella «tutta privata» del ricorso integrale al mercato a norma dell'art. 113, 5 comma, lett. a), finendo per escludere un modello – quello delle società miste – (comunque) più orientato verso il mercato di quanto non sia quello dell'*in house*".

In ordine, invece, alle garanzie, ai fini dell'ammissibilità della società mista, il Consiglio di Stato – ribadendo quanto ormai già pacificamente affermato in giurisprudenza – ha individuato due elementi essenziali: in primo luogo, "che la società sia costituita per l'erogazione di servizi da rendere prevalentemente a favore del soggetto pubblico che l'ha costituita; in questo contesto la gara per la scelta del socio vale anche a definire il servizio operativo demandato allo stesso (la gara in pratica conferisce al privato, configurabile come socio industriale ed operativo, l'affidamento sostanziale del servizio svolto dalla società mista), escludendo di

contro l'ammissibilità di società miste aperte". In secondo luogo, "che si preveda un termine di scadenza e la necessità di un rinnovo, evitando che il privato diventi socio stabile della società mista"¹⁹.

¹⁹ Su tale specifica modalità organizzativa e sulla legittimità di affidamenti diretti a favore delle *società miste*, vd.: Cons. di Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456 e Cons di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1. A tal proposito, come rilevato dall'Adunanza Plenaria nella decisione ricordata da ultimo, non risulta che la Corte di giustizia abbia avuto modo di pronunciarsi espressamente. Tuttavia, proprio in materia di *società miste* ed affidamenti di servizi il Consiglio di Stato, sez. II, con il parere n. 456/2007, accogliendo la c.d. "posizione intermedia" tra i diversi orientamenti, ha chiarito che "appare possibile l'affidamento diretto ad una società che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati, da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche – tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in partenariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa – allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara. In altri termini, laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale, appare legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie: 1. che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un socio industriale od operativo, che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; 2. che si preveda un rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento (in tal senso, soccorre già una lettura del comma 5, lett. b), dell'art. 113 t.u.e.l. in stretta connessione con il successivo comma 12), evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista" (cfr. Cons. di Stato, Sez. II, n. 456/2007).

Anche l'Adunanza Plenaria, nella decisione n.1/2008, pur ricordando che sul tema esiste anche una posizione c.d. "*estrema*" - che ritiene che sia sempre legittimo l'affidamento diretto ove il socio privato sia stato scelto mediante gara – analizza e si sofferma sull'orientamento intermedio in virtù del quale, come detto, sarebbe legittimo l'affidamento diretto a società mista appositamente costituita, ove la gara per la scelta del socio privato (che deve essere "*socio operativo*" del settore imprenditoriale interessato) abbia avuto ad

In presenza di questi due elementi il Giudice amministrativo, aderendo alla tesi c.d. intermedia, ha escluso la necessità di indire una seconda gara (oltre che per la scelta del socio privato) anche per l'affidamento del servizio, evidenziando come “altrimenti, l'amministrazione si troverebbe ad assumere la duplice veste di stazione appaltante e di socio di una delle società concorrenti, in palese conflitto di interessi”.

Sulla scorta di tali considerazioni, quindi, lo stesso Consiglio di Stato ha osservato come il modello della società mista, oltre a trovare la sua fonte di legittimazione comunitaria nel libro verde sul «partenariato pubblico-privato» pubblicato dalla commissione europea il 30 aprile 2004, non avrebbe carattere ordinario nel nostro ordinamento. Tale modello costituendo un'eccezione alla regola dell'integrale ricorso al mercato da parte dell'amministrazione, cui far ricorso utilizzando il principio di sussidiarietà orizzontale²⁰.

2.2. L'art. 113, comma 5, del decreto legislativo n. 267/2000 così come modificato dalla l. n. 326/2003 è stato fino all'agosto 2008 la norma di riferimento per l'affidamento dei servizi pubblici locali.

oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione del servizio. Per di più, occorre che sia indicata la durata dell'affidamento.

Ad onor del vero, l'Adunanza Plenaria non prende posizione in modo deciso sull'orientamento della Sezione seconda, ma precisa che la Sezione rimettente (ossia la V) l'abbia ritenuta condivisibile e che tale modello “rappresenta una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione delle società miste e all'affidamento del servizio alle stesse”, concludendo 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”.

²⁰ Sulla nozione, in generale, del principio di sussidiarietà si veda: A. MOSCARINI, *Il principio di sussidiarietà*, in S. Mangameli (a cura di), *L'ordinamento europeo*, Milano, 2006; ID., *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. e società*, 1999/3, pagg. 433 ss. Sul tema del partenariato tra pubblico e privato si veda: R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

È noto che l'art. 23 *bis* del d.l. del 25 giugno 2008, n. 112 (convertito con legge n. 133 del 6 agosto 2008), ha comportato una riforma nell'ambito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica i cui esiti – e soprattutto l'effettiva portata riformatrice – non sono ancora ben chiari, ciò in ragione non solo del breve periodo che è trascorso dalla sua adozione, ma, soprattutto, dell'assenza del previsto regolamento (comma 10) di delegificazione²¹. Con la conseguenza che l'abrogazione di tutta la normativa preesistente e con essa incompatibile (già preannunciata nel comma 11 dell'art. 23 *bis*), avverrà solo con l'adozione del suddetto regolamento da parte del Governo.

I commi di maggiore interesse – ai fini della presente indagine – sono senza dubbio i commi 2 e 3²².

Nel comma 1 vi è, in sostanza, una lunga e “abbondante” indicazione delle finalità perseguite dalla nuova disciplina²³.

Il comma 2 dispone 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

²¹ R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. app.*, n. 10/2008, pag. 1109 ss., la quale, giustamente, osserva come una riforma “di così ampio respiro” venga introdotta con una norma “extravagante, in quanto non viene direttamente novellato il T.U. enti locali” come sarebbe stato, viceversa, preferibile.

²² Rilevante è anche la disposizione contenuta nel comma 9, sulla quale si riferirà *infra* § 6 a proposito dell'attività extraterritoriale delle società miste.

²³ Il primo comma dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 così recita: “le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le discipline contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili”.

mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”.

Ad un primo esame può ritenersi che tale disposizione, da un lato, afferma il principio della procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici (lasciando, peraltro, agli enti locali la scelta sul tipo e sul contenuto della procedura stessa); dall'altro, chiarisce che il conferimento della gestione di tali servizi avviene (in via ordinaria) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite.

In deroga alle modalità di affidamento di cui al detto comma 2, il successivo comma 3 dispone che qualora “a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può [possa] avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”. In tale caso, il successivo comma 4 impone all'ente affidante di dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola, e di trasmettere una relazione da sottoporre al parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché alle autorità di settore ove costituite.

Ebbene, l'art. 23 *bis*, per quanto concerne i futuri conferimenti della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, distingue tra modalità ordinaria (comma 2) ed in deroga (comma 3).

Muovendo da tale ricostruzione, e sulla base della considerazione che l'art. 113 del T.U. degli enti locali è abrogato nelle parti incompatibili con le nuove disposizioni (così il comma 11), occorre valutare se il suo comma 5 sia o meno incompatibile con la nuova disciplina, e quindi, se “sopravvive” alla nuova disposizione. Bisogna indagare – vista l'assenza di un'esplicito riferimento alle categorie soggettive affidatarie dei servizi pubblici – quali tra i modelli di gestione di cui all'art. 113, comma 5, sopravvivano alla nuova norma.

In questa prospettiva il chiaro richiamo ivi contenuto “a favore di imprenditori” non lascia dubbi sul fatto che il modello di cui alla lett. a) (ovvero delle società di capitali individuate attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica) è assolutamente compatibile con la riforma; né, del resto, poteva essere il contrario.

Più problematico è, invece, valutare la compatibilità del modello della società mista e quello dell'*in house*.

A tal proposito, il comma 2 attribuisce la gestione dei servizi pubblici locali a favore “di società in qualunque forma costituite”. Ora, tale riferimento sembrerebbe legittimare proprio il ricorso sia alla società mista sia al modello dell'*in house*.

A ben vedere, però, la necessità del ricorso alle procedure ad evidenza pubblica (il cui principio appare molto chiaro nella disposizione), fa sì che il comma 2 si riferisca – come forma ordinaria di gestione dei servizi pubblici – alle sole società miste, e non anche all'*in house*, in cui, come noto, vi è l’affidamento diretto senza gara.

La conseguenza è che il modello della società mista in cui il socio privato sia scelto mediante una procedura ad evidenza pubblica che, al tempo stesso conferisca al privato anche l’affidamento sostanziale del servizio stesso, risulta compatibile con la nuova disciplina: di modo che anche il modello di gestione *ex* l’art. 113 comma 5, lett. b), non deve ritenersi abrogato per effetto dell’art. 23 *bis*.

Ne consegue che tutte le altre tipologie di società mista che non corrispondano a quella appena descritta potranno aspirare al conferimento dei servizi pubblici locali solo se decidano di sottoporsi (esse stesse e non il socio privato) alla procedura ad evidenza pubblica.

Per quanto concerne, invece, il modello dell'*in house* questo sembra essere stato espunto dalle categorie soggettive cui affidare – in via ordinaria – la gestione dei suddetti servizi, per essere ascritto a quelle (in deroga) di cui al comma 3 dell’art. 23 *bis*; ovvero a quelle cui l’ente locale può far ricorso previa attivazione

della procedura aggravata di cui al comma 4²⁴.

In conclusione, si può affermare che i modelli di gestione (compreso anche quello dell'*in house*, rilegato però alle ipotesi derogatorie di cui al comma 3) non appaiono innovati e semmai ciò che cambia sono le condizioni di legge per l'accesso ad essi.

La riforma in parola pone, come visto, delicati problemi soprattutto in termini di compatibilità/incompatibilità con la vecchia disciplina. A ciò si aggiungano gli ulteriori problemi che i regolamenti governativi dovranno risolvere, vista la estrema genericità delle disposizioni (di cui peraltro è evidente sintomo il comma 1 dell'art. 23 *bis*).

Dalle su esposte considerazioni discende che oggetto principale della nuova disciplina è senza dubbio l'affidamento dei servizi. Esso (al di là delle valutazioni in ordine agli affidamenti in via generale o in deroga) può essere svolto direttamente dall'amministrazione, attraverso la forma partecipativa particolare, quale quello della società interamente controllata (modello dell'*in house*). Può essere svolto dall'amministrazione medesima, con la collaborazione attiva di un imprenditore privato, a cui spettano – in genere – i poteri di gestione.

Può, infine, essere svolto con una gara rivolta ad imprenditori privati *tout court*. In questo caso vi sarà il tradizionale rapporto tra amministrazione e impresa, in cui alla prima spettano controlli e canoni ed ai secondi gestione e utile.

Diverso, da quanto fino ad ora illustrato, è il caso della società costituita da un'amministrazione locale con i privati per l'espletamento generale di servizi pubblici locali. In quest'ultima

²⁴ 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 ; di diverso avviso è: R. DE NICTOLIS, *op cit.*, pag. 1113, la quale sostiene che per effetto della riforma dell'art. 23 *bis* la società *in house* vada ritenuta fuori gioco e se “si vuole dare all'art. 23 *bis* effettiva portata liberatrice, in coerenza con le finalità proconcorrenziali enunciate nella stessa disposizione, si deve ritenere che la norma abbia inteso incidere sui modelli gestionali dei servizi pubblici locali, affermando il principio che quando si tratta di servizi di rilevanza economica, essi vanno esternalizzati mediante gara, e non possono essere gestiti *in house*”.

ipotesi è opportuno di volta in volta valutare attentamente la capacità giuridica dell'ente locale, visti i limiti dei suoi scopi istituzionali e, soprattutto, dell'affermazione del principio di sussidiarietà c.d. "orizzontale" per cui il pubblico non dovrebbe invadere la sfera di quelle attività che i privati esercitano da soli, e del resto tale principio è richiamato dallo stesso art. 23 *bis*, comma 10, lett. g). Per questo caso comunque l'art. 23 *bis* ha posto una parola definitiva: almeno per il momento.

Ciò detto, e per quanto interessa in questa sede, occorre rilevare che, a seguito della recente riforma, la società mista (in particolare nella forma descritta dalla sentenza di cui è occasione il presente saggio) continua ad essere modello di gestione dei servizi pubblici locali cui gli enti locali potranno continuare in futuro a ricorrere. Solo se è così, si potrà continuare a parlare delle società miste e della loro attività.

3. L'evoluzione normativa fin qui illustrata ha mostrato, da principio, un costante indirizzo del legislatore ad una progressiva estensione del modello societario per la gestione dei servizi pubblici locali, e di contro, alla fine, un ridimensionamento della figura stessa.

L'iniziale *favor* legislativo nei confronti di tali forme organizzative era fondato sulla considerazione che esse fossero dotate di maggiore flessibilità ed adattabilità rispetto alle altre forme di gestione ed, inoltre, in quanto consentivano un sistema di gestione con il coinvolgimento dell'ente locale.

A ciò si aggiunga, l'importanza di garantire all'interno dei suddetti servizi il rispetto dei principi comunitari di tutela della concorrenza, di pubblicità e di non discriminazione. Per inciso, infatti, i moduli organizzativi di diritto privato utilizzati dalle amministrazioni per la costituzione delle suddette società apparivano più conformi ai principi in parola rispetto, per esempio, a quelli delle aziende municipalizzate.

E proprio il rispetto della tutela della concorrenza ha in seguito spinto il legislatore nazionale ed i giudici amministrativi ad un ripensamento della figura della società mista in termini senza

dubbio più restrittivi. Tale ripensamento, ovviamente, è conseguenza dell'influenza nel nostro ordinamento della giurisprudenza sempre più rigida della Corte di Lussemburgo²⁵.

Volendo configurare l'evoluzione dei modelli societari appena descritti secondo schemi geometrici è facile rilevare come la società mista quale "forma di Partenariato Istituzionale ha l'andamento, per così dire, di una parabola: cioè, c'è stato un momento in cui questa forma di organizzazione, soprattutto con riferimento ai servizi pubblici locali, è stata grandemente in auge, ma pian piano le utilità vere che si aspettavano da questa forma organizzativa sono venute scemando e, non tanto, si badi, dal lato dell'amministrazione, quanto dal lato dei privati"²⁶.

Il riferimento, quindi, ad un modello organizzativo di tipo privatistico induce ad un collegamento tra lo strumento di gestione dei servizi pubblici locali o di altre attività di pubblico interesse che richiedono un'elevata capacità imprenditoriale – quale appunto la

²⁵ Corte di Giust. Europea, Sez. I, 11/1/2005, *Stadt Halle*, n. C-26/03; Corte di Giust. Europea, Sez. I, 13/10/2005, *Parking Brixen*, n. C-458/03;

²⁶ Così F. G. SCOCA, *La Collaborazione tra pubblico e privato*, in Aljs Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Torino, 2006, pagg. 193 ss. L'Autore chiarisce (pag. 193) come per effetto della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e degli interventi del nostro legislatore, che in particolare con la riforma del 2001 aveva imposto la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, un imprenditore privato non avrebbe avuto più nessun interesse a prendere parte al capitale di una società mista perché questa non poteva avere l'affidamento diretto. Del resto, osserva l'Autore, non vi sarebbe alcuna ragione di carattere economico o di carattere organizzativo che possa giustificare il fatto che un amministratore o comunque un risparmiatore privato metta i suoi soldi a disposizione di una società che, in realtà, poi finisce per essere gestita con metodi che potrebbero anche non essere del tutto consoni alle esigenze imprenditoriali. Sempre dello stesso Autore si veda: F. G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Le società pubbliche* (a cura di I. Cacciavillani), Padova, 2004, pag. 21ss. Negli stessi termini si veda R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, pagg. 274-275, il quale osserva come l'imposizione della gara fa venir meno le ragioni di convenienza economica che portava alla partecipazione dei soci imprenditori alla costituzione di società miste.

società mista – ed il tema delle privatizzazioni degli enti pubblici economici²⁷.

Infatti, entrambi i fenomeni sono nati dall'utilizzazione dello schema imprenditoriale in luogo di modelli pubblicistici. A ben vedere questi aspetti hanno però indotto gli operatori del diritto (*in primis* i giudici) a mostrare dubbi ed incertezze in ordine alla natura ed alla attività svolta dalle società miste, continuando a valutarle sotto un profilo prettamente pubblicistico.

Ma le stesse incertezze hanno caratterizzato, altresì, la giurisprudenza amministrativa in ordine alla trasformazione della veste giuridica degli enti pubblici economici. Anche in quest'ultima ipotesi i giudici hanno continuato a riconoscere natura sostanzialmente pubblica alle società per azioni derivate dal processo di privatizzazione e natura oggettivamente amministrativa ai loro atti, a prescindere dall'esistenza in capo ad esse di un atto di concessione «traslativo» di funzioni pubbliche²⁸.

Tuttavia, pur presentando elementi comuni, i descritti fenomeni si differenziano per aspetti del tutto peculiari. Basti ricordare, per esempio, il fatto che, mentre le privatizzazioni tendono a ridurre la presenza di soggetti pubblici nella vita economica attraverso la cessione ai privati di interi settori di attività, le società miste puntano, invece, ad un coinvolgimento dei privati, attraverso l'utilizzazione di forme associative di diritto privato, in attività che gli enti locali intendono continuare a gestire e di cui in ogni caso conservano il controllo.

²⁷ N. IRTI, *Problemi dello Stato azionista: il caso dell'Enel*, in P. Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano 1995, pag. 251; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 51 ss.; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005, p. 146 ss.; P. PIZZA, *Le società di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, pag. 299 ss.

²⁸ In questo senso, Cons. di Stato, Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Dir. proc. amm.* 1996, pag. 147 e ss., con nota di A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alla società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, pag. 158 ss.

Il rapporto che lega l'ente locale alle società miste è elemento di primaria importanza al fine di individuare l'attività che le stesse sono chiamate a svolgere, nonché l'ambito territoriale entro il quale poter operare.

Quanto al primo profilo, occorre ribadire che la scelta di una forma organizzativa di tipo privatistico influenza e caratterizza necessariamente il tipo di attività che la società esercita. In questo senso, tali soggetti operano svolgendo attività di rilievo economico finalizzata al conseguimento di un profitto.

Sul punto, si è correttamente osservato come “il modello societario sottolinea la componente dell'*affectio societatis*, ossia lo svolgimento di un'attività con l'obbligo finale del percepimento di un utile, e quindi di una remunerazione del capitale”²⁹.

L'attività di tipo economico che queste ultime esercitano sono regolate, come noto, dalle norme e dagli strumenti di diritto comune.

Inoltre, come si è più sopra rilevato, al fine di valutare la compatibilità della società in parola è necessario che il socio privato venga scelto mediante una procedura ad evidenza pubblica. Ebbene, proprio la scelta del socio privato diviene il momento rilevante per individuare il tipo di attività.

Per di più, l'analisi sull'impegno extraterritoriale che di fatto la società svolge o per la quale è stata costituita, non può prescindere dall'individuazione del socio privato.

Si badi che quest'ultimo aspetto, ovvero la scelta del socio privato (unitamente alla tipologia di oggetto sociale), rileverà – per le ragioni che successivamente saranno illustrate – al fine di valutare l'ambito applicativo dell'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006.

Se queste sono, dunque, le premesse da cui occorre partire per poter analizzare l'attività extraterritoriale è opportuno, dapprima, individuare e classificare i possibili modelli astratti delle società miste, con la consapevolezza che un'espressione così generica (società mista) inevitabilmente può dar luogo ad una

²⁹ L. V. MOSCARINI, *Relazione di chiusura*, in G. DI GIANDOMENICO, R. FAGNANO, G. RUTA (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, cit. pagg. 273 ss.

pluralità di fenomeni giuridici diversi, cui corrisponde l'applicabilità di una disciplina altrettanto diversa³⁰.

Le società miste sono, quindi, classificabili in ragione del proprio oggetto sociale, del loro momento “operativo-funzionale” ed infine del loro momento genetico³¹.

Partendo dall'ultima classificazione, si suole distinguere il modello della società costituita *ab origine* come mista (tra soggetti pubblici e privati) rispetto a quella che viene ad assumere tale connotazione per effetto di successivi mutamenti della composizione del proprio capitale sociale.

Per quanto concerne, invece, il loro momento operativo-funzionale, questo dipende in buona sostanza dal ruolo che i soci privati svolgano all'interno di essa. Vi sono soci finanziatori o investitori, che hanno il solo compito di apportare capitali oppure esperienza o tecnologia, mentre l'attuazione dell'oggetto sociale compete agli amministratori (della società stessa); vi sono, poi, i soci c.d. imprenditori, ai quali spetta attuare, in concreto, l'oggetto sociale “sulla base delle direttive e sotto il controllo degli organi societari”³².

Si evidenzia, infine, l'identificazione della società mista in ragione dell'oggetto sociale. Quest'ultima classificazione appare quella che più di ogni altra distingue e caratterizza il modello di una società rispetto ad un'altra, nel senso che l'oggetto sociale

³⁰ Con il termine società mista, di regola, si intende una società di capitali partecipata congiuntamente da soggetti pubblici e privati. Tuttavia tale espressione, attesa la sua genericità, può essere ricondotta ad altri fenomeni: si pensi per esempio alle società partecipate congiuntamente da soci di nazionalità italiana ed estera la cui disciplina trova la propria fonte nell'art. 18, co. 2, lett. b) del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

³¹ Per un'attenta analisi sui vari modelli e classificazioni di società mista si veda N. AICARDI, *Le società miste*, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, Milano, 2008, pagg. 231 ss.; con riferimento, invece, ai vari momenti (intesi come momento costitutivo, finalistico e organizzativo) del modello della società partecipate, si veda: G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in I. Cacciavillani (a cura di), *Le società pubbliche*, Padova, 2004, pag. 6 ss.

³² Così N. AICARDI, *op.cit.* pag. 235.

attiene proprio alla natura dello scopo della società stessa.

In questa prospettiva, è possibile individuare tre modelli: una società avente ad oggetto la realizzazione di opere e lavori o la fornitura di beni e servizi in favore o nell'interesse dei soci pubblici, che ad esse affidano, pertanto, l'esecuzione di tali appalti.

Una seconda tipologia concerne lo svolgimento da parte delle società di normali attività d'impresa in posizione di parità con altri soggetti ed in pieno regime di concorrenza.

Infine, un terzo modello, che corrisponde alla società mista, che ha ad oggetto lo svolgimento di compiti di interesse generale privi di reali prospettive di redditività.

Questa, quindi, la sintetica classificazione dei vari modelli di società mista e che rende l'idea di come sia molto ampia la nozione relativa.

Da qui la necessità di valutare attentamente la tipologia di società in cui ci si trova di fronte per poter meglio comprendere non solo il fenomeno giuridico ma anche la disciplina ad essa applicabile.

4. Venendo ora alla problematica dell'attività extraterritoriale della società mista è da notare come essa rappresenti "da sempre uno dei punti di maggiore interesse dell'attuale dibattito giurisprudenziale e dottrinale in tema di natura e funzioni delle società miste locali"³³.

L'attività di queste ultime è attività di impresa – regolata, pertanto, dalle norme di diritto comune – che in astratto si esercita e si svolge su un territorio potenzialmente indefinito.

Ciò posto, il giudice amministrativo, a fronte di una

³³ Così F. GOISIS, *I limiti all'attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2/2001, pag. 560 ss.. Sul tema dell'attività extraterritoriale delle società miste si veda: R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2001, pag. 162 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *L'attività extra moenia delle società a capitale pubblico-privato nella gestione dei servizi locali. Previsioni legislative e orientamenti giurisprudenziali*, in www.giustamm.it.

disciplina che nulla diceva a proposito, ha elaborato una copiosa giurisprudenza che pian piano ha colmato il suddetto vuoto normativo. Talvolta, però, le decisioni dei giudici amministrativi si sono mostrate ondivaghe.

La parte più rilevante della giurisprudenza sul tema è stata resa con riferimento alle disposizioni della l. n. 142/1990.

Come noto, l'art. 22 della l. n. 142/1990 stabiliva che “gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”.

Ad un primo esame la norma aveva spinto parte della giurisprudenza a fondare su di essa il divieto di attività *extra moenia*.

E ciò sulla scorta di un'interpretazione che erroneamente attribuiva alle parole “attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali” un significato che ricavava solo nel fine pubblico la legittimità e l'esistenza delle società miste. Con la conseguenza che un società nata per questo scopo avrebbe trovato nello stesso anche il proprio limite di intervento.

In principio, quindi, il divieto si concretizzava in vincoli di operatività territoriale all'attività imprenditoriale della società.

La concezione del territorio era frutto dell'idea secondo cui i pubblici poteri possono esercitare la propria potestà in un territorio e su un territorio. Tutta l'organizzazione pubblica era strettamente connessa a tale espressione ed entro tali vincoli di confine l'attività amministrativa trovava la sua legittima espressione.

Si affermava, quindi, la sussistenza di un presunto vincolo territoriale all'operatività dell'attività di impresa in conseguenza degli stessi vincoli d'azione degli enti promotori.

Questa prima giurisprudenza affermava che “il suo ambito d'azione è necessariamente limitato sul piano degli interessi perseguibili, che devono essere funzionalmente rapportabili a quelli della comunità locale della quale è esponente il socio

pubblico di maggioranza, costituendo questo scopo e limite della sua stessa esistenza”³⁴. In breve, si rinveniva nei confini territoriali un limite all’attività di impresa.

Sul punto, altra giurisprudenza, apparentemente più aperta di quella appena riferita, ferma restando l’importanza dell’ambito territoriale di riferimento, sosteneva che l’estensione dell’attività delle società, al di fuori della circoscrizione dell’ente locale che le aveva costituite, presupponesse anche un collegamento funzionale tra il servizio eccedente l’ambito locale e gli interessi della collettività dell’amministrazione che partecipa alla società; collegamento che, a detta di tale orientamento, non poteva essere ridotto al puro dato dell’interesse imprenditoriale³⁵. E da qui si giungeva comunque a precludere l’attività *extra moenia*.

Del resto, si sosteneva che la semplice veste formale di s.p.a. non fosse idonea a trasformare la natura pubblicistica di soggetti che continuavano ad essere affidatari della cura di rilevanti interessi pubblici. Ed in questa prospettiva si affermava, altresì, che “ai fini dell’identificazione della natura pubblica di un soggetto la forma societaria è neutra e la quasi integrale pertinenza a referenti pubblici del pacchetto azionario dimostra che si è al cospetto di uno strumento alternativo alle forme tradizionali di intervento e consente di ritenere che le s.p.a. si possano considerare come un’articolazione organizzativa dell’Ente o degli Enti di riferimento”³⁶.

Secondo la giurisprudenza ricordata da ultimo, quindi, caduto definitivamente il “criterio” del territorio come limite insuperabile per l’attività della società mista, il necessario collegamento funzionale con la collettività locale avrebbe escluso comunque che tale società potesse porsi sul mercato come un qualunque altro imprenditore, poiché la gestione di un servizio pubblico di un diverso ente avrebbe comportato la soddisfazione di specifiche, non quindi meramente generiche, esigenze non

³⁴ T.A.R. Liguria, Sez. II, 8 maggio 1997, n. 134 e 19 maggio 1997, n. 162.

³⁵ Cons. di Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 475; T.A.R. Liguria, Sez. II, 8 maggio 1997, n. 134; T.A.R. Toscana, 9 maggio 2000, n. 24.

³⁶ Cons. di Stato, Sez. IV, 1 aprile 2000, n. 1885.

necessariamente assonanti con quelle della collettività originaria.

Si passa, così, dal concetto territoriale a quello del collegamento funzionale con gli interessi della collettività di riferimento. Certo è che questo passaggio dal «territorio alla funzione» era stato, in termini generali e non solo in riferimento al tema di cui si tratta, auspicato da parte di quella dottrina che a ragione aveva avvertito “l’irresistibile progredire di una concezione che abbandona quella dello Stato territoriale per approdare a quella dell’autorità titolare del potere di organizzazione dell’ordinamento [...] sciolta dai vincoli di un confine, l’attività amministrativa va confinata a dei centri di competenze definite prima che dal diritto dalla natura delle funzioni”³⁷.

A ben vedere, però, tali orientamenti che vedevano nell’ambito territoriale e nel collegamento funzionale un limite all’attività di impresa erano conseguenti “all’applicazione al caso di specie di quella giurisprudenza amministrativa che aveva riconosciuto la sussistenza di detto limite territoriale per le vecchie aziende municipalizzate”³⁸.

Vi era, pertanto, un errore di fondo e neppure di poco rilievo. Anzi gli errori, in realtà, erano ben due: il primo, relativo all’interpretazione dell’art. 22 della l. n. 142/1990 ed il secondo

³⁷ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, pag. 52.

³⁸ A. NIUTTA - A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, pag. 486 ss. In particolare, si afferma (ivi) come non si possa tacere “della profonda differenza di natura che sussiste tra il vecchio modello delle aziende municipalizzate ed una società per azioni (sempre di diritto speciale). È noto che con l’espressione aziende autonome o aziende municipalizzate si indicavano quelle strutture organizzative che, pur possedendo caratteri che conferiscono loro un certo grado di *compiutezza* e *separatezza*, rientravano comunque nella organizzazione complessiva dell’ente pubblico territoriale di riferimento; esse, in altri termini, restavano strutture della persona giuridica alla quale atenevano. Si aveva così che le aziende autonome gestivano un patrimonio che di regola non apparteneva loro; svolgevano attraverso i loro organi, attività negoziali; avevano propria legittimazione processuale; formavano un proprio bilancio separato, nonché allegato a quello dell’amministrazione di pertinenza; ma non erano elevate a persone giuridiche”.

relativo all'assimilazione dell'azienda speciale alla società mista.

Quanto al primo, la dottrina – più che la giurisprudenza – ha posto in luce come in realtà la norma nulla diceva in ordine alla preclusione dell'attività *extra moenia* delle società miste.

In questa prospettiva si è correttamente osservato come sulla base di una interpretazione letterale si poteva giungere ad escludere tale significato, atteso che l'art. 22 non vieta espressamente l'impegno extraterritoriale³⁹.

A ciò si aggiungeva che il richiamo che si rinviene al limite funzionale e territoriale per l'assunzione di servizi pubblici non si riferisce affatto alle società miste, bensì ai soli “comuni e province che provvedono alle gestione” di tali servizi “nell'ambito delle proprie competenze”⁴⁰.

Da qui la considerazione che, almeno fino agli ultimi interventi legislativi, non vi è stata da parte del legislatore alcuna espressa intenzione di impedire l'attività extraterritoriale delle società miste.

Né vale ricordare l'art. 35, comma 2, della l. n. 448/2001 (poi abrogato dall'art. 14 della l. n. 326 del 2003), ove era stato disposto che alla scadenza del periodo transitorio sarebbe stato fatto divieto alle società beneficiarie di affidamenti diretti, e partecipate in misura maggioritaria dagli enti locali, di esercitare attività imprenditoriale al di fuori del proprio territorio, né la legge n. 350 del 2003 che aveva introdotto il divieto di extraterritorialità solo alla fine di un periodo transitorio.

³⁹ A. NIUTTA - A. POLICE, *op. cit.*, pag. 485. Dove si rileva come il legislatore ogni qual volta ha voluto limitare l'acquisto di azioni di Società di capitali da parte di altre s.p.a., lo ha sempre fatto espressamente. Per di più, lo stesso Autore ricorda che il suddetto limite era stato proposto nello schema di regolamento governativo concernente la costituzione delle società miste e che poi non fu inserito. Il Consiglio di Stato – nel parere reso dall'Adunanza della Sezione, I, n. 3035 del 1995 – aveva sollevato i propri motivati dubbi di legittimità, “rilevando come una eventuale limitazione territoriale dell'attività della società – che appunto non è prevista da alcuna legge – si porrebbe in contrasto anche con i precetti costituzionali che garantiscono la libertà di iniziativa economica”.

⁴⁰ F. GOISIS, *op. cit.* pag. 569.

L'art. 35, comma 2, della l. n. 448/2001, secondo una corretta interpretazione, era a ben vedere chiaro indice della volontà del legislatore di escludere ogni vincolo territoriale nello svolgimento dell'attività dei soggetti gestori e si ricollegava al più ampio disegno di privatizzazione e liberalizzazione, per il quale, come già detto, la gestione del servizio pubblico locale a rilevanza industriale si sarebbe dovuto assegnare esclusivamente tramite gara. Era, infatti, lo schema degli affidamenti diretti a rappresentare il principale ostacolo per l'attività *extra moenia*.

Venendo, poi, a quello che può essere individuato come il secondo "errore", ovvero l'assimilazione delle società miste alle aziende speciali, c'è da dire che la stessa giurisprudenza amministrativa è solo in un secondo tempo giunta a differenziare le posizioni dei due modelli organizzativi.

Infatti, le successive decisioni hanno chiarito come l'azienda speciale sia un soggetto istituzionalmente dipendente dall'ente locale, legato ad esso da stretti vincoli; sul piano, per esempio, della formazione degli organi o degli indirizzi e dei controlli. Tali vincoli determinando un rapporto di strumentalità delle aziende con gli enti locali e da qui, quindi, la sussistenza di un "collegamento molto saldo, seppur di natura «funzionale», tra l'attività della azienda stessa e le esigenze della collettività stanziata sul territorio dell'ente che l'ha costituita"⁴¹.

Diversamente, invece, le società miste avrebbero natura speciale, per cui un vincolo di carattere strumentale così forte non era rinvenibile. Esse, secondo la giurisprudenza richiamata, sono soggetti di diritto privato nelle quali però persiste un vincolo di carattere funzionale che lega comunque l'attività societaria agli interessi della collettività di cui l'ente costituente è figura esponenziale.

Ebbene, la considerazione di tale natura speciale e del suddetto vincolo funzionale non poteva arrivare fino a snaturare completamente il, seppur speciale, modello privatistico societario.

⁴¹ Cons. di Stato, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Foro. it.*, III, 2002, pag. 567 ss., con nota di E. SCOTTI, "Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali?".

Per tali ragioni, occorre “verificare concretamente se l’impegno extra-territoriale eventualmente distolga e in che rilevanza risorse e mezzi, senza apprezzabili ritorni di utilità (anch’essi da valutarsi in relazione all’impegno profuso e agli eventuali rischi finanziari corsi) per la collettività di riferimento”⁴².

In tale contesto, la giurisprudenza ha sempre “dimensionato” il c.d. vincolo funzionale. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che il vincolo funzionale opera in maniera residuale, non più quindi in via primaria, entrando in gioco solo qualora vi sia una distrazione di risorse e mezzi che sia effettivamente apprezzabile e che realisticamente possa portare pregiudizio alla collettività di riferimento.

Per individuare quando la gestione di un servizio extraterritoriale possa arrecare pregiudizio alla collettività di riferimento, il criterio è stato individuato nell’apprezzabile distrazione di risorse.

Ovviamente tale elemento in concreto era mutevole e dipendeva da un’ampia serie di variabili.

In primo luogo, si sarebbe dovuto prendere in considerazione l’assunzione o lo svolgimento del nuovo servizio; inoltre, si sarebbe dovuto valutare quale tipo di impegno avrebbe comportato l’assunzione e gestione del servizio in ambito extraterritoriale: in altre parole se lo svolgimento del servizio fosse di tale entità da indurre un effettivo pregiudizio in capo alla comunità di riferimento. Infine, era richiesto che tale pregiudizio fosse effettivamente dimostrato.

Quanto sin qui riferito è stato ripreso da altre e successive pronunce che si sono occupate della questione⁴³.

Ed in questa prospettiva le ulteriori decisioni del Consiglio di Stato hanno ampliato e arricchito i principi già enunciati nella decisione sopra richiamata.

⁴² Cons. di Stato, 3 settembre 2001, n. 4586, cit.

⁴³ Con. di Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2005, n. 5204; Cons. di Stato, Sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196; Cons. di Stato, Sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756; Cons. di Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2004, n.5843; Cons. di Stato, Sez.V, 25 giugno 2002, n. 3448.

Infatti, i Giudici hanno evidenziato sempre di più la necessità di verificare caso per caso, con specifiche indagini e studi, se l'espletamento di tale attività, da un lato, contribuisse al migliore perseguimento dell'interesse della collettività e, dall'altro, non si traducesse in un aumento dei costi per essa in termini di aumento di tasse o di tariffe o di peggioramento del servizio.

La conseguenza è che solo a tali condizioni si sarebbe soddisfatta la duplice esigenza che, da un lato, le attività extraterritoriali della società mista non si traducessero in pregiudizio e aumento di costi per la sua collettività, in contrasto con i principi di efficienza e di equa misura di tariffe e tasse; e che, dall'altro lato, la società mista, una volta immessa nel mercato, operasse in condizione di effettiva concorrenza e parità con gli imprenditori privati, senza usufruire di posizioni di privilegi. Come per esempio quelle derivanti dalla possibilità di utilizzare, in violazione delle norme comunitarie e nazionali sugli aiuti pubblici, di una dote economico-finanziaria di denaro pubblico.

Pertanto, secondo quest'ultima linea interpretativa la circostanza che il modulo organizzativo prescelto dall'ente locale fosse costituito da quello di una società di capitali (per quanto faccia assumere alla società necessariamente la qualità di imprenditore e le consenta di poter anche partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti banditi da altre amministrazioni) non per questo faceva esaurire definitivamente il rapporto più che esistente con l'ente locale che ha partecipato alla sua formazione, atteso che il capitale sociale di essa, pur essendo di proprietà dell'ente, costituiva invero uno strumento (come altri, quali i beni pubblici, lo stesso personale dipendente, i beni mobili) per il conseguimento dei fini di benessere della collettività stanziata sul suo territorio⁴⁴.

Il corretto bilanciamento del rapporto, tra lo strumento

⁴⁴ Per completezza di analisi vi è da dire che, da quanto ci consta, solo il TAR Abruzzo, Pescara con decisione del 25 luglio 1998, n. 507 ha riconosciuto piena capacità imprenditoriale alle società miste, attesa la loro veste privatistica. In tal senso e sia pure incidentalmente si veda: Cons. di Stato, Sez. V, 18 febbraio 1998, n. 192.

finanziario (capitale sociale versato dall'ente locale nella società mista) e la collettività (o meglio gli interessi pubblici propri di questa) costituiva, quindi, la condizione indispensabile perché una società mista potesse concretamente agire in ambito extraterritoriale.

5. La giurisprudenza di cui si è riferito alla fine del paragrafo precedente è quella che fino agli ultimi interventi del legislatore ha sostanzialmente “disciplinato” l'impegno *extra moenia* delle società miste in assenza, lo si ripete, di una espressa normativa che lo vietasse.

Il giudice amministrativo, se da un lato ha ammesso in via di principio l'attività extraterritoriale, dall'altro l'ha, poi, di fatto vietata, ponendo i menzionati paletti. Si può senz'altro dire, allora, che ciò che il legislatore non ha vietato è stato in concreto vietato dal giudice, con un'operazione di sostanziale pubblicizzazione delle società miste.

Le ragioni sono probabilmente da rinvenire nel fatto che la giurisprudenza ha tentato di evitare che l'ente locale distraesse la sua attività, pubblicistica o privatistica, dal perseguimento degli interessi pubblici assegnati alla sua cura⁴⁵.

E poi, tra le ragioni vi è forse anche la resistenza del giudice amministrativo di considerare le suddette società come dei veri e propri imprenditori che operano nel mercato al pari di altri soggetti privati; continuando, invece, a considerarle alla stregua di aziende speciali. Resistenza che, peraltro, è stata condivisa anche dalla Corte dei conti la quale ha ritenuto di estendere la propria giurisdizione contabile su ogni soggetto privato nella forma (e quindi anche su società) che fosse legato alla Amministrazione da un rapporto di servizio e partecipato da questa in via maggioritaria⁴⁶.

⁴⁵ Così F. GOISIS, *op. cit.*, pag. 569.

⁴⁶ Come noto, è stata la Corte Costituzionale, con la sentenza del 28 dicembre 1993, n. 466, ad affermare il permanere della soggezione degli enti pubblici economici al controllo della Corte dei conti nonostante la loro

Non si ritiene, tuttavia, di dover condividere tali orientamenti qualora questi mostrino di sancire il principio (sostanzialmente indimostrato) che tutte le società miste per il solo fatto di essere partecipate da enti locali non possano operare fuori dal proprio territorio di riferimento.

Infatti, l'evoluzione verso forme di gestione imprenditoriale – unita, in alcuni settori, all'innovazione tecnologica che determina economie di scala per le grandi dimensioni – “produce l'effetto di spostare gli ambiti territoriali dei servizi, ed anche alle pubbliche funzioni, inducendo gli organismi

trasformazione in s.p.a. Con la suddetta sentenza il Giudice delle leggi ha usato un approccio “sostanzialista”, affermando il permanere del carattere pubblico degli enti trasformati in società per azioni, fin quando vi permanesse una partecipazione finanziaria pubblica maggioritaria. Pertanto, la veste societaria è stata considerata un dato neutrale non idoneo, di per se solo, ad escludere il controllo della Corte. Ebbene, tale orientamento è stato ribadito successivamente dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 29/2006 che ha dichiarato la legittimità costituzionale della legge regionale che prevedeva l'assunzione per concorso del personale di società pubbliche di servizi. Quanto alla giurisprudenza della Corte di Cassazione su tale tema, si può rilevare che con le pronunce n. 19667 del 2003, n. 3899 del 2004 e n. 10973 del 2005, le Sezioni Unite, configurando una responsabilità amministrativa, hanno affermato la giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici prima e, poi, su quelli di società per azioni con rapporto di servizio con enti territoriali. In particolare, la sentenza delle Sezioni Unite n. 3899 del 26 febbraio 2004 ritiene la sufficienza dei criteri tradizionali di un rapporto di servizio tra la società e l'ente territoriale, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (anche non organica ma) funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'*iter* procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo. Una lettura critica di tale sentenza si deve a F. G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, pag. 73, e, più di recente, 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. mille proroghe (d.l. 31/12/2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)*, in www.giustamm.it.

di gestione ad operare anche al di fuori dell'ente territoriale azionista⁴⁷.

È opportuno, comunque, per non correre il rischio di una generalizzazione, operare una distinzione.

La problematica dell'attività *extra moenia* è stata di recente e per la prima volta (a voler escludere i citati “tentativi” del 2001 e del 2003), oggetto di parziale attenzione del legislatore con l'art. 13, d.l. n. 223 del 2006, sostituito dalla l. di conversione n. 248 del 2006, novellato dall'art. 1, co. 720, della l. n. 296 del 2006 in vigore dal 1° gennaio 2007.

Peraltro, la sentenza n. 4080/2008, dopo aver richiamato la giurisprudenza sul tema, ha ritenuto come i formati principi giurisprudenziali siano stati notevolmente rafforzati dall'entrata in vigore di tale nuova disciplina. Secondo il comma 1 dell'art. 13 “le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali (...) devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara [...]”.

Il divieto trova un completamento, sul piano della disciplina, nel comma 2 dell'art. 13, che impone alle medesime società di avere un oggetto sociale esclusivo; e una sanzione specifica nella previsione del comma 4 dell'art. 13, che qualifica nulli i contratti conclusi dalle società di cui trattasi in violazione delle norme di cui ai commi 2 e 4 (facendo salvi solo quei “contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto...in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data”).

La *ratio* dichiarata dalla norma è quella di tutelare la concorrenza. E del resto tale intenzione è esplicitata nella nuova disciplina che per ben due volte (nella rubrica e all'*incipit* del co. 1)

⁴⁷ A. NIUTTA - A. POLICE, *op. cit.*, pag. 487.

evoca appunto tale principio, al fine sia di costituire un appiglio con la Costituzione sia di vincolare l'interprete a tale scopo ⁴⁸.

La finalità appena evidenziata è talmente importante, così come il timore che le società possano divenire un fattore di disturbo per il mercato concorrenziale, che la Corte Costituzionale, mostrando uno straordinario impegno nel difendere la costituzionalità di tale norma, e classificando le medesime società in base all'oggetto sociale, anziché al titolo giuridico, ha operato una distinzione tra "attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici"⁴⁹. E sulla scorta di siffatta distinzione ha, da un lato, escluso la incostituzionalità dell'art. 13 e, dall'altro, individuato l'ambito operativo di esso.

Ed è proprio quest'ultimo aspetto che merita di essere approfondito, tenendo in considerazione, per inciso, che è proprio la formulazione letterale della norma a limitare l'applicazione della legge alle sole "società per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza".

Per la Corte, quindi, solo le società che svolgono "attività amministrativa in forma privatistica" sono soggette alla disciplina in esame. Diversamente, quelle che esercitano "attività di impresa di enti pubblici" sono libere di operare sul mercato in piena concorrenza con altri soggetti e senza preclusioni di alcun tipo. O per meglio dire: le società che di regola sono state costituite per esercitare funzioni amministrative (di natura finale o strumentale agli interessi della pubblica amministrazione) non possono poi decidere di esercitare anche attività di impresa. Ritornano così le considerazioni della giurisprudenza amministrativa formatasi prima della norma in esame (e di cui si è detto) che affermava la necessità di impedire che la società mista, una volta istituita precipuamente

⁴⁸ M. CAMELLI-M DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, pag. 347 ss.

⁴⁹ Così Corte Cost. 1 agosto 2008, n. 326.

per lo svolgimento di un servizio, poi decidesse di andare a fare dell'altro.

A ben vedere, già prima della richiamata sentenza della Corte Costituzionale, la dottrina aveva evidenziato l'opportunità che la norma in parola fosse interpretata in modo da evitare possibili giudizi di incostituzionalità, nonostante la "pure non perspicua formulazione" della stessa⁵⁰. Si è manifestata, fin da subito, l'esigenza di un'interpretazione restrittiva onde escludere sia un giudizio di incostituzionalità, sia (soprattutto) un giudizio di incompatibilità con il diritto comunitario.

È bene ricordare, a tal proposito, che il diritto comunitario ritiene assolutamente possibile che "l'impresa pubblica" partecipi a gare per assegnazioni presso soggetti differenti dalle amministrazioni di riferimento. In particolare, la Corte di giustizia ha affermato che il principio di parità di trattamento degli offerenti "non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni"⁵¹.

Pertanto, al fine di delineare l'ambito applicativo dell'art. 13 della l. n. 248 del 2006 occorre riprendere quanto già illustrato circa i vari modelli di società mista⁵².

⁵⁰ Così G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it.

⁵¹ Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, in causa C-94/99, *Arge Gewässerschutz*. Peraltro, non configge con tale tipo di orientamento proprio la normativa comunitaria. In questo senso sembra deporre sia l'art. 295 del Trattato CE, che "lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri", sia l'art. 86, sempre del Trattato CE, che, vietando il mantenimento nei confronti delle imprese pubbliche di misure contrarie alle norme del Trattato, per ogni altro aspetto presuppone una piena parificazione tra imprese pubbliche e private.

⁵² *Supra* § 3.

Si è detto che essi possono essere classificati in base a tre diversi elementi: l'oggetto sociale, il momento operativo-funzionale e quello genetico. E si è anche detto che, all'interno di queste classificazioni, è ben possibile individuarne altre.

Consideriamo, infatti, il profilo relativo all'oggetto sociale e, all'interno di esso, il modello che ha ad oggetto l'esecuzione di appalti in favore dell'amministrazione, in cui il socio privato riveste il ruolo di "socio imprenditore", scelto mediante una procedura ad evidenza pubblica (profilo relativo al momento funzionale). Consideriamo, inoltre, che, tale connotazione venga assunta dalla stessa società *ab origine*, ovvero che essa sia stata costituita *ad hoc* (momento genetico); ecco che alla tipologia che ne consegue sarà fatto divieto di partecipare a gare di appalto indette da altre Amministrazioni *ex art.* 13 della l. n. 248 del 2006.

Questo è il modello di società cui la norma in questione si riferisce e che peraltro, come si è già accennato, è lo stesso cui si richiama il comma 2 dell'art. 23 *bis* del d.l. n.112/2008 quando dispone che il conferimento dei servizi pubblici locali avviene a favore "di società in qualunque forma costituite".

Al riguardo, dunque, sono proprio le enunciazioni contenute nell'art. 13 ("servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali") che delimitano l'ambito applicativo della stessa e che circoscrivono l'operatività alle sole società così come sopra individuate. Tale enunciazione, infatti, da un lato individua le società soggette alla disciplina in esame, dall'altro esclude tutte le altre che non presentino tali caratteristiche.

La strumentalità e funzionalità delle prestazioni effettuate a favore degli enti territoriali rendono le stesse, nonostante la forma societaria rivestita, "moduli organizzativi interni" delle amministrazioni; o, per essere più precisi, "moduli organizzativi che (per ciò stesso e conseguentemente) vengono ad essere caratterizzati da un limite funzionale nella loro legittimazione, la quale – allora – non può ricomprendere, oltre alle prestazioni in favore dell'ente che li costituisce o vi partecipa, anche qualsivoglia

effettuazione di prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati”⁵³.

Al di là, poi, dei due elementi sopra menzionati (strumentalità e funzionalità), sempre l’art. 13 contiene altri riferimenti ai modelli: in particolare al comma 2, in cui si dà atto di una caratteristica di queste società, e cioè l’oggetto sociale esclusivo, ovvero l’essere state concepite per eseguire una sola determinata attività⁵⁴.

Fin qui il discorso sull’ambito applicativo o, per meglio dire, su quali siano le società sottoposte alla disciplina dell’art. 13.

Per quanto riguarda, invece, quelle escluse da tale ambito, la norma non contempla espressamente tutte le società costituite appositamente per la gestione dei servizi pubblici locali; ed in maniera implicita, tutte le altre che non presentano le caratteristiche fino ad ora illustrate, ovvero tutte quelle che operano in mercati completamente liberalizzati ed in concorrenza con molteplici imprese.

Delle società costituite per lo svolgimento di un servizio pubblico locale si parlerà più avanti.

Con riferimento alle seconde, invece, occorre tornare per un momento alle classificazioni sopra menzionate.

Da questo punto di vista, è sottratta alla disciplina dell’art. 13 la società il cui oggetto sociale concerne lo svolgimento di normali attività d’impresa in posizione di parità con altri operatori, in pieno regime di concorrenza, “alla quale anche i soci pubblici partecipano – in definitiva – secondo logiche da investitore privato, ossia per ragioni eminentemente finanziarie”⁵⁵.

⁵³ Così G. CAIA, *op.ult. cit.*

⁵⁴ È noto che la definizione e l’esatta caratteristica sono state per la prima volta rese dal Consiglio di Stato, Sez. II, nel parere del 18 aprile 2007, n. 456, in cui si è chiarito che essendo la società mista una “modalità organizzativa con la quale l’amministrazione controlla l’affidamento disposto, con gara, al socio operativo della società”, non poteva poi “svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico”.

⁵⁵ Così N. AICARDI, *op. cit.* pag. 234. L’Autore osserva, peraltro, come la presenza di soci pubblici in società di questo tipo deriva da interventi

Dal punto di vista “operativo-funzionale”, il socio privato assume la veste di “socio finanziatore” che può apportare alla società in parola esperienza, competenze e tecnologia. Ed infine, il modello di società in questione può assumere tale configurazione (momento genetico) anche in una fase successiva alla sua costituzione; per effetto cioè dell’ingresso di soci privati nella compagine a capitale solo pubblico o viceversa.

Ebbene, tali tipi di società miste, a differenza di quelli prima illustrati (soggetti, come visto, all’art. 13 della l. n. 248 del 2006), sono esposti ad elementi di rischio (si pensi alle società quotate in borsa), essendo operanti sul libero mercato, e non possono, per le loro stesse caratteristiche, essere destinatari di affidamenti diretti. In poche parole, in essi la partecipazione pubblica non rileva, poiché i soci pubblici hanno la stessa influenza dei soci privati sulla gestione.

Sull’applicazione dell’art. 13, peraltro, non può non darsi conto delle oscillanti posizioni espresse dalla giurisprudenza amministrativa⁵⁶.

Si passa, infatti, da sentenze che – accogliendo una

normativi di liberalizzazione di settori economici prima organizzati secondo regimi pubblicistici di riserva legale o di esclusiva.

⁵⁶ Tra le pronunce che hanno ignorato del tutto la distinzione tipologica tra le varie società a partecipazione pubblica, applicando l’art. 13 in maniera indistinta, si ricordano: TAR Lombardia, Sez. Brescia, 27 dicembre 2007, n. 1373; TAR Lombardia, Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140.

Tra le decisioni che, invece, tendono a dare all’art. 13 della l. n. 248 del 2006 un’interpretazione restrittiva: TAR Lazio, Sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514; 14 aprile 2008, n. 3109; 14 maggio 2008, n. 4064. In tali decisioni si chiarisce che nella partecipazione a gare da parte di società controllate dagli enti locali ma quotate in borse e dotate di uno statuto (da cui peraltro si evince che gli enti locali di riferimento non hanno particolari poteri nell’ambito della gestione della società stessa) che ne prevede l’azione in concorrenza con altre imprese, nei settori rientranti nell’oggetto sociale, non sussistono limiti funzionali all’azione delle società perché la loro dimensione nazionale e la forte attenuazione del legame strumentale con l’ente territoriale di riferimento determinano una caratteristica imprenditoriale delle società stesse. Nello stesso senso vd. TAR, Piemonte, Sez. I, 24 ottobre 2008, n. 2676.

impostazione interpretativa “estensiva” dell’applicabilità della disciplina in esame – affermano che la partecipazione pubblica ad una società ne conforma la natura, di modo che “l’art. 13, co 1, del d.l. n. 223/2006, come modificato dalla l. di conv. n. 248/2006, preclude in radice alle società miste, aventi ad oggetto attività di supporto all’ente locale di riferimento, lo svolgimento di prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati”, e per questo sarebbe “del tutto ininfluenza il fatto che [la società] non abbia in concreto ricevuto, in precedenza, affidamenti di alcun genere senza previo esperimento di gara”⁵⁷; ad altre decisioni che, invece – secondo un’interpretazione “restrittiva” –, ritengono che la norma in parola si applica soltanto “alle società costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni o servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l’ente di riferimento, e, dunque, per attività rivolte essenzialmente alla P.A. e non al pubblico”⁵⁸.

6. Si è avuto modo di osservare (*supra* § 5) che l’art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, tra i casi di esclusione, annovera proprio i servizi pubblici locali.

Sotto questo aspetto, appare corretta la tesi di quella parte della dottrina che attribuisce all’espressione “con esclusione dei servizi pubblici locali” un’interpretazione di natura soggettiva, riferendola non al tipo di attività esercitata (ovvero le attività qualificabili come servizi pubblici locali) bensì alle società costituite appunto per la gestione dei servizi pubblici locali⁵⁹.

⁵⁷ Così, Cons. di Stato, Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946.

⁵⁸ Così, Cons. di Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215.

⁵⁹ M. CAMMELLI - M. DUGATO, *op. cit.*, pag. 355. Gli Autori mostrano di preferire questa interpretazione di natura soggettiva per una serie di ragioni. Tra le più rilevanti vi è la difficoltà nel distinguere “tra attività che possono qualificarsi come servizio pubblico in senso proprio ed attività prive di tale natura, così che se l’applicazione dell’art. 13 dovesse presupporre, caso per caso e con riferimento all’attività di un singolo soggetto, la prioritaria definizione della natura, non solo si renderebbe estremamente complessa ed

Ciò detto non si può giungere all'esclusione di queste società dalla disciplina in esame senza prima interrogarsi (sia pure brevemente) sulla loro attività *extra moenia* alla luce del nuovo art. 23 *bis*, comma 9, del d.l. n. 112/2008.

Il comma 9 dell'art. 23 *bis* è, infatti, molto articolato e dispone che “i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, 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 ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano ad essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica”.

Tale norma è modellata sulla falsariga di quanto già enunciato nell'art. 113, comma 6, del d.gs. n. 267/2000⁶⁰.

A ben vedere, il divieto dell'attività extraterritoriale concerne “i soggetti titolari della gestione dei servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2”. Ora, un'interpretazione che renda coerente il divieto dell'impegno *extra moenia* delle società miste ai sensi dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006 con quello definito dal suddetto art. 23 *bis*, impone di ritenere che la società in questione (e del cui modello si è

incerta l'azione delle società in oggetto, ma si finirebbe per incrementare in maniera patologica le occasioni di contenzioso”.

⁶⁰ C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. app.*, n. 12/2008, pag. 1401 ss.

ampiamente detto) – che rientra nell’ambito operativo dell’art. 13 – non può, allorché sia titolare della gestione di un servizio pubblico locale non affidato mediante gara, acquisire la gestione di servizi ulteriori, ovvero operare in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati. Per inciso, in quest’ultimo caso e per espressa menzione della norma, il divieto *ex art. 23 bis*, comma 9, del d.l. n. 112/2008 si estende anche alle società c.d. di terzo grado, stante il riferimento alle società controllate o partecipate dalle società in parola.

L’interpretazione – che riporta a sistema le preclusioni dell’attività extraterritoriale delle società miste *ex artt. 13 del d.l. n. 223/2006 e 23 bis*, comma 9, del d.l. n. 112/2008 – trova conferma proprio laddove si escludono dai divieti di cui all’art. 23 *bis* comma 9, le società quotate in mercati regolamentati.

Tale esclusione, se da un lato appare molto riduttiva perché non considera tutte le altre società a partecipazione pubblica che, pur non quotate in mercati regolamentati comunque sono di fatto operanti sul libero mercato; dall’altro – essendo stata prevista in una norma successiva all’art. 13 del d.l. n. 223/2006 – mostra l’intento del legislatore di operare una netta distinzione circa l’operatività delle società, in perfetta aderenza alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Consiglio di Stato e di quella dottrina amministrativista, cui si ritiene di aderire e di cui sopra si è fatto riferimento.

La disposizione contenuta al comma 9 dell’art. 23 *bis* presenta, così come quelle contenute nei rimanenti commi, delicati e numerosi problemi di interpretazione il cui esame non può essere svolto in questa sede.

Pur tuttavia, proprio la genericità della formulazione del comma 9 – in particolare – e di tutta la disciplina dettata dall’art. 23 *bis* – in generale – consente di interpretare il suddetto comma secondo una chiave di lettura diversa.

In questa prospettiva, si è già detto (*supra* § 2.2.) che le società miste (secondo il modello formulato dal Consiglio di Stato con l’Adunanza Plenaria n. 1/2008 ed il parere n. 456/2007), rientrano appieno nel conferimento in via ordinaria della gestione dei servizi pubblici di cui al comma 2, e non in quello “in deroga”

di cui al comma 3 (in cui come si è detto rientra il modello dell'*in house*) attesa proprio la formulazione del comma 2, ove si richiamano oltre gli “imprenditori”, anche le “società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica”.

Il richiamo alla procedura ad evidenza pubblica – che nella tipologia di società in esame è rispettata nel momento della scelta del socio privato cui affidare il servizio – ha, da un lato, consentito di escludere il modello dell'*in house* dall'ambito operativo del comma 2; dall'altro, ha ricondotto la suddetta società nell'alveo dello comma stesso. Ciò posto, si è anche visto che tale modello a ben vedere rappresenta un modulo organizzativo interno dell'Amministrazione, in cui il legame con la stessa è così stretto che le caratteristiche di questo non appaiono così lontani non solo dalla vecchia azienda municipalizzata ma anche dal modello dell'*in house*.

A tal proposito una recente decisione del giudice amministrativo evidenzia come tali società godono in realtà di un mercato protetto⁶¹.

Se così è si potrebbe senza dubbio ritenere che la suddetta tipologia di società mista anziché rientrare negli affidamenti in via ordinaria di cui al comma 2, potrebbe invece ricadere sotto l'ambito operativo di cui al comma 3, costituendo, quindi, una modalità di conferimento in deroga. Anche in tale ultima ipotesi la stessa società mista non potrebbe operare al di fuori dei propri confini di riferimento, così come prescritto dal comma 9 dell'art. 23 *bis*. Diversamente, nell'altro tipo di società mista, riconducibile al modulo paritetico ove il ruolo degli enti territoriali non si differenzia da quello dell'azionista di una società per azioni “la partecipazione pubblica non comporta alcun privilegio e quindi alcuna alterazione della concorrenza”⁶². Per quest'ultime, come ovvio, non vi è alcuna preclusione dell'attività extraterritoriale.

La tesi ora avanzata appare suggestiva ed inoltre, conforme all'intenzione di rendere coerente il sistema.

⁶¹ TAR Valle d'Aosta, Aosta, 20 febbraio 2009, n. 8.

⁶² TAR Valle d'Aosta, *idem*.

Infatti, se lo scopo della disciplina di cui al combinato disposto degli artt. 13 del d.l. n. 223/2006 e 23 *bis* comma 9, del d.l. n. 112/2008, è quello di garantire il libero gioco della concorrenza ed evitare che tali società (che presentano, come detto, un vincolo molto stretto con l'ente di riferimento) possano alterare la *par condicio* con gli altri operatori agenti nello stesso mercato; allora tale interpretazione potrebbe ritenersi corretta, nella misura in cui relega tali modelli di gestione nelle forme in deroga di assunzione dei servizi pubblici locali, comma 3 del d.l.gs. n. 112/2008. Tuttavia, tornando al "sistema", si può senz'altro osservare come tali tesi interpretative possano essere determinate dalla confusione che la recente riforma ingenera. Riforma che, pur perseguendo obbiettivi meritevoli (ovvero i principi e le finalità individuati nel 1 comma), si manifesta al quanto approssimativa. Ciò, ovviamente, in attesa che i preannunciati regolamenti governativi facciano la necessaria chiarezza.

7. La non divisibilità dell'impostazione interpretativa c.d. estensiva dell'applicabilità dell'art. 13 risulta, quindi, dalla stessa formulazione letterale della disposizione in questione. Ciò vale, a maggior ragione, ad escludere l'estensione di tale disciplina alle società c.d. di terzo grado; costituendo questo l'effetto ultimo che comporta una siffatta interpretazione.

Inevitabilmente, infatti, sostenere che il divieto dell'attività extraterritoriale si applica ad ogni tipo di società per il sol fatto che vi sia in essa una partecipazione pubblica, comporta, altresì, estendere tale divieto a quelle società partecipate da una società che è a sua volta partecipata (talvolta indirettamente) da enti locali.

Ciò posto, il punto di maggiore interesse sull'ambito applicativo dell'art. 13 è rappresentato proprio dall'impegno *extra moenia* della società c.d. di "terzo grado", tanto da essere il punto più controverso. Per di più, la sentenza n. 4080/2008 del Consiglio di Stato concerne proprio l'applicabilità della disciplina fin qui descritta alle società con partecipazione pubblica indiretta.

Parte della giurisprudenza (compresa la sentenza appena

richiamata) e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, partendo, per l'appunto, dall'interpretazione estensiva, hanno vietato l'impegno extraterritoriale anche alle società di terzo grado, sul presupposto che l'assunzione del rischio avviene sempre con l'impiego di una quota di capitale pubblico "con ciò ponendo in essere meccanismi potenzialmente in contrasto con il principio della *par condicio* dei concorrenti"; tale interpretazione troverebbe conferma nel tenore letterale del comma 3, dell'art. 13 laddove si prevede "un periodo transitorio durante il quale le società pubbliche o miste dovranno dismettere in particolare le loro partecipazioni in altre società"⁶³.

Ebbene, tale tesi non convince, così come non convinceva l'applicabilità (indistinta) della norma a prescindere dalla tipologia di società mista. A ben vedere, infatti, è proprio sulla scorta di un'interpretazione letterale dell'art. 13 che si ritiene non condivisibile quanto sostenuto in particolare dall'Autorità.

Analizzando il 1 e il 2 comma, si osserva, infatti, come il divieto dell'impegno extraterritoriale sia rivolto alle sole società in cui l'ente locale sia socio diretto.

Il riferimento al capitale sociale ed alla figura della costituzione e della partecipazione sembra militare in questo senso; ovvero nella necessità che l'ente locale sia socio e come tale titolare di una partecipazione al capitale sociale. Parimenti il comma 3 – diversamente da quanto sostenuto dall'Autorità – impone che le attività non consentite (ovvero quelle indicate nel comma 1), nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, siano cedute a terzi ovvero siano scorporate con la possibilità di costituire una separata società⁶⁴.

⁶³ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, deliberazione del 9 maggio 2007, n. 135. L'Autorità, definisce società di terzo grado "quelle società che non sono state costituite da amministrazioni pubbliche e non sono state costituite per soddisfare esigenze strumentali alle amministrazioni pubbliche medesime".

⁶⁴ TAR Molise, 18 luglio 2007, n. 628. Il giudice afferma che il 1 comma vada letto in combinato disposto con il comma 3 dell'art. 13 della del d.l. n.

A tal proposito è stato giustamente rilevato come “per il legislatore la separatezza delle società operanti sul mercato con soggetti terzi (e dei rispettivi bilanci) rispetto a quelle direttamente partecipate dagli enti locali (e dirette fornitrici di beni e servizi strumentali agli stessi) sembrerebbe costituire – di per sé – una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato dagli enti locali non affluirebbe direttamente nel capitale di rischio delle imprese operanti in regime di concorrenza”⁶⁵. Si badi che, in tutti casi, tale soluzione appare più rigorosa di quella elaborata a livello europeo, atteso che la disciplina *antitrust* europea garantisce l’effettività del principio di concorrenza una volta che si sia realizzato la semplice separazione contabile (e quindi non con la separazione societaria) delle attività delle imprese pubbliche e ponendo in essere un adeguato controllo sugli aiuti illeciti alle stesse imprese.

Ulteriore argomento è senza dubbio l’assenza nella disciplina in parola di qualche riferimento alle figure di controllo e/o al collegamento societario di cui all’art. 2359 del c.c.⁶⁶, che – *a contrario* – avrebbe consentito di estendere il raggio di azione dell’art. 13 anche alle suddette società; così come avviene, per esempio, da parte dell’art. 2, lett. s), del d.lgs. 23 maggio 2000, n.

223/2006 dove, appunto, si consente alle società di cedere le attività non consentite costituendo delle società separate.

⁶⁵ TAR Liguria, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39, in cui si osserva, peraltro, che l’art. 13 del d.l. n. 223/2006 rivesta “sicuramente carattere eccezionale rispetto al principio generale di libertà dell’iniziativa economica *ex* art. 41 Cost., sicchè deve preferirsi – *ex* art. 14 disp. prel. c.c. – un’interpretazione restrittiva”.

⁶⁶ Nel nostro ordinamento la nozione di controllo societario è espressa proprio dall’art. 2359 del c.c. che comprende le figure del controllo di diritto (maggioranza dei voti in assemblea), del controllo di fatto (capacità di controllare, anche senza la maggioranza formale, gli orientamenti dell’assemblea – influenza dominante) e del controllo contrattuale o esterno (capacità di condizionamento attraverso una posizione di forza determinata da vincoli contrattuali duraturi che creano dipendenza di una società nei confronti di un’altra).

164⁶⁷. A conferma di ciò il recente comma 9 dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 sancisce chiaramente che i soggetti che gestiscono servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Anche qui, il richiamo alle figure del controllo societario è espresso⁶⁸.

Ora, l'assenza del riferimento al codice civile ha pur condotto, di recente, il giudice amministrativo, a ritenere l'ammissibilità della partecipazione a gara di una società indirettamente partecipata dall'ente locale, qualora detto ente rivesta, al contempo, il ruolo di soggetto aggiudicatore nella medesima procedura di gara⁶⁹.

La questione da cui scaturiva la decisione del giudice amministrativo non riguardava l'ambito di disciplina dell'attività *extra moenia* delle società pubbliche.

⁶⁷ Si tratta del decreto legislativo di attuazione nel nostro ordinamento della direttiva 98/30/CE, recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale.

⁶⁸ Incidentalmente, pare utile ricordare come anche sotto tale profilo, il diritto comunitario appaia meno rigoroso. Infatti, di recente, l'Avvocato Generale Jan Mazak nelle proprie conclusioni presentate il 10 febbraio 2009 – nella causa, C 538/07, Assitur S.r.l. contro Camera di commercio, industria artigianato e agricoltura di Milano – censurando l'art. 10, comma 1 *bis*, della legge n. 109/94 (ora art. 34, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006), che stabilisce l'esclusione dalle procedure di gara di società che si trovino fra loro in situazione di controllo, ha affermato che tale misura (che comporta quindi l'esclusione automatica di taluni offerenti) appare per sua natura sproporzionata “in quanto non consente agli offerenti che si trovino in rapporto di controllo di dimostrare che nella fattispecie il suddetto rapporto non ha comportato alcuna violazione dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza”.

⁶⁹ TAR Umbria, 31 maggio 2007, n. 472. Per un commento a tale sentenza si veda M. E. BOSCHI, *Capacità e legittimazione delle società a partecipazione pubblica locale: l'ambito di applicazione delle limitazioni previste dalla legge*, in *www.giustamm.it*.

Rimangono, però, estremamente interessanti le conclusioni – di carattere generale – cui approda. Infatti, muovendo dalla considerazione per cui qualunque disposizione che osti alla partecipazione a gara per determinate tipologie di società costituisce un'ipotesi derogatoria rispetto al principio generale di libera concorrenza, il giudice amministrativo conclude nel senso dell'impossibilità di ritenere sussistenti preclusioni ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dalla legge. Il “nucleo fondamentale dell'argomentazione del giudice è, infatti, l'assenza – nel nostro ordinamento – di previsioni normative generali espressamente preclusive della partecipazione a gare da parte di un soggetto direttamente o indirettamente partecipato dall'ente concedente”⁷⁰.

Si può senz'altro condividere tale principio ed interpretare con esso anche l'art. 13 quanto al suo ambito oggettivo e soggettivo di applicazione ritendendolo non generale.

8. L'arresto giurisprudenziale ricordato da ultimo risulta peraltro utile per valutare la portata della decisione che, come si è detto, ha occasionato il presente studio. Infatti, l'analisi del giudice amministrativo sulla natura della società (di terzo grado) sottoposta al suo esame e le conclusioni cui perviene, consentono di giungere a formulare una valutazione della decisione del Consiglio di Stato n. 4080 del 2008.

Come si è avuto modo di rilevare, il Consiglio di Stato ha risolto la controversia sottoposta al suo esame applicando l'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006.

Su ciò il giudice è apparso determinato, osservando come la norma in esame “rimarchi la differenza tra concorrenza *per* il mercato e concorrenza *nel* mercato disgelando le sue plurime *rationes essendi*: tutela dell'imprenditoria privata e della leale concorrenza, repressione della greppia partitica e burocratica”⁷¹.

⁷⁰ Così M. E. BOSCHI, *ivi*.

⁷¹ Inoltre, sempre la decisione in esame osserva come “tale norma, attuando l'art. 41 Cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della

Ebbene, la sentenza non appare di facile ed univoca lettura: nel senso che, da un lato – stante il richiamo al modello di società mista strumentale all'ente locale – sembrerebbe abbracciare la tesi restrittiva dell'art. 13, dall'altro, però, non svolgendo alcuna indagine circa la natura della società sottoposta al suo esame, sembrerebbe concludere per un'applicazione indistinta della norma in esame. A tal proposito il Consiglio di Stato si limita ad osservare che l'art. 13 sia applicabile alla vicenda in questione sia “*ratione temporis*” – essendo intervenuta l'aggiudicazione definitiva successivamente all'entrata in vigore dell'art. 13 – sia *ratione materiae* – venendo in rilievo non la concessione di un servizio pubblico ma l'aggiudicazione di un appalto di servizi”, ed essendo la norma in esame espressione dell'art. 41 della Cost.

Questa la conclusione cui giunge il Consiglio di Stato.

Si può subito dire che l'affermazione secondo cui la disciplina dell'art. 13 manifesta l'intento di “tutela dell'imprenditoria privata e della leale concorrenza” e di “repressione della greppia partitica e burocratica”, appare corretta nella misura in cui questa valutazione (sullo scopo perseguito, in ultima analisi dall'art. 13) venga riferita, in particolare, al modello di società mista così delineato. Un modello fatto proprio dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 326/2008 e dal Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 1/2008 e Sez. II, n. 456/2007), e di cui si è ampiamente detto: quello cioè di una società che svolge attività strumentale di diritto privato nell'interesse di una pubblica amministrazione⁷². Tuttavia, la valutazione del Giudice

concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà, esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte le stazioni appaltanti, tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento”. Per un commento critico alla sentenza di cui si discute si veda: S. COLOMBARI, *Le società a partecipazione pubblica e la loro appartenenza a modelli e regimi diversificati. Nota critica A consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁷² Sul tema dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione si veda M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 2°, Milano, 1993, pag. 138; E. CANNADA-BARTOLI, *Trattativa privata e disciplina privatistica*, (nota a) Cons. di Stato, Sez. IV, 9 gennaio 1996, n. 41, in *Giur. It.*, Parte III, 1997, pag. 497.

amministrativo su richiamata non appare corretta allorché venga attribuita indistintamente ad ogni tipo di società mista, anche a quello in cui, per esempio, il socio pubblico assume le vesti di un normale azionista privato che operi nel rispetto della concorrenza. In questo caso più che parlare di società mista occorre utilizzare l'espressione di «società a partecipazione pubblico-privata», con la consapevolezza, però, che a tale categoria, come visto, corrisponde una veste giuridica ed una disciplina differente, nonostante entrambe siano società di diritto privato.

Le ragioni indicate nel paragrafo precedente circa la non applicabilità alle società c.d. di terzo grado della normativa prevista dall'art. 13, costituiscono, quindi, le basi per esprimere una valutazione critica della sentenza n. 4080 del 2008.

9. Il modello di società di cui all'art. 13 a ben vedere non è troppo lontano dal modello dell'azienda municipalizzata; ed anzi ad eccezione della sua forma privatistica lo stesso presenta le caratteristiche e le finalità proprie di questa.

In passato la stessa giurisprudenza amministrativa aveva ben evidenziato la differenza tra il “ricorso alla produzione privata, disciplinato da regole di salvaguardia della concorrenza, e

Quest'ultimo, in particolare, osserva che “se una vicenda che riguarda amministrazioni pubbliche può essere compiutamente (*bic leones*) descritta nei termini non autoritari del diritto comune, più esattamente civile, si deve applicare la disciplina derivante da siffatta ricostruzione, che esprime il rapporto giuridico e, mancando una normativa speciale e l'attribuzione ad altro giudice, la decisione delle relative controversie spetta al giudice dei diritti soggettivi. Questo significa che la qualificazione soggettiva di pubblica amministrazione non comporta necessariamente che si applichi la disciplina di diritto amministrativo, occorrendo, per applicarla, che la vicenda sia oggettivamente ricostruibile come esercizio di *pubblica potestas* e non esiga soltanto un limite, una limitazione dell'autonomia privata, ipotesi non infrequente tra privati. Quest'analisi, in linea generale, non è agevole per il rinvio ad una nozione oggettiva di attività amministrativa, a definir la quale deve soccorrere l'analisi dell'ordinamento e non l'immaginazione o il riscontro che un dato interesse sia pubblico”.

l'esercizio del potere di organizzazione sottratto ai vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato”, costituendo questi “due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione”⁷³.

Ebbene, l'art. 13 in esame non fa altro che codificare quanto per decenni la giurisprudenza amministrativa aveva già detto circa l'attività extraterritoriale dapprima delle aziende municipalizzate e poi delle società miste in generale.

Come si è visto il “territorio” era stato, sin dalla primissima giurisprudenza sul tema, individuato come limite alla attività delle aziende municipalizzate.

Successivamente tale vincolo, strettamente connesso all'ambito territoriale di riferimento, è stato per certi versi abbandonato (dalla giurisprudenza) per passare a quello del collegamento funzionale con gli interessi della collettività di riferimento.

Ora, invece, che il criterio del territorio, come vincolo all'impegno *extra moenia* della società mista, è stato con l'art. 13 cit. finalmente cristallizzato in una norma di legge, questo viene ad essere scolpito (dalla normativa in parola) nella formulazione dell'oggetto sociale “esclusivo” della stessa.

Ciò vuol dire che se prima vi erano dubbi, nonché riserve, su quella giurisprudenza che – in assenza anche di una norma di legge – precludeva l'attività extraterritoriale a quelle società il cui oggetto sociale nulla diceva a riguardo ed anzi alle volte addirittura autorizzava espressamente un'attività fuori dai propri confini di riferimento; ora, a fronte di una società con “oggetto sociale esclusivo”, costituita quindi per una specifica missione, ed al cospetto di una norma che chiaramente afferma questo, tali dubbi non potranno più esserci.

Lo stesso vale, ovviamente, stante il nuovo art. 23 *bis*,

⁷³ Così: Cons. di Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 477. Sul tema, tuttavia, si era già pronunciato il Consiglio di Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147.

comma 9, del d.l. n. 112/2008, anche per le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali.

L'essere state costituite *ad hoc* per lo svolgimento di un servizio pubblico impedisce *in nuce* che esse operino e svolgano altre attività non solo al di fuori del proprio territorio ma, a questo punto, anche all'interno dello stesso. La gara per la scelta del socio privato è a ben vedere la gara per l'affidamento del servizio stesso. La società è stata costituita per quel solo servizio e solo a tale fine può svolgere la propria attività. A tal proposito, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4080/2008, correttamente afferma che non è necessario indire "una seconda gara (oltre che per la scelta del socio privato) anche per l'affidamento del servizio, sottolineandosi come, altrimenti, l'amministrazione si troverebbe ad assumere la duplice veste di stazione appaltante e di socio di una delle società concorrenti, in palese conflitto di interessi". Sotto tale profilo, di recente, lo stesso Consiglio di Stato ha ritenuto sufficiente una sola procedura ad evidenza pubblica per il tipo di società costituita per una specifica missione, scegliendosi, appunto, con la stessa gara sia il socio sia l'affidamento del servizio⁷⁴.

Lo si ripete: appaiono chiare le similitudini tra questo modello e quello delle aziende municipalizzate⁷⁵.

Ciò detto, lo studio sulla attività extraterritoriale consente, infine, di svolgere una riflessione più puntuale sul tema generale delle società miste come modello di gestione di servizi pubblici locali e sull'opportunità che gli stessi enti locali continuino a far uso del suddetto modello.

⁷⁴ Cons. di Stato, 13 febbraio 2009, n. 824.

⁷⁵ Sul tema della azienda speciale, quale istituto tradizionale di gestione dei servizi comunali la letteratura è molto ampia. Limitandosi solo ad alcuni dei contributi più importanti: M. S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alla aziende*, in *Riv. Amm.*, 1983, pagg. 17 ss.; F. MERUSI, *Aspetti istituzionali dei rapporti economici finanziari tra i comuni e le aziende municipalizzate*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982, Vol. I, pagg. 416 ss.; D. SORACE - C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Dir. amm.*, 1996, pag. 641.

Occorre fin da subito chiarire che, sebbene qui si sia accolta una tesi che in qualche modo limita l'ambito operativo delle norme di cui all'art. 13 del d.l. 223 del 2006 e dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008 – le quali evidentemente tendono a loro volta a limitare l'operatività delle società miste – ciò non vuole dire esitare un giudizio critico nei confronti di tali modelli di gestione di cui i pubblici poteri fanno sovente uso; o, in alternativa, esprimere un giudizio favorevole sulle società miste. Ed anzi, sotto tale profilo, si condivide l'opinione di chi da tempo ha evidenziato come il modello della società mista non presenti né “i vantaggi della gestione dei servizi operata direttamente dall'ente che ne è titolare (soluzione interna), né i vantaggi di una effettiva esternalizzazione”⁷⁶.

Si ritiene, al contrario, che per giungere ad un ridimensionamento del “fenomeno” non ci si può ancorare a norme di legge la cui formulazione non appare (a dir poco) chiara. Occorre, evidentemente, una disciplina organica relativa alla gestione dei servizi pubblici locali, cominciando proprio da una compiuta revisione del t.u. degli enti locali. In questo senso si ritiene che previsioni come quella contenuta al comma 11 dell'art. 23 *bis* “l'art. 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo” non siano in alcun modo compatibili con una riforma organica della disciplina. In altri termini, non è estendendo in chiave interpretativa l'applicazione della disciplina contenuta nelle più recenti disposizioni di legge (e, segnatamente, negli artt. 13 e 23 *bis* cit., che, come si è visto, si prestano a più letture) che si riesce ad espungere dal nostro ordinamento tali forme di gestione di servizi e di attività.

⁷⁶ Così F. G. COCA, *Gli affidamenti diretti sotto la scure del Giudice amministrativo*, in *Dir. Pratic. Amm.*, n. 4/2008, pagg. 10 ss. L'Autore, chiarisce che la società mista quale forma istituzionale di partenariato pubblico - privato può degenerare in sprechi ed abusi, che contraddica il principio di concorrenza, e si risolve, infine, in un (prevedibile quanto) ingiustificato aumento dei costi dei servizi pubblici (pag. 14).

La considerazione sull'opportunità o sulla necessità che le società miste continuino ad esistere, non può essere peraltro correttamente argomentata ed affrontata senza prima valutare a fondo il ruolo degli enti territoriali in rapporto ai servizi pubblici locali.

Perspicua dottrina, già a partire dai primi anni '90, ha posto in luce come una vasta gamma di attività, talune delle quali aventi più spiccatamente i caratteri di servizio pubblico, possono essere svolte dalle amministrazioni pubbliche⁷⁷.

Quando i pubblici poteri decidono di svolgere una ordinaria attività di impresa sono, alla pari dei privati, soggetti alle comuni regole della libera concorrenza e del mercato. In questo caso la nozione di servizio pubblico assume un significato metagiuridico più che giuridico; nel senso che la nozione giuridica del termine, presupponendo un'attività "rispetto alla quale un soggetto pubblico svolge in quanto tale un ruolo determinate"⁷⁸, richiede sempre che l'ente pubblico si impegni ad assicurare ai cittadini la fruizione di certi servizi con determinate caratteristiche qualitative e di prezzo, ossia garantendo che saranno forniti secondo il programma e le tariffe da esso stabiliti.

Allorché, invece, l'ente pubblico decida di esercitare un'attività avente i caratteri del servizio pubblico in senso metagiuridico potrà farlo nel rispetto dei caratteri privatistico-imprenditoriali dell'attività in questione, astenendosi in particolare dall'influenzare la gestione di quest'ultima.

È bene precisare che, comunque, la decisione pubblica di promuovere o partecipare a simili iniziative di natura imprenditoriale deve corrispondere e soddisfare gli interessi

⁷⁷ D. SORACE, *Note «sui servizi pubblici locali» della prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati, op. cit.* pag. 1140. Lo stesso Autore, in seguito, ha ripreso il suo pensiero in: *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni, op. cit.*, pag. 51 ss.; ID., *Relazione di sintesi*, in *Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, (Varenna 21-23 settembre, 1995), Milano, 1997, pagg. 351 ss.

⁷⁸ Così, D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni, op. cit.*, pag. 52.

pubblici; e nel caso degli enti locali gli interessi pubblici della collettività di riferimento. L'attività, in breve, deve essere pur sempre funzionale all'esigenza degli interessi (pubblici) che giustificano l'esistenza dell'ente stesso. In questo caso (come si è già detto *supra* § 2.2.), occorre valutare la capacità giuridica dell'ente locale nonché i suoi limiti. Nel senso che se è ben possibile, in linea astratta, che un ente locale decida (per esempio) di costruire automobili oppure far volare aerei, occorre poi valutare in concreto quanto questo sia compatibile con i propri scopi istituzionali e con l'interesse pubblico, posto che (nonostante la vigenza di normative che vietano questo) lo statalismo è sempre in agguato, magari con la complicità della crisi economica.

Ed in questa prospettiva, l'interesse pubblico può sorgere dal fatto che in un determinato mercato manchino del tutto imprese del genere o che vi sia un mercato scarsamente efficiente, ed allora i pubblici poteri – ed in particolare gli enti locali – potranno legittimamente operare in quel determinato mercato sottostando, lo si ripete, alle normali regole della concorrenza.

Diversamente, invece, può accadere che l'ente locale – a fronte di un giudizio di inadeguatezza dell'impresa privata che opera sul mercato (che a sua volta può essere partecipata anche dal pubblico) – decida di “provvedere alla gestione dei servizi pubblici (cioè, col linguaggio del t.u. del 1925, «assumer(n)e...l'impianto e l'esercizio diretto») determinando così secondo criteri pubblicistici le condizioni della produzione e quindi dell'offerta di servizi”⁷⁹.

Può accadere infatti che, se si lasciasse al mercato la produzione dei servizi, la domanda della comunità potrebbe rimanere insoddisfatta; e ciò sia nel caso che nessun operatore possa prestare quel determinato servizio (perché non è sufficientemente remunerativo o conveniente), sia nel caso che la prestazione di certi beni o servizi debba avvenire senza interruzioni e senza discriminazioni rispetto ai bisogni della comunità. Per questo l'ente locale assume il compito di fornitore ovvero di

⁷⁹ D. SORACE, *Note «sui servizi pubblici locali» della prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati, op cit.* pag 1147.

*provider*⁸⁰.

Alla luce, pertanto, di questa riflessione ciò che emerge è che, sia nel caso in cui il pubblico potere decida di svolgere un'attività di servizi peraltro in senso metagiuridico, sia in quello in cui lo stesso decida, invece, di assumere un servizio pubblico (inteso in senso giuridico), l'intervento dello stesso nell'economia deve sempre avvenire nel rispetto del principio di "sussidiarietà", "il che significa peraltro che non solo la decisione di assumere la gestione pubblica dell'attività ma anche quella di continuarla non sarebbe legittima, e quindi tale gestione dovrebbe essere dimessa, ove il principio non fosse rispettato"⁸¹.

Ed invero, l'apertura effettiva al mercato della concorrenza presuppone, da un lato, che l'amministrazione abbandoni una volta per tutte le proprie logiche di potere, dall'altro, che si crei realmente un processo di liberalizzazione nell'interesse degli operatori.

Ciò vuol dire che, di regola, i pubblici poteri, ed in particolare gli enti territoriali, devono svolgere, in rapporto ai servizi pubblici, funzioni di regolazione onde garantire al cittadino la vigilanza, la programmazione ed il controllo del servizio stesso; lasciando, viceversa, la gestione e l'erogazione agli imprenditori del settore⁸².

⁸⁰ G. CORSO, *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in *Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, (Varenna 21-23 settembre, 1995), Milano, 1997, pagg. 21 ss.

⁸¹ D. SORACE, *op. ult. cit.* pag. 1149.

⁸² In questo caso uno degli istituti mediante il quale è possibile regolamentare i rapporti tra ente locale e soggetto affidatario del servizio pubblico è rappresentato dal contratto di servizio. Sul punto si veda: M. MAZZAMUTO, *Concorrenza e modelli di gestione dei servizi pubblici locali: il caso paradigmatico dei trasporti*, in *Nuove autonomie*, n. 4/5, 2000, pagg. 569 ss.; M. CAPANTINI, *Contratto di servizio e affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.* n. 3/4 pagg. 801 ss; M. D'ORSOGNA-A. ERSPAMER, *Il contratto di servizio*, in S. Mangiameli, *I servizi pubblici locali*, *op. cit.*, pagg. 219 ss. Sul tema, invece, delle funzioni di regolazione da parte dello Stato si veda: C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, n. 2, pag. 430; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*,

La partecipazione del pubblico – quale gestore del servizio – sarà legittimo (nei limiti del rispetto del principio di sussidiarietà), laddove tale intervento sia realmente e strettamente necessario a soddisfare un preciso interesse pubblico che altrimenti rimarrebbe insoddisfatto.

Solo ragionando in tali termini si può evitare che il modello della società mista continui ad essere una “greppia partitica e burocratica”⁸³.

Abstract

Il saggio affronta il tema, più volte dibattuto sia in giurisprudenza sia in dottrina, dell’attività extraterritoriale delle società miste. In particolare, il problema dell’ammissibilità di tale attività si pone alla luce dell’art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito con la legge n. 248 del 2006.

Lo studio è condotto attraverso la ricostruzione del modello generale della società mista ed il vaglio della sua ammissibilità nel nostro ordinamento; ciò attraverso la disamina della disciplina di diritto positivo, a partire da quella contenuta nell’art. 35 della l. n. 448 del 2001, fino a quella di cui all’art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

L’esito dell’indagine conduce a ritenere che la società mista, quale modello di gestione dei servizi pubblici locali, si configuri in realtà in una pluralità di modelli astratti cui corrisponde – per ciascuno – l’applicabilità di una diversa disciplina. Ogni modello è brevemente analizzato e, attraverso tale analisi si giunge a ritenere che solo la

Roma-Bari, 1995; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002. Circa poi i profili relativi la giurisdizione del giudice amministrativo sui contratti stipulati tra l’amministrazione e le imprese vincitrici della procedura ad evidenza pubblica si veda E. FOLLIERI, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro amm. TAR*, 2004, pagg. 2756 ss.

⁸³ Cons. di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080.

società mista ad oggetto sociale esclusivo, costituita *ad hoc* per lo svolgimento di un determinato servizio pubblico, in cui il socio privato, scelto mediante una procedura ad evidenza pubblica, riveste il ruolo di “socio imprenditore”, sia sottoposta alla disciplina di cui all’art. 13 del d.l. n. 223/2006. Ed, infatti, a tale tipologia di società mista è dalla norma fatto divieto di operare al di fuori dei confini territoriali di riferimento. Peraltro, l’essere stata costituita *ad hoc* per lo svolgimento di un servizio pubblico impedisce *in nuce* che operi e svolga altre attività non solo al di fuori del proprio territorio ma, a questo punto, anche all’interno dello stesso. La gara per la scelta del socio privato è a ben vedere la gara per l’affidamento del servizio stesso; la società è stata costituita per quel solo servizio e solo a tale fine può svolgere la propria attività.

A tali considerazioni si giunge attraverso l’esame delle più recenti pronunce del giudice amministrativo e del giudice delle leggi, nonché (e soprattutto) attraverso un’interpretazione letterale dell’art. 13 del d.l. n. 223/2006; tale interpretazione porta, infine, ad escludere l’estensione della disciplina di cui all’art. 13 anche alle società c.d. di terzo grado.