

LE SOCIETÀ A CAPITALE MISTO ALLA LUCE DEGLI ULTIMI INTERVENTI NORMATIVI. *di Roberto Chieppa**

1. Premessa: dal tramonto del sistema delle partecipazioni statali allo sviluppo a livello locale delle società a partecipazione pubblica. 2. Incidenza dell'ordinamento comunitario sulle società a partecipazione pubblica. 3. La giurisprudenza interna sulle società miste. 4. Società miste e diritto comunitario. 5. L'affidamento dei servizi pubblici locali a società miste. 6. I limiti alla costituzione e all'operatività delle società miste negli ultimi interventi del legislatore italiano. 7. Conclusioni.

1. Premessa: dal tramonto del sistema delle partecipazioni statali allo sviluppo a livello locale delle società a partecipazione pubblica.

La presenza pubblica nell'economia è stata tradizionalmente maggiore negli Stati europei rispetto ad altri ordinamenti, come ad esempio quello statunitense.

Negli stati europei vi è stato un massiccio intervento dello stato nell'economia e quando questo modello dirigistico è entrato in crisi, unitamente alla crisi dello Stato sociale, si è manifestata l'esigenza di una drastica riduzione della presenza pubblica nell'economia con l'introduzione, o il tentativo di introduzione, di un modello neo-liberista, caratterizzato da un processo di privatizzazione dei settori economici in mano pubblica.

Tale processo di privatizzazione è stato accompagnato dalla attribuzione di poteri regolatori ad autorità indipendenti, a cui sono stati attribuiti compiti di regolazione e di vigilanza sui mercati.

A differenza del modello statunitense, dove si è passati dall'assenza di disciplina del mercato alla *regulation*, in Europa da una eccessiva regolamentazione amministrativa si è passati ad una meno incisiva regolazione diretta ad incidere nei settori aperti a varie forme di privatizzazione.

E' noto come in tale processo la privatizzazione sia stata inizialmente solo formale, con la sostituzione di s.p.a. in mano pubblica ad enti o altri soggetti pubblici e si sia passati in seguito a forme di privatizzazione sostanziale, in cui il pacchetto azionario delle s.p.a è passato, in tutto in parte, in mano privata.

All'esito di tale processo sono restatesi diverse società partecipate dalle amministrazioni in modo totalitario o maggioritario e, in quest'ultimo caso il partenariato pubblico – privato ha assunto finalità e forme eterogenee.

Nello stesso tempo, il tramonto del sistema delle partecipazioni statali ha visto lo sviluppo di fenomeni di presenza pubblica nell'economia in ambito locale, specialmente nel settore dei servizi pubblici, a conferma del fatto che il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali è stato – e continua ad essere – travagliato e irto di difficoltà.

* L'articolo è stato redatto a seguito della relazione al Convegno di Bologna del 23 gennaio 2010 su "Le società a partecipazione pubblica", organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato.

Spesso si afferma che i servizi pubblici locali sono caratterizzati da una progressiva apertura al mercato; tuttavia, per comprendere il fenomeno, è utile distinguere il concetto di “concorrenza nel mercato” da quello di “concorrenza per il mercato”.

La « concorrenza nel mercato » dovrebbe consentire agli imprenditori del settore di operare contemporaneamente nel mercato rilevante ad « armi pari » riuscendo a soddisfare le esigenze della comunità amministrata. In un regime completamente liberalizzato e, quindi, di piena concorrenza, l'accesso al mercato dovrebbe essere « libero » o al più caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all'esercizio della relativa attività economica —qualora sia necessario che gli operatori presentino determinati requisiti — in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori.¹

Può accadere, però che, quando il mercato non è « completamente liberalizzato », il pieno esplicarsi della concorrenza non sia in grado di soddisfare le esigenze di « tutti » i cittadini offrendo prestazioni informate « ai principi della continuità, uguaglianza di trattamento, adattamento ai bisogni »². Da qui la necessità di un intervento pubblico che, con misure regolatorie, imponga alle imprese l'osservanza dei c.d. « obblighi di servizio » idonei ad assicurare l'erogazione di prestazioni adeguate al perseguimento degli obiettivi di « efficienza economica, di coesione sociale e di sicurezza di tutti i cittadini »³.

In presenza di tale tipologia di mercati in via di progressiva apertura alla concorrenza, ma non ancora completamente liberalizzati, gli operatori potrebbero essere presenti ancora in un numero limitato. Non potendo, pertanto, operare « tutti » i soggetti interessati, la pubblica amministrazione deve rispettare la c.d. « concorrenza per il mercato » e cioè deve « scegliere » gli imprenditori cui affidare la erogazione di quel determinato servizio mediante procedure competitive di selezione ad evidenza pubblica, in modo da assicurare l'individuazione « dell'operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e offrire il servizio migliore al minore costo »⁴.

Esistono, infine, mercati c.d « riservati » in cui l'attività di impresa è, appunto, riservata ad un solo soggetto, con conseguente esclusione della legittimazione di tutti gli altri ad assumere la qualità di imprenditori in un determinato settore. Si tratta di ambiti in cui la mancanza della «

¹ V. LOPILATO, *I servizi pubblici locali*, in R. CHIEPPA – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 737.

² R. VILLATA, *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano, 2003, 23.

³ Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003, sui servizi d'interesse generale. In questi mercati « parzialmente » liberalizzati e, dunque, non ancora pienamente concorrenziali, all'autorizzazione all'esercizio dell'attività si accompagna normalmente un contratto di servizio al fine di consentire, dietro la previsione di aiuti e diritti speciali, l'imposizione dei citati obblighi di servizio. V. F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario*, 2001, Milano, 2002, 69.

⁴ Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella segnalazione (AS 375) del 28 dicembre 2006, recante « Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. *in house* e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi ».

concorrenza nel mercato » dipende dalla esistenza di monopoli naturali o di monopoli di fatto e in questi casi normalmente è la stessa amministrazione che — attuando un intervento diretto nell'economia — gestisce il servizio.

Ma come è noto la tendenza dovrebbe essere nel senso della diminuzione dell'intervento gestorio dell'ente pubblico con conseguente ricorso a forme di privatizzazione e, dunque, di « esternalizzazione » del servizio stesso. In questi casi quando l'ente pubblico decide di rivolgersi a terzi il diritto comunitario impone che si garantisca, come detto, la « concorrenza per il mercato » ricorrendo a procedure competitive di selezione che garantiscono i risultati sopra evidenziati.

Detto ciò, deve, però, sottolinearsi come la « concorrenza per il mercato » costituisca l'obiettivo minimo che deve essere garantito quando non è possibile ottenere l'erogazione di quel determinato « servizio » in un regime di « concorrenza nel mercato ». ⁵

E' stato sostenuto che i concetti di « liberalizzazione » e « privatizzazione », per quanto siano connessi ⁶, rimangono separati: la prima presuppone un mercato « libero » e aperto a tutti gli operatori (pubblici e privati) del settore ovvero impone l'adozione di misure regolatorie (es. eliminazione di diritti speciali) idonee a garantire l'apertura del mercato; la seconda, invece, persegue l'obiettivo di far gestire il servizio ai privati evitando interventi diretti nell'economia di soggetti pubblici. Ciò implica che la liberalizzazione dovrebbe precedere la privatizzazione o almeno « accompagnarla »: se si privatizza senza liberalizzare il rischio è quello di sostituire a monopoli pubblici monopoli privati. In altri termini, se il mercato rimane « riservato », l'amministrazione potrebbe « gestirlo » in una situazione di monopolio pubblico, ma se si rivolge a « terzi », quest'ultimi opereranno normalmente in via « riservata » dando luogo questa volta, come detto, a « monopoli privati ». In definitiva, dunque, agli interventi diretti in economia da parte dell'ente pubblico è preferibile la privatizzazione soltanto quando la stessa è preceduta o almeno accompagnata da un processo di liberalizzazione. ⁷

Prendendo come riferimento il già citato settore dei servizi pubblici locali, fin dal primo riconoscimento positivo nella legge 29 marzo 1903, n. 103 recante « Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni » (c.d. « legge Giolitti »), i modelli di gestione furono tre:

⁵ In questo senso, V. LOPILATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 738.

⁶ V. G. CORSO, voce « Liberalizzazione amministrativa ed economica », in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. IV, Milano, 2006, 3493.

⁷ V. sempre V. LOPILATO, *I servizi pubblici locali*, cit., 739.

gestione diretta in economia da parte dell'ente locale ⁸; gestione a mezzo di aziende municipalizzate ⁹; affidamento a privati mediante concessione. ¹⁰

Fino alla riforma degli anni '90 esisteva una gestione sostanzialmente pubblica del settore, attraverso soprattutto un largo impiego delle aziende municipalizzate. Quando si ricorreva allo strumento concessorio, dunque a terzi privati, non venivano rispettate le regole dell'evidenza pubblica: il concessionario non era, infatti, individuato in seguito ad un confronto concorrenziale con altri soggetti, ma era individuato direttamente dalla legge oppure su base fiduciaria. Dunque, nessuna "concorrenza *per e nel* mercato".

Nel corso degli anni novanta, a partire dall'entrata in vigore della legge n. 142/1990, la materia dei servizi pubblici è stata oggetto di profondi cambiamenti, costituiti, oltre che dalla trasformazione della vecchia azienda municipalizzata in azienda speciale (ente pubblico economico funzionalmente legato al Comune ma dotato di personalità giuridica), dalla previsione dello strumento della società per azioni, quale ulteriore modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

Come detto in precedenza, proprio nel momento in cui il sistema delle partecipazioni statali tramontava, o comunque veniva drasticamente ridotto a livello nazionale, venivano posti i presupposti per un ampio ricorso a livello locale dello strumento delle società pubbliche.

Si registrava ancora una situazione caratterizzata all'assenza di effettive misure di liberalizzazione ("concorrenza nel mercato"), e di adeguate forme di "concorrenza per il mercato". La riforma del 1990 aveva, infatti, tra l'altro, previsto, l'affidamento diretto della gestione del servizio a società miste maggioritarie e minoritarie. Le regole dell'evidenza pubblica erano imposte dal legislatore soltanto per la scelta del socio di maggioranza e desunte in via di interpretazione per la scelta del socio di minoranza.

Alcuni passi in avanti derivanti dall'entrata in vigore dell'art. 35 della legge n. 448/2001¹¹ sono stati successivamente ridimensionati con la riforma del 2003 (art. 14 del D.L. n. 269/2003,

⁸ Nella gestione in economia l'ente locale non conferiva l'attività ad un soggetto esterno, ma ricercava all'interno della propria organizzazione l'organo o l'ufficio cui attribuire il compito di erogazione del servizio.

⁹ Il modello di azienda delineato dalla legge presentava, però, alcuni tratti che ne rendevano macchinoso il funzionamento: in particolare, questa era priva di personalità giuridica e quindi non disponeva della proprietà dei propri mezzi e del proprio patrimonio, con conseguenze rilevanti sul piano della autonomia e della funzionalità.

¹⁰ Per quanto fosse prevista quest'ultima modalità gestionale di « esternalizzazione » del servizio, il sistema si caratterizzava per la sua valenza essenzialmente pubblicistica. La finalità della legge fu anzi proprio quella di eliminare gli effetti negativi che aveva prodotto in passato il monopolio del privato concessionario (così F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 39) attraverso il ricorso ad un largo e diffuso impiego del metodo delle municipalizzazioni che sostanzialmente dava vita ad una gestione monopolistica pubblica da parte dell'ente locale (M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, t. III, Milano, 2003, 2584, mette in evidenza come mediante la gestione attraverso le aziende municipalizzate si intendeva dimostrare l'efficienza dell'intervento dell'ente pubblico come produttore).

conv. in legge n. 326/2003), con cui sono state rafforzate le forme di affidamento diretto di gestione del servizio locale attraverso il modello gestionale della società totalitaria pubblica e della società mista.

2. Incidenza dell'ordinamento comunitario sulle società a partecipazione pubblica.

Nel paragrafo precedente è stato evidenziato come, a partire dagli anni novanta, il legislatore italiano abbia incentivato lo sviluppo a livello locale di società a partecipazione pubblica, senza mai distinguere nettamente la fattispecie della partecipazione pubblica totalitaria da quella delle società miste pubblico – privato.

Possono essere individuate due ragioni di tale fenomeno:

a) una positiva, legata ai vantaggi a volte derivanti dalla maggiore duttilità dell'utilizzo degli strumenti di diritto privato nel perseguimento dell'interesse pubblico;

b) una negativa e di evidente contenuto patologico, costituita dalla fuga dai controlli e dai vincoli pubblicistici (responsabilità amministrativa; concorsi, appalti, evidenza pubblica).

Tale situazione ha poi subito l'influsso del diritto comunitario, che – come è noto – mira a tutelare e a valorizzare la concorrenza, al fine della creazione di un mercato unico economico, ispirato ai principi della libertà di stabilimento, della libera circolazione dei capitali e dei servizi e della non discriminazione in base alla nazionalità.

L'obbligo di seguire una procedura di gara per la scelta del contraente della p.a. non è stato certo introdotto nel nostro ordinamento dal diritto comunitario, essendo la normativa nazionale che disciplina l'evidenza pubblica già contenuta nella legge di contabilità dello Stato del 1923.

Tuttavia, in quel caso l'obbligo dell'evidenza pubblica assolveva una funzione di tutela dei soli interessi dell'amministrazione ed aveva la finalità di consentire alla stazione appaltante di stipulare il contratto migliore alle condizioni economiche più favorevoli. L'interesse dei contraenti alla corretta valutazione delle proprie offerte nell'ambito di una procedura correttamente gestita era considerato un interesse indirettamente tutelato.

La disciplina posta dalle direttive comunitarie si pone, invece, come strumentale all'attuazione delle libertà riconosciute dal Trattato. Tali libertà sarebbero, infatti, meramente virtuali se vi fossero delle discriminazioni fondate sulla nazionalità, tali da precludere agli imprenditori esteri la partecipazione a procedure di appalto indette nel territorio nazionale e, quindi, la possibilità di fruire di importanti opportunità economiche.

¹¹ Vedi, ad es., la previsione della separazione della proprietà della rete, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali dalla gestione del servizio e la previsione della necessità sempre ed in ogni caso della gara pubblica per la scelta del soggetto erogatore.

Nel settore degli appalti e delle concessioni, la concorrenza viene tutelata obbligando la P.A. ad una procedura caratterizzata dalla pubblicità e dall'obbligo di valutazione comparativa di tutte le offerte presentate. Tale obbligo trova la sua giustificazione nel fatto che l'amministrazione, a differenza dei soggetti privati, non agisce per fini di lucro e secondo logiche di mercato e vi è quindi il forte rischio che nelle proprie scelte contrattuali possa essere influenzata dalla nazionalità e dalla vicinanza clientelare piuttosto che da criteri di efficienza e di competitività.

Oggi, quindi, con l'avvento del diritto comunitario, l'obbligo di evidenza pubblica è diretto non più e non tanto a tutelare l'interesse finanziario dell'Amministrazione (spendere bene il denaro e quindi selezionare l'offerta più conveniente), ma a tutelare l'interesse delle imprese al rispetto della concorrenza.

Rispetto a tali principi e a tali obblighi, la Corte di Giustizia ha avvertito il rischio che l'utilizzo dello strumento dell'affidamento della gestione di servizi a società pubbliche potesse costituire un freno allo sviluppo del modello concorrenziale e ha posto dei limiti a tali affidamenti diretti, che ha nel corso degli ultimi anni progressivamente irrigidito.

Tali limiti hanno riguardato le società pubbliche c.d. "in house". L'espressione *in house providing* identifica il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: questa, infatti, acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (c.d. esternalizzazione) e dunque al mercato.

La Corte di giustizia – con la sentenza Teckal del 18 novembre 1999, C-107/98 - ha affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui concorrano i seguenti elementi:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi;
- b) il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che la p.a. ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture.

Come già accennato, i giudici comunitari hanno progressivamente precisato (e ristretto) i presupposti per il ricorso allo strumento delle società in house, attraverso l'affermazione dei seguenti principi:

- i requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, devono essere interpretati restrittivamente;¹²

- per configurare il "controllo analogo", è necessaria la partecipazione pubblica totalitaria, dovendo escludersi il controllo analogo in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato;¹³

- sempre per configurare il "controllo analogo", la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria, ma non sufficiente¹⁴, in quanto servono maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile: il CdA della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale, dovendo le decisioni più importanti essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante; l'impresa non deve aver «acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo» dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società;¹⁵

- in astratto è configurabile un "controllo analogo" anche nel caso di partecipazione pubblica indiretta, in cui il pacchetto azionario non è detenuto direttamente dall'ente pubblico, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (c.d. *holding*) posseduta al 100% dall'ente medesimo (una tale forma di partecipazione è, quindi, in astratto compatibile, ma affievolisce il controllo analogo);¹⁶

- sono compatibili con il diritto comunitario gli affidamenti *in house* a società, il cui capitale sociale è detenuto non da un solo ente pubblico ma da più enti locali che possono possedere anche quote di diversa consistenza, potendo il controllo analogo essere esercitato congiuntamente dagli enti;¹⁷

- per configurare il modello "in house", è inoltre necessario il requisito della prevalenza dell'attività: la società deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (non vi è una percentuale di attività predeterminata per raggiungere una soglia per l'applicabilità del requisito e, secondo un criterio non solo quantitativo, ma anche qualitativo, le prestazioni dell'impresa devono essere «sostanzialmente destinate in via esclusiva» all'ente pubblico o, per meglio dire, in via "principale" e «ogni altra attività» deve avere «solo un carattere marginale»; tuttavia, le prestazioni non devono essere

¹² Corte di Giustizia 6 aprile 2006 C-410/04.

¹³ Corte di giustizia, 11 gennaio 2005 C-26/03 Stadt Halle.

¹⁴ Corte di giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04.

¹⁵ Corte di giustizia, sentenza 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen; nello stesso senso Corte di giustizia, sentenza 10 novembre 2005, C-29/04, c.d. Mödling o Commissione c/ Austria

¹⁶ Corte di giustizia 11 maggio 2006, C-340/04, cit..

¹⁷ Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, C-324-07, *Coditel Brabant SA*.

necessariamente destinate all'ente di riferimento, ma possono essere indirizzate anche agli utenti, in quanto il fatturato determinante prodotto dall'impresa «è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni¹⁸).

3. La giurisprudenza interna sulle società miste.

I sopraindicati principi comunitari, prontamente recepiti e applicati dalla giurisprudenza interna, hanno decisamente ristretto le ipotesi di affidamenti diretti a società a partecipazione pubblica totalitaria, lasciando tuttavia aperta la questione degli effetti di tale orientamento sulle società miste.¹⁹

Dopo le menzionate pronunce del giudice comunitario, è stata prospettata una prima tesi, secondo cui non sarebbero mai consentiti gli affidamenti diretti a società miste, anche se a prevalente partecipazione pubblica e anche se la scelta del socio privato sia stata effettuata mediante gara ad evidenza pubblica. L'amministrazione che intenda affidare il servizio alla società da essa costituita dovrebbe comunque svolgere una seconda gara, non essendovi alternativa tra l'affidamento a terzi mediante gara e l'affidamento diretto ad ente o società in house.²⁰

Secondo, invece, un opposto indirizzo, la società mista può essere sempre affidataria diretta dei servizi, alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive.²¹

E' poi prevalsa una terza tesi, secondo cui la non riconducibilità del modello organizzativo della "società mista" a quello dell'in house providing non implica, di per sé, la esclusione automatica della compatibilità comunitaria della diversa figura della società mista a partecipazione pubblica maggioritaria in cui il socio privato sia scelto con una procedura di evidenza pubblica.

Viene escluso che per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto di un servizio alla società mista; parimenti non è ritenuta condivisibile neanche l'opposta tesi, secondo la quale la giurisprudenza

¹⁸ Corte di giustizia, 11 maggio 2006, in causa C-340/04.

¹⁹ Sulle società miste, vedi: M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato*, in *Corr. Giur.*, 2007, 893; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II, 157; F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. Econ.*, 2005, 239.

²⁰ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 27 ottobre 2006 n. 589.

²¹ Cons. Stato, V, 18 settembre 2007 n. 4862.

comunitaria in materia di in house comporta anche l'incompatibilità assoluta con i principi comunitari, in qualunque caso, dell'affidamento a società miste.

L'orientamento, espresso per la prima volta dal Consiglio di Stato in sede consultiva²², ritiene ammissibile il ricorso alla figura della società mista quantomeno nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un "affidamento diretto", ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società.

In particolare, può essere consentito l'affidamento ad una società mista 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.

Nella sostanza, viene tracciata la distinzione tra società in house e società mista, per la quale la presenza del capitale privato esclude in radice la sussistenza dei presupposti per l'in house e l'utilità di ogni verifica diretta ad accertare tali presupposti

La differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale (in ragione del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'amministrazione stessa), mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza.

In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere (delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto).

Devono, quindi, sussistere due diversi presupposti:

a) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, che è un "socio industriale od operativo", che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso;

²² Cons. Stato, II, 18 aprile 2007 n. 456.

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

La soluzione consente da un lato di evitare che attraverso la costituzione delle società miste si possa aggirare la normativa comunitaria, come avverrebbe in caso di società miste “aperte”, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l’erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico.

Dall’altro lato, si evita di irrigidire i modelli gestionali, posti a disposizione della p.a., a cui non è precluso di definire forme di “partenariato pubblico-privato”.

Tale soluzione ha registrato una condivisione solo parziale da parte dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2008, che forse non ha inteso sbilanciarsi su una questione (all’epoca) ancora non affrontata dai giudici comunitari, ma è stata poi seguita dalla successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato.

E’ stato ribadito che le condizioni che possono legittimare il ricorso al c.d. "partenariato pubblico/privato", e lo svolgimento di una unica gara per la individuazione del socio privato e per l’affidamento del servizio, senza impingere nelle esigenze di tutela della concorrenza affermatesi in ambito comunitario e traslate nel sistema normativo nazionale, sono le seguenti: 1) che esista una norma di legge che autorizzi l’amministrazione ad avvalersi di tale "strumento"; 2) che il partner privato sia scelto con gara; 3) che l’attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell’autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima; 4) che la gara (unica) per la scelta del partner e l’affidamento dei servizi definisca esattamente l’oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati"); 5) che la selezione della offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell’offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; 6) che il rapporto instaurando abbia durata predeterminata.²³

4. Società miste e diritto comunitario.

²³ Cons. Stato, VI, 16 marzo 2009 n. 1555.

Come indicato in precedenza, è risultata minoritaria la tesi secondo cui la giurisprudenza comunitaria in materia di *in house providing* avrebbe messo, in punto di fatto, la parola fine alle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali ²⁴.

Era, invece, stato correttamente sottolineato come la giurisprudenza comunitaria non si fosse occupata della conformità al diritto europeo di un affidamento diretto del servizio pubblico locale a società che, pur essendo costituita in parte da capitale privato, abbia, però, scelto il socio privato tramite procedura di evidenza pubblica ²⁵.

Le istituzioni comunitarie si sono occupate in modo approfondito per la prima volta del problema delle società miste con la “Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati” ²⁶.

In tale occasione la Commissione ha avvertito l'esigenza di chiarire l'applicabilità del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni nel caso dei partenariati pubblico-privati cosiddetti "istituzionalizzati" (PPPI).

Per partenariato pubblico-privato istituzionalizzato la Commissione intende la cooperazione tra partner pubblici e privati che costituiscono un'entità a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni. L'apporto privato alle attività del PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità. Al contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un PPPI.

²⁴ Cfr. R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. Amm.*, n. 1/05, 193: « (...) sancendo l'illegittimità di un affidamento diretto, il giudice comunitario ha reso, se non palesemente illegittima, ma quanto meno impraticabile, la disposizione di cui all'art. 113, comma 5, lett. b), in quanto (...), per il connubio tra impresa privata e ente locale ha una sua ragione di essere solo se è garantito l'affidamento del servizio, in quanto i costi di costituzione e di gestione di una società spingeranno le amministrazioni locali o a gestire direttamente il servizio attraverso una società interamente partecipata ovvero ad optare forme chiare di esternalizzazione attraverso la selezione del gestore tramite gara, in attuazione delle norme europee che regolano gli appalti e le concessioni ».

²⁵ Cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., 299, secondo cui non sarebbe possibile desumere la illegittimità comunitaria delle società miste locali alla luce delle affermazioni contenute nelle riportate sentenze della Corte di giustizia. Il modello gestionale in esame si collocherebbe, infatti, al di fuori della problematica dell'*in house providing*; v. anche C. E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 343. M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 125-126, mette in evidenza come non si possa ritenere che « la procedura selettiva del socio giustifichi affidamenti atemporali o di durata irragionevole. Si possono dunque immaginare due soluzioni. Si potrà definire fin nelle regole di gara un periodo di affidamento del servizio, allo scadere del quale dare corso allo scioglimento della società, oppure si potrà stabilire che, terminato il periodo predefinito, la società rimarrà in vita e si provvederà ad una nuova gara per l'individuazione del socio. In quest'ultimo caso, il bando originario dovrà prevedere, in capo all'aggiudicatario, un obbligo a cedere le proprie azioni o le proprie quote al vincitore della selezione successiva, ad un prezzo determinato fin dall'origine ovvero stabilito al momento della nuova gara in base a parametri oggettivi o ad opera di un arbitratore ».

²⁶ Pubblicata in Gazzetta ufficiale n. C 091 del 12/04/2008 pag. 0004 – 0009.

Concretamente l'instaurazione di un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato può avvenire attraverso: a) la costituzione di una nuova impresa il cui capitale è detenuto congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dal partner privato (in alcuni casi, da più amministrazioni aggiudicatrici e/o più partner privati), e nell'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a tale entità a capitale misto di nuova costituzione; b) la partecipazione di un partner privato a un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione "interna".

La Commissione riconosce che l'incertezza giuridica che regna attorno alla partecipazione di partner privati ai PPPI può nuocere al successo della formula, in quanto il rischio di dar vita a strutture basate su contratti che successivamente possono rivelarsi non conformi al diritto comunitario può anche dissuadere le autorità pubbliche e i soggetti privati dal costituire partenariati pubblico-privati istituzionalizzati.

Premesso che a livello comunitario non esiste una normativa specifica sulla costituzione dei PPPI ed escluso che si possa rientrare nel concetto di in house providing, la Commissione ha ritenuto che una doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPPI, e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile.

Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura, la Commissione ha indicato la seguente procedura: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto.

La Commissione non esclude che nel periodo di validità del rapporto contrattuale possa sopravvenire l'esigenza di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico, ma tale possibilità di adeguamento dovrà essere espressamente prevista nel bando di gara o nel capitolato d'onori, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piano di parità nel momento della formulazione dell'offerta. Mentre, qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista nel capitolato d'onori impone di ricorrere a una nuova procedura di gara.

La soluzione proposta dalla Commissione è molto simile a quella espressa dal Consiglio di Stato a partire dal citato parere n. 456/07 delle II Sezione e ha trovato di recente condivisione da parte della Corte di Giustizia.

Con sentenza del 15 ottobre 2009 la Corte di Giustizia si è espressa a seguito di un rinvio pregiudiziale disposto da un Tar italiano in una controversia, avente ad oggetto una fattispecie in cui la gestione di un servizio pubblico era stata affidata ad una società mista con socio privato individuato con gara e con contestuale affidamento del servizio e dopo l'aggiudicazione la gara era stata annullata per una presunta incompatibilità con il diritto comunitario dello strumento dell'affidamento a società mista.²⁷

La Corte di Giustizia, dopo aver ribadito la distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessione di servizi pubblici²⁸, ha condiviso le considerazioni svolte dalla Commissione circa l'inutilità di una doppia gara e ha ritenuto l'ammissibilità dello svolgimento in unico contesto di una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione.

A tal fine, le amministrazioni dovranno, fin dalla predisposizione degli atti della gara per la scelta del socio privato, porsi il problema di come consentire alla scadenza del contratto l'eventuale svolgimento di una nuova gara per la scelta di un nuovo socio.

Non è sufficiente delimitare temporalmente l'affidamento, ma è necessario prevedere un obbligo di cessione della quota del socio privato a condizioni predeterminate all'eventuale nuovo socio, individuato sempre con gara.

5. L'affidamento dei servizi pubblici locali a società miste.

La svolta giurisprudenziale avvenuta in sede comunitaria ha avuto delle immediate ripercussioni sulla disciplina dei servizi pubblici locali.

²⁷ Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset; in senso conforme alla sentenza anche le conclusioni dell'avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 2 giugno 2009.

²⁸ La differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi (v., in particolare, sentenza 10 settembre 2009, causa C 206/08, WAZV Gotha). «Un appalto pubblico di servizi» ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi (v., in particolare, sentenza 13 ottobre 2005, causa C 458/03, Parking Brixen,). Si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (v., in particolare, sentenze 13 novembre 2008, causa C 437/07, Commissione/Italia). Peraltro, anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall'ambito applicativo delle direttive 2004/18 e 2004/17, le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale, e il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare e sono, quindi, tenute a svolgere procedure di evidenza pubblica, benché caratterizzate da una minore rigidità di quelle relative agli appalti pubblici di forniture, servizi o lavori.

L'affidamento dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica trova oggi la sua disciplina nell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 (conv. in l. n. 133/2000) che ha abrogato l'art. 113 TUEL per la parte incompatibile con la nuova disciplina (comma 11). La nuova norma si applica a tutti i servizi pubblici locali e prevale sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

Nella sua originaria formulazione, l'art. 23-bis prevedeva la procedura ad evidenza pubblica quale unica modalità ordinaria per l'affidamento di tali servizi. La norma prevedeva che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi del Trattato CE e dei principi generali dei contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità (art. 23-bis, comma 2).

In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, il successivo comma 3 disponeva che, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, ambientali, sociali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento potesse avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

Sia l'affidamento in house che quello a società miste dovevano ritenersi rientrare nella previsione di cui al citato comma 3 dell'art. 23-bis, ed erano quindi esperibili solo in presenza di peculiari presupposti, irrigidito – anche sotto il profilo procedimentale – dalla necessità di una adeguata motivazione fondata su una analisi di mercato e di un parere espresso dall'Autorità antitrust e dalle autorità di settore.

Le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali hanno registrato un nuovo cambiamento con l'art 15 del D. L. n. 135/2009, con cui è stato modificato proprio l'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

La principale modifica attiene alla modalità di conferimento della gestione dei servizi pubblici locali in via ordinaria, che ora non è più limitata alla selezione con gara delle imprese cui affidare il servizio, ma è estesa anche alle società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

La distinzione tra società in house e s.p.a. miste, delineata dal Consiglio di Stato nel parere della II Sezione n. 456/2007 e condivisa dalla Corte di Giustizia, è quindi ora stata recepita dal legislatore, che ha così mostrato un maggiore favor per le società miste, intese come partenariato tra pubblico e privato e a condizione che con la medesima gara venga individuato il socio privato e contestualmente affidato il servizio per un tempo determinato.

Resta eccezionale e residuale la possibilità di affidare il servizio a società in house, anche se queste sono in regola con i principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria sull'istituto. E' inoltre stata semplificata l'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in relazione al parere da esprimere sull'analisi di mercato, che le amministrazioni devono effettuare prima dell'affidamento in house: decorso il termine di 60 giorni il parere si intende favorevole e l'Autorità può individuare le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere.

E' stato anche modificato il regime transitorio con l'introduzione di una disciplina più severa, consistente nella cessazione delle gestioni in house alla data del 31 dicembre 2011; mentre per l'affidamento a s.p.a. miste, se avvenuto in conformità con l'attuale disciplina (unica gara per socio e affidamento), non c'è cessazione e resta ferma l'originaria scadenza prevista nel contratto di servizio (altrimenti, per le società miste con sola scelta del socio con gara la scadenza è fissata alla stessa data del 31 dicembre 2011).

Per le società quotate in borsa non vi è scadenza anticipata a condizione che la partecipazione pubblica, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2012 (altrimenti la gestione cessa nella stessa data).

In tutti gli altri casi le gestioni cessano alla data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

Viene inoltre confermato per le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, beneficiarie di un affidamento diretto di servizi pubblici locali, il divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, e di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, nè direttamente, nè tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, nè partecipando a gare. Il divieto opera per tutta la durata della gestione e 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 a loro affidato.

Ulteriori modifiche sono state apportate allo stesso art. 23-bis, in sede di conversione in legge del D.L. n. 135/09 (legge 20 novembre 2009, n. 166).

In particolare, per l'affidamento dei servizi pubblici locali, la cessione anticipata delle c.d. gestioni in house alla data del 31 dicembre 2011, potrà essere evitata con applicazione della scadenza ordinaria del contratto a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità previste dalla stessa norma per le società miste.

E' stato anche previsto che tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato debbano avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio».

Visti i recenti continui cambiamenti della disciplina dei servizi pubblici locali, è presto per dire se con l'ultima modifica si sia giunti ad un sufficiente grado di stabilità della normativa.

Il legislatore sembra essere passato dal precedente favor per le società pubbliche ad un atteggiamento ancora più restrittivo di quello dell'ordinamento comunitario, inizialmente esteso a tutte le partecipazioni pubbliche, e – da ultimo – limitato alle società in house, mentre nuova linfa ha trovato il modello delle società miste, delineato dalla giurisprudenza interna e comunitaria.

Fortemente restrittivo appare essere il regime transitorio, in quanto scadenze anticipate dei contratti non sono del tutto ragionevoli rispetto ad affidamenti in house, avvenuti in conformità ai principi comunitari.

Una cosa è disporre una scadenza anticipata rispetto ad affidamenti ab origine non legittimi, benché non contestati, altra cosa è imporla rispetto ad affidamenti rispettosi delle regole interne e comunitarie, ledendo in tal modo sia il principio di affidamento, che quello di certezza delle posizioni giuridiche, che assume un notevole rilievo quando sono in gioco investimenti finanziari.

Il regime transitorio è stato – solo in parte – temperato dalla possibilità di evitare le scadenze anticipate, cedendo sul mercato una quota di almeno il 40 % delle società pubbliche.

6. I limiti alla costituzione e all'operatività delle società miste negli ultimi interventi del legislatore italiano.

Il consolidamento della descritta giurisprudenza comunitaria sulle società miste è avvenuto anche grazie al contributo reso dalla giurisprudenza italiana, che ha dapprima aderito all'interpretazione poi prevalsa anche in sede comunitaria e ha poi fornito alla Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, l'occasione per fare il punto sulle società miste.

Di certo, analoghi meriti non possono essere attribuiti al nostro legislatore, che negli ultimi anni è intervenuto diverse volte sul tema, anche facendo ricorso alla decretazione d'urgenza, in modo però non sempre chiaro, oltre che caratterizzato da continui cambiamenti, in un settore – quello della costituzione delle società pubbliche – che necessiterebbe di un maggiore grado di stabilità.

Mentre in sede giurisprudenziale è ormai netta la distinzione tra società a partecipazione pubblica totalitaria “in house” e società miste, gli interventi del legislatore interno sono stati spesso caratterizzati dall'introduzione di una disciplina per le società pubbliche, riferita indistintamente alle due tipologie.

Fermo restando quanto già detto sulla disciplina dei servizi pubblici locali, l'art. 13 del d.l. n. 223/2006 (c.d. decreto Bersani, conv. in l. n. 248/2006), al dichiarato “fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori”, ha previsto che 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, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, debbono operare [esclusivamente] con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti.²⁹

La disposizione mira a limitare gli effetti distorsivi della libera concorrenza conseguenti alla partecipazione, ai pubblici appalti, di società di capitali costituite o partecipate da una regione o un ente pubblico locale per l'espletamento di determinati servizi, strumentali all'attività della stessa amministrazione di riferimento.³⁰

Il legislatore intende sostanzialmente evitare che dette società, una volta operative sul mercato, possano liberamente partecipare alle gare indette da enti diversi da quelli di riferimento; ciò perché le predette, forti dell'apporto del capitale pubblico e potendo comunque godere di un mercato protetto — quello inerente il servizio pubblico per il quale sono state istituite —

²⁹ Vedi, M. LIPARI, *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Corr. Merito*, 2007, 111.

³⁰ V. R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 159.

possono, come l'esperienza di questi ultimi anni ha dimostrato, formulare offerte estremamente competitive e « sbaragliare » l'imprenditoria privata.

La disposizione introduce pertanto divieti e limitazioni nei confronti di alcune società in mano pubblica (non solo quelle partecipate al 100% ma anche quelle *miste*), comprimendo la sfera di azione delle predette.

Tuttavia, va rilevato che la disposizione, sotto un profilo soggettivo, non si applica alle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici nazionali; aspetto questo molto criticato, specie dalle Regioni che hanno impugnato la norma innanzi alla Corte costituzionale lamentando, sul punto, una irragionevole disparità di trattamento. Con la sentenza n. 326/2008 la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità, rilevando che le norme in esame rientrano nella competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile, poiché funzionali alla definizione dei confini tra l'attività amministrativa e l'attività di impresa, soggetta alle regole del mercato, nonché nella competenza esclusiva in materia di tutela della concorrenza, in quanto finalizzate ad evitare distorsioni alla concorrenza stessa.

Sempre con riguardo al profilo soggettivo, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la disposizione si riferisce a tutte le amministrazioni pubbliche che perseguono gli interessi pubblici entro un determinato ambito territoriale e, quindi, anche agli enti locali non territoriali come, ad esempio, le Camere di commercio.³¹

Va anche rilevato che con la citata disposizione il legislatore, nei descritto ambito soggettivo di applicazione della norma, continua ad accomunare la disciplina di ogni società a partecipazione pubblica, prescindendo dal carattere totalitario o misto di tale partecipazione.

Il divieto di svolgere attività “extramoenia” e di partecipazione in altre società può avere una evidente giustificazione per le società in house, per le quali deve sussistere il requisito della prevalenza dell'attività, già descritto in precedenza, che viene qui rafforzato con il riferimento all'oggetto sociale esclusivo.

L'oggetto sociale esclusivo potrebbe essere inteso come divieto delle c.d. multiutilities, ma appare preferibile ritenere che rafforzi regola dell'esclusività evitando che dopo affidamento la società possa andare a fare altro; tuttavia, con l'ultima modifica al citato art. 13, apportata dall'art. 48 della legge n. 99/2009 è stata abrogata la parola “esclusivamente”, che era riferita nel primo comma alla necessità di operare con gli enti costituenti, partecipanti o affidanti e, quindi, la previsione dell'esclusività è oggi limitata all'oggetto sociale, e non anche all'attività svolta.³²

³¹ Cons. Stato, sez. III, parere n. 322/2007.

³² Va ricordato che secondo la richiamata giurisprudenza comunitaria, l'individuazione della parte di attività svolta dall'ente *in house* in prevalenza con l'ente o gli enti che la controllano non deve avvenire in astratto, con esclusivo

Il divieto può, inoltre, essere giustificato anche per le società miste, costituite secondo il modello delineato dalla citata giurisprudenza interna e comunitaria con contestuale scelta del socio e affidamento del servizio, in quanto anche in questo caso la società è vincolata alla specifica missione, posta a confronto concorrenziale, e non deve andare a fare altro.

Ma per tutte le altre società miste, o anche totalmente pubbliche, che non beneficiano di affidamenti diretti o comunque predeterminati a seguito di gara, non si comprende né la ragione di tale limitazione, né la giustificazione della limitazione del divieto alle sole società locali o regionali, e non anche a quelle statali.

Per tali società la limitazione della capacità contrattuale, rafforzata dalla sanzione di nullità dei contratti conclusi in violazione delle menzionate prescrizioni, appare eccessiva, oltre che non coordinata con le altre disposizioni vigenti in materia di società pubbliche, di cui si tratterà di seguito.

Per tali società, non beneficiarie di affidamenti diretti o a seguito di gara, si può porre il problema di delimitare il significato del riferimento alla produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli enti detentori del capitale.

L'esclusione di tale rapporto di strumentalità rende non applicabile il citato art. 13, ma apre una questione in relazione ad altra disposizione recentemente introdotta: l'art. 3, commi 27 e ss. della legge n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008), che ha previsto un limite di scopo per la costituzione e la partecipazione di società pubbliche.

Infatti, l'art. 3, comma 27, sancisce il principio secondo cui le Amministrazioni Pubbliche (afferenti allo Stato, alle Regioni e agli enti locali) non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni o di servizi non necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È invece ammessa la costituzione e l'assunzione di partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale.

Il comma 28 dispone che l'assunzione di nuove partecipazioni o il mantenimento delle attuali debbano essere autorizzate dall'organo competente con provvedimento motivato in ordine alla sussistenza dei presupposti indicati.

Il comma 29, infine, stabilisce che le Amministrazioni sono tenute a cedere a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27, nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica.

riferimento a quanto consentito dalla legge o dallo statuto della società, ma deve avvenire verificando la situazione effettivamente esistente al momento della stipulazione (non rileva l'oggetto sociale, ma l'attività concretamente esercitata).

La norma, quindi, introduce una limitazione alla capacità negoziale delle P.A. nell'attività imprenditoriale, collegando la possibilità di costituire o partecipare a società allo scopo istituzionale dell'ente. Come è stato rilevato essa sembra porsi in contrasto con l'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990, il quale, nel disporre che la p.a. nell'adozione degli atti non autoritativi agisce secondo le norme del diritto privato, sembra presupporre la più ampia capacità di diritto privato dell'Amministrazione.³³

A differenza dell'art. 13 del decreto Bersani, la disposizione riguarda, quindi, tutte le partecipazioni pubbliche e altra differenza è costituita dal fatto che la norma della finanziaria del 2008 non è diretta, come il precedente art. 13, a introdurre una regola di comportamento per le soavità pubbliche, ma si rivolge alle amministrazioni che detengono il capitale, limitando per il futuro la possibilità di costituire o di partecipare a società e imponendo, con riguardo alle società già esistenti, una verifica della rispondenza delle stesse alle finalità istituzionali dell'ente (per mantenere le partecipazioni le amministrazioni pubbliche devono ritenere che la partecipazione nelle s.p.a. sia necessaria per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali).

Al rigore che caratterizza sia l'art. 13 del decreto Bersani sia le norme della finanziaria del 2008 non è seguito il rispetto dei tempi, originariamente previsti per dare completa attuazione alle norme, che sono stati più volte spostati dal legislatore.

La cessazione delle attività non consentite con cessione o scorporo delle stesse era stata originariamente prevista dall'art. 13 del D.L. n. 223/2006 entro il termine di dodici mesi, che è stato prima portato a ventiquattro mesi dalla legge n. 296/2006; poi a trenta mesi dal D.L. n. 97/2008 e, infine, a quarantadue mesi da D.L. n. 207/2008 (termine che è, quindi, appena scaduto il 4 gennaio 2010 con conseguente perdita di efficacia dei contratti relativi alle attività non cedute o scorporate).

Più emblematica è la vicenda attinente al termine fissato dall'art. 3, comma 29, della legge n. 244/2007, fissato per la ricognizione da parte delle amministrazioni delle partecipazioni detenute e per la cessione di quelle non consentite.

Tale termine è nel corso del 2009 cambiato per ben quattro volte nel giro di un mese: la scadenza originaria, che era di diciotto mesi (ovvero il 30 giugno 2009), è stata dapprima prorogata al 31 dicembre 2010 dall'art. 71 della legge n. 69/2009; pochi giorni dopo anticipata al 30 settembre 2009 dal D.L. n. 79/2009, con disposizione però non convertita in legge e conseguente ritorno al termine del 31 dicembre 2010 (trentasei mesi dall'entrata in vigore della finanziaria per il 2008).

³³ . R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 158.

Su un tema così delicato come quello delle società a partecipazione pubblica servirebbe senz'altro maggiore certezza e non si sente assolutamente il bisogno di tali continui cambiamenti.

Riunisca il legislatore in una sola disposizione la disciplina delle società pubbliche, chiarendo meglio il rapporto tra l'art. 13 del decreto Bersani e la finanziaria del 2008 e fissi poi termini certi per i successivi adempimenti senza cambiare continuamente le norme.

Anche perché risulta difficile per l'interprete stare dietro a tutte le modifiche: ad esempio, l'obbligo di dismissione delle partecipazioni non consentite era originariamente riferito sia alle partecipazioni dirette che a quelle indirette.

Con l'art. 71 della legge n. 69/2009 sono state soppresse le parole "o indirettamente" e ciò determina che l'obbligo non riguarda più le partecipazioni indirette e, pur non potendo le amministrazioni detenere direttamente partecipazioni "non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali", è consentito che le società "necessarie" possano detenere partecipazioni in qualsiasi altra società.

Una ulteriore deroga al diritto comune è quella recentemente introdotta dall'art. 18 d.l. n. 112/2008 (conv. in l. n. 133/2008) in base al quale, le società pubbliche, quando assumono personale, debbono porre in essere una procedura paraconcorsuale rispettosa dei principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità.

In particolare, l'art. 18 stabilisce al comma 1 che società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001 (cioè delle regole dettate per l'accesso alle P.A.).

Il comma 2, con riferimento alle altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, impone alle stesse di adottare con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Va segnalato che mentre il primo comma si applica alle società totalmente pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali e comporta il rispetto dei principi del D. Lgs. n. 165/2001 (e, quindi, non la diretta applicabilità delle disposizioni di dettaglio), per tutte le altre società, anche miste, è necessario il solo rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità (ad es., procedure di comparazione anche semplificate).

Con l'art. 19 del D.L. n. 78/2009 è stato aggiunto all'art. 18, il comma 2-bis, che estende i divieti e le limitazioni alle assunzioni di personale previsti per le amministrazioni controllanti anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione.

Completa il quadro l'art. 23-bis dello stesso decreto legge n. 112/08 che, nell'indicare i criteri cui il Governo dovrà attenersi nell'emanare il regolamento in materia di servizi pubblici di rilevanza economica, prevede alla lett. a) "l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società *in house* e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale".

7. Conclusioni.

Non è facile fare il punto della situazione rispetto alla disciplina delle società pubbliche, caratterizzata – come già evidenziato – da continui e non sempre lineari cambiamenti legislativi.

Allo stato, un primo dato è il tramonto del modello delle società *in house*, che ha dapprima subito un orientamento progressivamente più restrittivo da parte della giurisprudenza comunitaria ed è stato poi relegato dal legislatore italiano ad un ruolo del tutto eccezionale e marginale, quanto meno con riferimento al settore in cui maggiormente si era sviluppato (i servizi pubblici locali).

Dalle ceneri dell'*in house* è, invece, "risorto" il modello delle società miste, che alle condizioni in precedenza indicate – è considerato ora "ordinario" dal legislatore interno.

Anche se per i servizi pubblici locali il legislatore ha ora previsto l'affidamento a società miste come modello ordinario, non è opportuno affrettarsi ad abbandonare la motivazione del ricorso a tale modello; principio espresso dal citato parere della II Sezione del Consiglio di Stato³⁴, anche perché alcuni degli elementi patologici, che hanno caratterizzato le società *in house*, possono risultare comuni anche alle società miste.

³⁴ Cons. Stato, II, n. 456/07 ha ritenuto che il modello della società mista non costituisce un modello organizzativo ordinario di gestione e, di conseguenza, l'amministrazione deve comunque motivare in modo adeguato perché si avvale di una società mista invece di rivolgersi integralmente al mercato. Ora, anche se nel settore dei servizi pubblici locali, è diventato modello ordinario, potrebbe non essere superfluo motivare sul perché si utilizza tale modello.

Certamente va oggi considerato che società in house e società miste sono due fenomeni del tutto differenti e ciò dovrebbe condurre ad una riflessione con riguardo a quelle discipline o orientamenti giurisprudenziali, che invece li accomunano indistintamente. Ad esempio, non va dimenticato la giurisprudenza ha assoggetta l'intero universo delle società pubbliche (totalitarie e miste) alla responsabilità amministrativa davanti alla Corte dei Conti, determinando una convivenza tra azione di responsabilità pubblicistica e azione di responsabilità ordinaria, che ha finito per privilegiare la prima e sacrificare, di conseguenza, il socio privato rispetto al socio pubblico alla luce di un quadro non del tutto chiaro e coerente³⁵, che solo di recente sembra essere stato parzialmente superato dalla stessa Cassazione.³⁶

Ciò che è chiaro è che l'evoluzione giurisprudenziale e i continui cambiamenti normativi hanno determinato negli ultimi anni una situazione di incertezza, nell'ambito della quale molti degli affidamenti in corso non sarebbero più consentiti e avranno ora una scadenza anticipata.

E' innegabile che il modello delle società a partecipazione pubblica sia stato spesso utilizzato in modo distorto, per nascondere inefficienze e sprechi e fuggire dal sistema pubblicistico dei controlli.

Rispetto a questi fenomeni di carattere patologico, il legislatore ha introdotto una serie di disposizioni, in precedenza descritte, dirette, da un lato, a limitare l'utilizzo delle società a capitale pubblico e a ridurre il numero di quelle esistenti non strettamente necessarie per le finalità istituzionali degli enti partecipanti e, dall'altro lato, per limitare l'operatività extraterritoriale di tali società.

Le amministrazioni e le società pubblico devono sapere che questo è lo scenario e devono prevenire anche le scadenze imposte dal legislatore con una corretta gestione: in primo luogo, effettuare per tempo la ricognizione delle società esistenti e verificare quali partecipazioni possano essere mantenute alla luce della nuova normativa; poi privatizzare le società che altrimenti saranno destinate alla liquidazione, se non al fallimento, in assenza di affidamenti

³⁵ In particolare, è stato ritenuto che l'affidamento, da parte di un Comune ad un ente privato esterno (s.p.a. partecipata in via maggioritaria dal Comune), della gestione del servizio relativo agli impianti e all'esercizio dei mercati annonari all'ingrosso, integra una relazione funzionale incentrata sull'inserimento del soggetto privato controllato nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale, non rilevando, in contrario, né la natura privatistica dell'ente stesso, né la natura privatistica dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito ed attuato il rapporto in questione. (Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 2004 n. 3899). V. G. MONTEDORO, *Società in house e responsabilità*, in www.astrid.online.

³⁶ Cass. Sez. un., 19 dicembre 2009 n. 26806, che, cambiando indirizzo, ha affermato che la giurisdizione della Corte dei Conti sussiste solo quando l'ente pubblico sia stato direttamente danneggiato dall'azione illegittima (ad es., danno all'immagine dell'ente), e non anche nelle controversie aventi ad oggetto i danni cagionati direttamente al patrimonio di una società partecipata, che non costituiscono danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio, in ragione dell'autonomia patrimoniale della società di capitali rispetto a quella dei singoli soci. Per tali ultimi danni valgono le regole civilistiche in tema di azione di responsabilità e la Corte dei Conti può al più far valere la responsabilità per mancato esercizio dell'azione di responsabilità da parte del socio pubblico.

diretti; le amministrazioni dovranno, inoltre, limitare affidamenti in house a casi eccezionali e, comunque, dovranno cercare (soprattutto le amministrazioni più piccole) di accorpate i servizi al fine di una gestione più razionale.

Le amministrazioni hanno ora anche un altro strumento per evitare la liquidazione delle società in house, cui non potrà essere riaffidato il servizio: esperire una gara per aprire la società ad un socio operativo privato secondo il già descritto modello.

Si deve però tenere presente che la gara non risolve ogni problema di concorrenza e di liberalizzazione.

La gara garantisce solo la concorrenza per il mercato, non la concorrenza nel mercato.

La gara non è un bene in sé; è uno strumento, che a sua volta deve essere correttamente utilizzato.

Nelle proprie conclusioni nel caso oggetto della recente sentenza della Corte di Giustizia del 15 ottobre 2009, l'Avvocato Generale ha "messo in guardia contro la miopia di coloro che relegano il diritto comunitario degli appalti a un ruolo di mero coordinamento delle procedure di aggiudicazione, poiché, di fatto, persegue un obiettivo di più ampia portata: l'instaurazione di una concorrenza effettiva nel settore, in virtù della realizzazione delle libertà essenziali nel processo di integrazione europea".

Si devono, allora aprire alla concorrenza nel mercato più settori possibili, laddove non vi sia un monopolio naturale (che, come è noto, è caratterizzato dalla scarsità del bene, ovvero dalla impossibilità di "duplicazione" della rete).

Anche dove la rete non è duplicabile (ad esempio, nel settore ferroviario) nulla esclude che si possa giungere alla concorrenza tra diversi fornitori (ad es., del servizio di trasporto ferroviario).

Una particolare attenzione dovrà essere dedicata a come formulare le procedure di gara: può essere utile introdurre nelle gare clausole che mirino non solo al massimo ritorno economico, ma anche alla qualità dei servizi e a prezzi convenienti per gli utenti. E' questo che giustifica la deroga al principio della concorrenza nel mercato.

Le gare tendono spesso a massimizzare il profitto, ma ciò a volte avviene a scapito della qualità del servizio.

Dovranno, inoltre, essere calibrati oneri di servizio pubblico.

In assenza di tali accorgimenti, il rischio che si corre è quello di limitarsi a sostituire un monopolista privato al monopolista pubblico.

E' vero che molti questi soggetti sono diventati dei "campioni pubblici" in determinati settori (ad esempio nel campo dell'energia e del gas).

Tuttavia, ben vengano i campioni nazionali, ma siano campioni nel mercato e non campioni in quanto beneficiari di logiche protezionistiche o di non sempre chiari intrecci tra politica e imprenditoria.

Che siano campioni soprattutto nel fornire agli utenti prezzi competitivi e servizi pubblici sempre più efficienti

E' questo uno snodo fondamentale della competitività del sistema Italia e non sempre il nostro processo di privatizzazione è stato ispirato a tali principi.

Se Stato, regioni, enti locali e società pubbliche lo comprenderanno, allora sapranno quando privatizzare, dove garantire una piena concorrenza nel mercato; dove assicurare una massima trasparenza e imparzialità nella scelta dell'unico gestore o dei pochi gestori di un servizio pubblico.

Questa è la sfida: il giurista può dare un aiuto nel ricostruire il quadro normativo, che il legislatore è "campione" nel complicare, e nel cercare di dare certezze, in un contesto che della certezza del diritto non ha di certo il suo tratto più marcato.