

LE SOCIETA' PUBBLICHE

Il regime dei contratti

Sommario: 1.- Premessa; 2.- L'incertezza del diritto nel regime dei contratti delle società pubbliche...; 3.- ...con riferimento alla nozione di organismo di diritto pubblico...; 4.- ...e al regime del c.d. affidamento in house dei servizi pubblici; 5.- Ulteriori incertezze sulle società legali e sulla loro compatibilità con la tutela della concorrenza; 6.- Considerazioni conclusive.

1.- Premessa.

L'evoluzione del diritto pubblico dell'economia che, negli ultimi quindici anni, ha visto una ritrazione dello Stato dall'intervento diretto nell'attività di impresa ed un connesso utilizzo di strumenti privatistici nell'erogazione dei servizi pubblici ha imposto la necessità di un nuovo inquadramento giuridico dei soggetti di diritto sorti per effetto del fenomeno delle privatizzazioni.

Questa trasformazione epocale dell'assetto proprietario e gestionale dell'esercizio dell'impresa pubblica ha reso necessaria una riconsiderazione delle categorie concettuali di riferimento.

Tale esigenza è stata (in parte) soddisfatta dalla costruzione e dall'elaborazione delle inedite figure dell'organismo di diritto pubblico e delle società *in house*, ideate proprio al fine di assegnare ad imprese connotate da un forte controllo pubblico (e non operanti in regime di concorrenza) il medesimo statuto giuridico delle amministrazioni pubbliche.

Il regime peculiare delle società pubbliche rileva, in particolare, sotto un duplice profilo: esimendo, a determinate condizioni, le amministrazioni aggiudicatrici dall'indizione di procedure concorsuali per l'affidamento alle stesse società pubbliche di servizi pubblici (*in house providing*) ed assoggettando le stesse, quali organismi di diritto pubblico, alla normativa, comunitaria e nazionale, sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Per un verso, quindi, lo statuto particolare delle società pubbliche amplia l'ambito di operatività della normativa sugli appalti pubblici (accrescendo il novero dei soggetti tenuti alla sua applicazione) e, per un altro, lo restringe, ammettendo gli affidamenti diretti di servizi pubblici quando la società destinataria dell'incarico possa qualificarsi come un'articolazione organizzativa dell'ente che risulta titolare del servizio stesso¹.

Come si vede già da queste considerazioni preliminari, i riflessi del particolare regime di diritto delle società pubbliche sulla loro attività negoziale scontano un'evidente difficoltà di inquadramento della pertinente azione contrattuale nei rigidi schemi giuridici conosciuti (tanto dal diritto comunitario, quanto da quello nazionale) ed implicano un adattamento - difficile e, spesso, incoerente - di questi ultimi alle loro peculiari esigenze.

Queste ultime, peraltro, necessitano di essere armonizzate con le necessità proprie del mercato e della concorrenza che, per un verso, esigono un accesso libero e competitivo degli operatori del settore alla contrattazione con soggetti solo formalmente privati (ma connotati da rilevanti caratteri pubblicistici), per un altro non tollerano la riconduzione della relativa attività negoziale entro il perimetro applicativo del regime vincolistico delle procedure di aggiudicazione e, per un altro ancora, non ammettono ambiti di esclusività nell'accesso agli affidamenti.

Ne emerge un quadro di ardua e complessa composizione, che, infatti, ha generato enormi (e, spesso, insuperabili) incertezze dogmatiche (cioè di inquadramento concettuale degli istituti di riferimento) e significative difficoltà applicative (cioè di definizione degli ambiti oggettivi della loro attuazione).

2.- L'incertezza del diritto nel regime dei contratti delle società pubbliche...

Tra i diversi metodi di analisi utilizzabili per decifrare la complessa materia del regime contrattuale delle società pubbliche, appare allora preferibile la chiave di lettura dello scrutinio della sua compatibilità con il principio della certezza del diritto.

¹ Cfr. G. Greco, Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?, in *Le società pubbliche*, Padova 2004.

Si deve, quindi, in tale prospettiva, verificare se le segnalate implicazioni della natura pubblica delle società sul regime degli affidamenti degli appalti sia o meno conforme al suddetto canone.

Com'è noto, uno dei principi cardine degli ordinamenti giuridici moderni è costituito dalla certezza del diritto: dalla necessità, cioè, che il sistema delle disposizioni positive che regolano un determinato istituto assicurino un'esegesi ed un'applicazione della pertinente disciplina che non tolleri, al di là dei fisiologici ed ineliminabili spazi riservati all'indagine del preciso contenuto precettivo delle norme, opzioni interpretative ed attuative difficilmente prevedibili e molto distanti tra di loro, con conseguente grave nocimento dell'altro (sacrosanto) principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Per quanto attiene all'ordinamento comunitario, in particolare, la ragionevole prevedibilità dell'esegesi e dell'applicazione del precetto normativo è stata ritenuta dalla stessa Corte di Giustizia un carattere indefettibile del rispetto del principio in questione².

Orbene, la materia dei contratti delle società pubbliche, nei suoi diversi aspetti sostanziali e processuali, lungi dal rivelarsi coerente con quel principio, si presta ad esser decifrata secondo una molteplicità di incerte soluzioni ermeneutiche.

Devono, in particolare e fin da ora, registrarsi rilevanti incertezze definitorie e classificatorie (derivate dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitarie) sia in ordine alla qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico, sia in merito alla individuazione dei presupposti che legittimano l'*in house providing*.

Quanto al primo profilo, le critiche (nei termini appresso precisati) vanno indirizzate (soprattutto) alla definizione dei caratteri costitutivi del requisito relativo alla finalizzazione dell'attività alla soddisfazione di bisogni di carattere generale, privi di natura industriale e commerciale; quanto al secondo aspetto, invece, le perplessità si appuntano sulla incerta definizione dei presupposti che giustificano il c.d.

² Corte Giust. Corte Plenaria, 15 giugno 1998, in causa C-44/96.

affidamento in house (analogia del controllo; svolgimento della maggior parte dell'attività in favore dell'ente di riferimento).

Pur non potendosi trascurare il dato che le incertezze ricostruttive ed applicative di seguito rilevate sono in gran parte ascrivibili alle difficoltà di armonizzazione di ordinamenti radicalmente diversi tra di loro e che scontano gli effetti della fase di transizione (da un regime di monopolio ad uno del tutto liberalizzato dell'erogazione dei servizi pubblici) in cui operano gli ibridi soggetti giuridici in questione (le società pubbliche), si deve, nondimeno, rilevare che la confusione dei confini dell'ambito di applicazione degli istituti esaminati è stata in parte determinata dall'imprecisa esegesi e dall'incerta attuazione che ne sono state offerte proprio dal supremo organo della giustizia comunitaria.

In Italia, peraltro, la questione è complicata dalle implicazioni in tema di giurisdizione, posto che, nel nostro ordinamento, la definizione dell'ambito applicativo soggettivo ed oggettivo della normativa di derivazione comunitaria sui contratti pubblici condiziona l'individuazione del giudice provvisto di competenza giurisdizionale ad erogare la tutela delle posizioni soggettive lese dalla sua inosservanza.

3.- ...con riferimento alla nozione di organismo di diritto pubblico...

Il primo ordine di difficoltà va registrato nella lettura della controversa nozione di organismo di diritto pubblico che, secondo la normativa comunitaria e nazionale di riferimento, individua i soggetti di diritto che, ancorchè formalmente diversi dalle pubbliche amministrazioni, risultano parimenti soggetti alla disciplina delle procedure di scelta del contraente.

Come già rilevato, in questa sede non ci occuperemo *funditus* dei (peraltro molto noti) caratteri dell'istituto, ma ci limiteremo ad una loro disamina sintetica, al duplice fine di tracciarne le linee di interpretazione corrente e di scrutinare la compatibilità di queste ultime con le esigenze postulate dal principio della certezza del diritto.

Occorre, quindi, procedere ad una sintetica ricognizione della normativa di riferimento e, successivamente, degli indirizzi giurisprudenziali formatisi in merito alla qualificazione di taluni soggetti come organismi di diritto pubblico, avvertendo, in via preliminare, che, nonostante l'art.2 della direttiva n.17/04 (sui settori speciali) distingua (a differenza della direttiva n.18/04) le diverse nozioni di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico, la stessa giurisprudenza (comunitaria e nazionale) ha spesso confuso i due concetti, qualificando come organismi di diritto pubblico società pubbliche che, viceversa, andavano più propriamente qualificate come imprese pubbliche³ (negli stessi ambiti di operatività della direttiva n.17/04).

Si tratta, quindi, di una prima incertezza, discendente sia dalla disarmonica formulazione delle due direttive citate, sia dalla confusa interpretazione dei relativi istituti operata dalla giurisprudenza.

Ma le incertezze ed i dubbi aumentano se si procede alla disamina dei caratteri costitutivi della nozione di organismo di diritto pubblico (come visto, pacificamente applicato alle società in mano pubblica), per come definiti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitarie.

Quanto alla normativa, le direttive comunitarie emanate per i diversi settori sono state recentemente sintetizzate dalla direttiva 18/04, che, all'art.1.9, ha stabilito che “per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.

³ Sulla confusione registrabile in giurisprudenza in ordine alle nozioni di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico, si veda M.A. Sandulli, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in *Organismi e imprese pubbliche*, Milano 2004.

Come si vede, la recente codificazione ha confermato, pressoché letteralmente, le definizioni precedenti (se non per la trascurabile modifica di “bisogni” in “esigenze”).

Procedendo ad un’analisi del dato testuale, si rileva che i tre requisiti devono tutti concorrere⁴ (ai fini della configurazione dell’organismo di diritto pubblico) e che la natura giuridica privata del soggetto non vale ad escludere la configurabilità di un organismo di diritto pubblico⁵, in conformità al principio dell’indifferenza e della neutralità dello schema formale rispetto alla qualificazione dell’ente⁶.

Quanto all’esame dei requisiti codificati dalla direttiva, giova avvertire che, mentre l’esegesi di quelli catalogati sotto le lettere b) e c) non sottende particolari problemi interpretativi e non impone la selezione di diverse soluzioni ermeneutiche (ad eccezione del chiarimento che i diversi indizi dell’*influenza pubblica* elencati nella lett.c sono alternativi tra loro, nel senso che ne basta uno per presumere l’ingerenza della pubblica amministrazione nella gestione dell’ente e per configurare il requisito), quello classificato sub a) ha, da sempre, costituito, viceversa, un vero rompicapo per gli operatori del diritto.

Occorre, al riguardo, riassumere le coordinate ermeneutiche offerte dalla copiosa giurisprudenza comunitaria formatasi in materia.

Una prima difficoltà esegetica deriva dall’ambiguo riferimento della natura industriale o commerciale (postulata per escludere la natura di organismo di diritto pubblico) ai bisogni o all’attività (anche tenuto conto che le versioni inglesi e francesi della direttiva ammettono il riferimento dei suddetti caratteri all’attività).

La versione italiana, tuttavia, nonostante vi fosse spazio per attuare la direttiva in senso diverso, riferisce esplicitamente ai bisogni le caratteristiche postulate dalla direttiva, obbligando, quindi, ad una lettura finalistica e funzionale del fenomeno

⁴ Corte Giust., 15 gennaio 1998, in causa C-44/96 (*Mannesmann Anlagenbau Austria*).

⁵ Corte Giust., 10 novembre 1998, in causa C-360/96 (*Gemente Arnhem – BFI Holding*).

⁶ Si veda, anche, per l’ordinamento italiano, Corte Cost., sentenza n.466 del 1993, sulla permanenza del controllo della Corte dei Conti sulle s.p.a. solo formalmente privatizzate.

(anche se non è mancato chi⁷ anche in Italia ha suggerito una lettura che riconnetta la natura commerciale od industriale all'attività dell'organismo).

Resta, quindi, da fare i conti con un'espressione pressoché indecifrabile: come possono avere carattere industriale o commerciale (che, per loro natura, soddisfano bisogni di carattere particolare) esigenze di carattere generale? Sono concretamente configurabili bisogni intestati alla generalità della comunità di riferimento e, al contempo, connotati da qualità proprie delle attività dell'industria e del commercio?

Così evidenziata la prima difficoltà interpretativa, il metodo di analisi delineato dalla Corte di Giustizia può riassumersi nei termini che seguono: prima occorre procedere alla verifica della finalizzazione dell'organismo al soddisfacimento di interessi generali e, solo dopo tale qualificazione, all'analisi dell'ascrivibilità di tali bisogni alla sottocategoria di quelli commerciali ed industriali o a quella di quelli privi di tale carattere⁸.

Non è inutile, a questo punto, ricordare che è stata autorevolmente definita “ardua se non impossibile” tale distinzione⁹ (tuttavia imposta dalla stessa giurisprudenza della Corte del Lussemburgo).

Ora, premesso che vanno qualificati come generali i bisogni riferibili alla collettività amministrata dall'ente pubblico di riferimento e nella consapevolezza della difficoltà del relativo discernimento, la Corte, ai fini della loro classificazione come commerciali od industriali, ha individuato i criteri presuntivi ed i parametri valutativi di seguito indicati (confusamente riferiti alcuni all'attività gestoria della società ed altri alla sua funzionalizzazione).

È stata, innanzitutto, assegnata un'importante valenza, quale indizio particolarmente significativo del carattere industriale o commerciale, alla circostanza che l'organismo eserciti la propria attività istituzionale in regime di concorrenza con altri operatori, e cioè in un mercato aperto, ovvero in una situazione di monopolio o nell'esercizio di

⁷ F Cintioli, “Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale”: il bisogno o l'attività?, in *Organismi e imprese pubbliche cit.*

⁸ Corte Giust, V, 22 maggio 2003, in causa C-18/2001 (*Taitotalo Oy*).

⁹ Cfr. le conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale La Pergola nella già citata causa *BFI Holding*.

diritti di esclusiva¹⁰ (anche se giova avvertire che tale indice non viene contestualmente ritenuto decisivo dalla stessa Corte di Giustizia, nel senso che anche la sussistenza della concorrenza non esclude, di per sé ed automaticamente, la natura non commerciale od industriale degli interessi al cui soddisfacimento l'azione dell'organismo risulta finalizzata¹¹).

Altro indizio rivelatore della natura dei bisogni è stato ritenuto quello della finalità di lucro con cui opera l'ente, ovvero, al contrario, della caratterizzazione della sua attività d'impresa dall'osservanza di criteri di equità, efficienza ed efficacia, anziché dalla logica del profitto¹² (anche se, pure qui, per il noto caso Ente Fiera di Milano si è ritenuto che l'assenza dello scopo di lucro non imponesse di affermare la sua natura di organismo di diritto pubblico, infatti esclusa¹³).

Un ulteriore indice significativo del carattere industriale o commerciale dei bisogni generali è stato individuato dalla giurisprudenza comunitaria nella circostanza che il soggetto assuma o meno in proprio il rischio economico dell'attività, che sopporti, cioè, autonomamente le perdite ad essa connessa e che non intervenga l'ente pubblico di riferimento a ripianare i disavanzi¹⁴: in quest'ultimo caso, in particolare, non appare configurabile la natura commerciale o industriale dell'attività (in questa ipotesi, invece, le perplessità si riferiscono alla difficile verifica di tale dato: l'intervento dell'ente controllante non risulta, infatti, quasi mai prefigurato nello statuto, ma si realizza solo al momento della crisi, sicché riesce difficilmente apprezzabile in una situazione ordinaria).

I giudici del Lussemburgo hanno, peraltro, chiarito che non è necessario che l'organismo sia destinato a soddisfare esclusivamente bisogni generali privi di carattere commerciale od industriale: è sufficiente, infatti, che anche una minima parte dell'attività presenti tale qualità, anche se quella residua riveste carattere commerciale od industriale, perché l'ente possa (anzi: debba) catalogarsi come

¹⁰ Corte Giust., sent. *BFI Holding* cit.

¹¹ Come chiarito, ad esempio, nella sent. *Taitotalo*.

¹² Corte Giust., 16 ottobre 2003, in causa C-283/2000 (*Siepsa*).

¹³ Corte Giust., V, 10 maggio 2001, in cause C-223/1999 e C-260/1999 (*Ente Fiera di Milano*).

¹⁴ Corte Giust. sent. *Taitotalo* cit.

organismo di diritto pubblico¹⁵ (e ciò in presunto ossequio alle esigenze di certezza del diritto). E' agevole rilevare, in proposito, che, quando la Corte, consapevole delle incertezze dell'istituto, ha inteso restituirgli significativi margini di certezza e di stabilità, ha raggiunto il risultato di attrarre nel regime pubblicistico delle gare un'attività di contrattazione puramente privatistica che non presenta affatto le relative esigenze (si pensi al caso di una società che solo in minima parte persegue fini generali e che, per il resto, opera sul mercato secondo la logica imprenditoriale del profitto e che si vede assoggettata, anche per la contrattazione pertinente a quest'ultimo settore di attività, al regime vincolante delle procedure competitive per la scelta dei propri contraenti).

La Corte Ue, infine, nel riservare al giudice nazionale la competenza in ordine alla qualificazione del soggetto, in coerenza con i parametri di giudizio da essa offerti, ha indicato, quale ultimo criterio, quello che impone una lettura estensiva del fenomeno e, quindi, della nozione di organismo di diritto pubblico¹⁶ (da preferirsi, quindi, nel dubbio sulla natura del soggetto esaminato).

Come si vede, tutti i criteri indicati dalla Corte del Lussemburgo, oltre a non essere concludenti, secondo le affermazioni dello stesso organo di giustizia (che non ha mancato di precisare che gli stessi rivestono mero valore indiziario e non decisivo della natura dell'organo), si rivelano sprovvisti di quei caratteri di univocità e di precisione che, soli, assicurano un'applicazione uniforme e sicura della normativa comunitaria sui contratti pubblici e che, quindi, garantiscono l'effettività e la certezza della tutela delle posizioni soggettive di matrice europea.

Gli indizi segnalati dalla Corte quali significativi della natura di organismo di diritto pubblico, oltre a riferirsi confusamente alcuni all'attività ed altri alla sua finalità, si fondano su apprezzamenti complessi ed incerti, quali quelli riferiti al regime imprenditoriale dell'attività, alla libertà del mercato di riferimento ed ai rapporti finanziari con l'ente pubblico controllante, sono troppi e non si comprende secondo

¹⁵ Corte Giust, sent. *Mannesmann* cit.

¹⁶ Corte Giust., V, 27 febbraio 2003 in causa C-373/2000.

quali dinamiche interagiscono tra di loro (devono concorrere tutti? Quanti ne bastano? In caso di indicazioni divergenti, quale prevale?).

La natura del tutto indefinita dei contorni e dei contenuti dell'indagine implica, quale primo corollario, l'assegnazione al giudice (nazionale, prima, comunitario, poi) un margine di discrezionalità eccessivo e, a nostro avviso, incompatibile con le esigenze di certezza del diritto, e, in particolare, con il canone della prevedibilità degli esiti applicativi della normativa di riferimento.

Basti un generico riferimento ai noti casi giurisprudenziali dell'Ente Fiera di Milano e di Grandi Stazioni S.p.A. per attestare, come immediata efficacia, le straordinarie difficoltà in cui si dibattono i giudici (nazionali e comunitari) nella qualificazione giuridica delle società pubbliche.

A fronte del disegnato quadro di incertezza, si impone un tentativo ricostruttivo diverso, che, muovendo da un'indagine puntuale della *ratio* dell'istituto, semplifichi le coordinate interpretative offerte dalla giurisprudenza comunitaria passata in rassegna.

Conviene, quindi, prendere le mosse dalla ricerca della finalità della previsione della figura dell'organismo di diritto pubblico e dall'individuazione degli interessi con la stessa perseguiti, onde procedere alla descrizione di parametri valutativi coerenti con i presupposti e con lo scopo dell'istituto.

La ragione principale di quest'ultimo deve ravvisarsi nell'esigenza di assoggettare al regime della contrattazione pubblica soggetti che, ancorchè formalmente privati, si teme che, per il controllo esercitato su di essi da pubbliche amministrazioni, possano discriminare imprese provenienti da altri Stati membri, preferendo quelle nazionali, sacrificando così le necessità imposte dalla tutela della concorrenza e sovvertendo, di conseguenza, le regole del libero mercato.

Alla base della previsione dell'istituto in esame, resta, quindi, la preoccupazione che le società in mano pubblica (che non agiscono secondo le logiche del mercato) discriminino le imprese comunitarie, a vantaggio di quelle nazionali, e restringano gli spazi della concorrenza, selezionando i propri contraenti non secondo le ordinarie

regole della libera e competitiva negoziazione con la pluralità degli operatori che agiscono nel mercato di riferimento, ma in ossequio a diversi criteri di preferenza (che nulla hanno a che vedere con le dinamiche cui obbedisce un'impresa che persegue il proprio esclusivo interesse particolare).

Se questa è la *ratio* dell'istituto (e non consta che ne siano state segnalate altre più convincenti), si deve, allora, provvedere ad individuare i criteri valutativi che meglio soddisfino i relativi interessi e, quindi, che ne consentano un'applicazione che eviti le paventate distorsioni del mercato.

Risulta, allora, agevole, in conformità a tale indirizzo, rilevare che ciò che davvero altera le regole della concorrenza è proprio la titolarità da parte della società soggetta al controllo pubblico di posizioni monopolistiche o di esclusiva, che la "autorizzano" a scegliersi i propri contraenti secondo logiche diverse da quelle del mercato, e che, di contro, ciò che garantisce il loro rispetto è l'inserimento del soggetto in un regime di libera competizione, che "impone" alla stessa di selezionare i contraenti che offrono le condizioni migliori e che, pertanto, le assicurano di acquisire o di conservare posizioni di competitività nel mercato di riferimento.

Ne consegue che il criterio discrezionale decisivo dovrebbe essere individuato proprio nel regime concorrenziale in cui opera il soggetto della cui natura si discute: se è libero e aperto, alla società dovrebbe essere negata la qualifica di organismo di diritto pubblico, se è connotato da determinanti diritti di esclusiva o da posizioni monopolistiche, dovrebbe, invece, essere preferita quest'ultima classificazione.

Tale regola serve, a ben vedere, a semplificare l'opera ermeneutica dei giudici, a restituire certezza all'ambito applicativo dell'istituto e, soprattutto, a soddisfare integralmente le esigenze dallo stesso postulate, ma senza alcun nocimento dell'interesse generale alla tutela della concorrenza.

In ordine a quest'ultimo profilo, appare utile ribadire che, per i soggetti formalmente privati che operano sul mercato (ancorchè controllati dallo Stato o da altri enti pubblici), la regola dev'essere quella della libera negoziazione e che ogni attrazione della pertinente attività contrattuale entro la sfera pubblicistica si rivela una forzata ed

ingiustificata estensione del diritto amministrativo a settori della vita economica che dovrebbero essere regolati esclusivamente dai principi dell'autonomia negoziale privata e che non tollerano alcuna interferenza delle discipline applicabili alle pubbliche amministrazioni.

Invertendo i rapporti fin qui disegnati dalla giurisprudenza comunitaria, si deve, quindi, concludere nel senso che, per le società formalmente private che operano in regime di concorrenza (ancorchè soggette ad una dominante influenza pubblica), la regola dev'essere quella della libertà della negoziazione (che assicura, di per sé, il rispetto del mercato e del divieto di discriminazione di imprese comunitarie) e l'eccezione quella della soggezione alla normativa sulle procedure ad evidenza pubblica (che sottende, a ben vedere, un'ingiustificata sfiducia proprio per quelle regole del mercato che pretende contestualmente di assicurare).

4.- ...e al regime del c.d. affidamento in house dei servizi pubblici.

Come accennato in premessa, il peculiare statuto giuridico delle società pubbliche rileva anche nel senso di esonerare, a determinate condizioni, le amministrazioni pubbliche dal seguire le procedure selettive imposte dalla normativa di derivazione comunitaria per affidare alle prime la gestione di servizi pubblici, secondo lo schema dell'*in house providing* (letteralmente: gestione in proprio).

Anche qui, ci asterremo da una disamina puntuale ed esauriente dell'istituto e concentreremo la nostra attenzione, in linea con il metodo di analisi indicato in premessa, sui suoi aspetti problematici e sulle incertezze ricostruttive ed applicative che ne connotano l'inquadramento dogmatico e la concreta attuazione.

Le difficoltà risultano accresciute, in questo caso, anche dall'assenza di parametri normativi di riferimento: l'affidamento *in house* è un istituto di costruzione giurisprudenziale, fondato, a ben vedere, fino a poco tempo fa, su una sola decisione della Corte di Giustizia¹⁷ e privo, come tale, di qualsiasi riscontro positivo nelle direttive comunitarie.

¹⁷ Corte Giust., 18 novembre 1999, in causa C-107/1998 (*Teckal*).

Merita di essere, al riguardo, evidenziata l'anomalia degli imprevedibili sviluppi della pronuncia *Teckal*: una decisione del tutto isolata, emanata su un caso del tutto peculiare e priva della consapevole affermazione di una regola assoluta (si tratta quasi di un *obiter dictum*), che viene valorizzata come espressiva di un principio generale, a sua volta tradotto e declinato - ad esempio dal legislatore italiano - in una delle forme di gestione dei servizi pubblici locali ammesse dall'art.113 del decreto legislativo n.267 del 2000.

Passando all'esame delle premesse della sua invenzione ed elaborazione giurisprudenziale, si rileva che l'affermazione della legittimità dell'*in house providing* è stata fondata sul duplice, presupposto rilievo dell'ammissibilità della gestione in proprio, e cioè per mezzo di proprie strutture, da parte delle amministrazioni di attività altrimenti soggette alla normativa sull'affidamento dei servizi di interesse generale e della praticabilità di questo schema (che esclude l'applicazione delle procedure di scelta del contraente) quando l'assegnazione del servizio ad un soggetto formalmente e giuridicamente distinto dall'ente concedente non possa ascrivere alla categoria dell'esternalizzazione, in quanto la persona giuridica affidataria risulta, in sostanza, una mera articolazione organizzativa dell'amministrazione: e ciò alla duplice condizione che quest'ultima eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che la società svolga la parte prevalente della sua attività con l'ente che la controlla.

In questa fattispecie, infatti, per come definita e costruita dalla Corte, l'amministrazione non ricorre al mercato per gestire il servizio, ma lo fa in proprio, anche se valendosi di un soggetto solo formalmente terzo e distinto da essa, con la conseguenza che non sarebbe configurabile neanche lo schema tipico del contratto d'appalto (che postula la sostanziale diversità dei soggetti contraenti).

I contorni dell'istituto risultano, tuttavia, sprovvisti della necessaria chiarezza ed univocità, nonostante lo sforzo da parte della Corte di precisare le condizioni, di fatto e di diritto, che legittimano l'*in house providing*.

Le incertezze riguardano entrambi i caratteri dell'istituto.

Sulla nozione di controllo analogo, è sufficiente osservare che la genericità di tale espressione si presta a molteplici letture e non offre sicuri canoni valutativi: è vero che la Commissione Europea¹⁸ ha precisato che “non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario”, che, di contro, è necessario che l’amministrazione controllante eserciti “un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato...in modo che quest’ultimo, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un’entità distinta solo formalmente dall’amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa” e che solo a tali condizioni si può escludere un rapporto di terzietà tra i soggetti, ma è anche vero che tale chiarimento, pur opportuno, lascia ancora aperte alcune importanti questioni (che ci limiteremo ad accennare, tentando di suggerire alcune soluzioni).

Non è chiaro, innanzitutto, se gli atti di gestione devono essere imputabili direttamente all’ente controllante (mediante un’ascrizione sostanziale alla sua volontà delle scelte operative) o, al contrario, se è sufficiente un loro controllo successivo (che postula una sostanziale autonomia della società *in house* e che rinvia la verifica del suo operato da parte dell’ente di riferimento ad un momento diverso da quello genetico). In conformità alla segnalata *ratio* giustificatrice del modello gestorio in esame, sembra che il controllo implichi una diretta ed immediata riferibilità delle determinazioni operative alla volontà dell’ente di riferimento (garantita, nella maggior parte dei casi, dalla partecipazione di suoi rappresentanti negli organi della società), non potendo, diversamente, giustificarsi la natura autonoma (*in house*) della gestione e l’inconfigurabilità di un rapporto intersoggettivo.

Risultano anche oscure le forme e le modalità con cui si devono esplicitare i poteri di direzione, supervisione e di coordinamento (pure postulati dalla Commissione ai fini dell’integrazione degli estremi della gestione *in house*). La natura piuttosto equivoca ed ambigua dei termini utilizzati dalla Commissione impedisce, a ben vedere, una

¹⁸ Si veda la nota in data 26 giugno 2000 indirizzata al Governo Italiano.

definizione puntuale del contenuto dei poteri in questione e degli strumenti del loro esercizio; possono solo indicarsi, come parametri valutativi, il carattere assoluto, vincolante e stringente che deve possedere la posizione di supremazia dell'ente di riferimento e, d'altra parte, la natura integrale della situazione passiva di soggezione nella quale deve trovarsi la società controllata.

Ma, soprattutto, non è dato comprendere se, nell'ipotesi in cui la società sia partecipata da più enti pubblici (come espressamente ammesso dall'art.113, comma 5, lett.c t.u.e.l.), il controllo debba essere riferito alla collettività delle amministrazioni proprietarie o solo a quella concedente. Quest'ultimo aspetto non è affatto chiaro ed il relativo problema si rivela di ardua soluzione: se si riferisce, infatti, il controllo al complesso degli enti partecipanti si vanifica l'indefettibile esigenza della persistenza di un rapporto assoluto di direzione tra l'ente concedente e la società (potendosi pervenire all'assurda conseguenza di legittimare affidamenti diretti in situazioni in cui il comune concedente partecipa per lo 0,1% alla società affidataria del servizio); se lo si riferisce, invece, alla sola amministrazione titolare del servizio si deve necessariamente disapplicare la disposizione interna che consente la partecipazione di più enti alla stessa società. Basti, qui, aver posto il problema, con l'unica avvertenza che la natura eccezionale dello schema gestorio in esame impone di interpretarne restrittivamente i presupposti autorizzativi, con la conseguenza che dovrebbe negarsi la legittimità di gestioni *in house* nei casi in cui l'ente titolare del servizio non eserciti (anche perché titolare di una partecipazione non determinante) nei confronti della società un controllo assoluto e decisivo.

Ma anche l'altro requisito: la finalizzazione della maggior parte dell'attività in favore dell'ente pubblico di riferimento, si presta a letture ed applicazioni equivoche.

Non è chiaro, innanzitutto, se la prevalenza debba essere intesa in senso quantitativo o qualitativo, se, cioè, quel concetto si riferisca alla misura del fatturato realizzato nei rapporti con l'ente controllante od alla parte qualitativamente e strategicamente più importante dell'attività svolta dalla società. Anche in questo caso, conviene prendere le mosse da un'indagine della *ratio* del requisito in esame, che va individuata

nell'esigenza di sottrarre alla concorrenza solo gli affidamenti a soggetti che non operano sul mercato (o che lo fanno in minima parte), distorcendosi, altrimenti, le dinamiche della libera competizione. In coerenza con tale esigenza, la prevalenza dovrebbe, quindi, essere intesa in senso quantitativo, e cioè con riferimento alla misura del fatturato (peraltro non indicata), posto che solo accedendo a tale opzione ermeneutica si realizza compiutamente la finalità di limitare l'applicazione del modello gestorio in esame ai soli casi in cui il destinatario dell'assegnazione del servizio sia una società che realizza la maggior parte del profitto nei rapporti diretti con l'ente controllante e non in regime di concorrenza con gli altri operatori (che verrebbero, altrimenti, pregiudicati dai vantaggi ricevuti dalla prima con l'affidamento *in house*).

In ordine alla misura (non determinata) della prevalenza (per come sopra interpretata), sembra plausibile il parametro della realizzazione dell'80% del fatturato nel triennio nell'ambito di rapporti con l'amministrazione controllante, in analogia con il disposto dell'art.8, comma 3, lett.a) d.lgs. n.158/95 (sugli appalti nei settori esclusi), che esonera dalla gara gli appalti di servizi in favore di imprese collegate che possiedono quel requisito finanziario, in considerazione delle evidenti similitudini tra i presupposti dell'affidamento *in house* ed i caratteri della situazione considerata dalla disposizione citata.

Ma i dubbi non sono finiti.

Non risulta, infatti, chiaro se l'attività prevalente debba essere svolta "nei confronti dell'ente controllante" o "per conto dell'ente controllante". La questione è gravida di rilevanti implicazioni: nel primo caso, infatti, l'attività deve soddisfare direttamente esigenze autonome dell'ente controllante, mentre nel secondo può essere destinata ad utenti amministrati dall'ente controllante (come per l'erogazione di pubblici servizi). Sembra, tuttavia, che non possa computarsi, ai fini che qui interessano, l'attività già svolta "per conto dell'ente controllante", posto che, accedendo a tale opzione ermeneutica, si vanificherebbe l'esigenza (fondamentale nella lettura dell'istituto) di limitare gli affidamenti *in house* alle sole ipotesi in cui la società beneficiaria

dell'incarico non operi (o lo faccia in minima parte) in regime di mercato. Mentre, infatti, i servizi svolti “per conto dell'ente controllante” implicano l'esternalizzazione dell'attività da parte di quest'ultimo e, quindi, l'apertura alla concorrenza del relativo settore, l'attività svolta “nei confronti dell'ente controllante” resta circoscritta nell'ambito dell'organizzazione interna dell'amministrazione di riferimento e non implica l'erogazione di prestazioni in un regime competitivo.

Non solo, ma non è chiaro, ancora, se la valutazione della destinazione dell'attività debba precedere l'affidamento (nel qual caso la società deve preesistere all'affidamento) o se possa essere contestuale (nel qual caso la società può essere costituita proprio al fine dell'assegnazione del servizio). Anche in questo caso, una lettura dell'istituto conforme alla sua finalità ed ai suoi presupposti giustificativi impone di ammettere la legittimità dell'affidamento nei soli casi in cui la società, a quel momento, sia stata già costituita, posto che, diversamente opinando, lo schema gestorio in questione potrebbe prestarsi ad applicazioni abusive e strumentali (mediante la creazione *ad hoc* di soggetti controllati, al solo fine di sottrarre alla concorrenza il servizio che si intende assegnargli, e la definizione di ambiti operativi circoscritti, al solo fine di legittimare l'affidamento diretto).

Le incertezze e i dubbi appena segnalati sono stati solo in parte eliminati da una recente sentenza della Corte di Giustizia¹⁹, con la quale è stata esclusa la praticabilità dell'*in house providing* quando il soggetto affidatario sia una società a capitale misto pubblico-privato (esigendo, quindi, la totalità della partecipazione pubblica), ma non sono state risolte le altre questioni.

Con tale pronuncia la Corte ha, in particolare, ribadito la natura del tutto eccezionale e derogatoria dell'affidamento in house (confermandone, però, la legittimità), escludendo la sua praticabilità quando l'amministrazione non possiede la totalità del capitale sociale (difettando, in questo caso, il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi), ma non ha offerto canoni interpretativi più precisi (di

¹⁹ Corte Giust., I, in causa C-26/2003.

quelli ricavabili dagli scarni pronunciamenti precedenti) delle altre condizioni che legittimano il modulo gestorio in esame.

Nell'auspicio che la Corte, sollecitata in tal senso dal Consiglio di Stato²⁰, intervenga presto a precisare i presupposti di legittimità di tale forma di affidamento (chiarendo, in particolare, gli estremi che integrano il presupposto del controllo), non resta, allo stato, che segnalare l'inadeguatezza delle decisioni del supremo organo della giustizia comunitaria a determinare i confini dell'istituto (che restano, allo stato, inammissibilmente indefiniti), ed il rischio di abusi nel suo utilizzo, con conseguenti aumento del contenzioso e pregiudizio delle esigenze di tutela del mercato.

5.- Ulteriori incertezze sulle società legali e sulla loro compatibilità con la tutela della concorrenza.

Un altro aspetto del tema esaminato è costituito dal regime giuridico delle società legali²¹, cioè di quelle società pubbliche costituite per legge (o con atto negoziale e successivamente "legificate") e titolari di compiti istituzionali affidati loro direttamente dall'atto normativo.

Si tratta di un fenomeno in forte espansione, e, quindi, di grande attualità: sono sempre più frequenti, infatti, i casi in cui lo Stato e le Regioni utilizzano lo strumento (improprio) della legge-provvedimento per costituire proprie società e per attribuire alle stesse precisi ed esclusivi spazi di operatività.

Il problema si pone quando i compiti così assegnati alle società legali restringono (come accade nella maggior parte dei casi) l'accesso concorrenziale e competitivo al relativo settore di intervento.

L'ambito dell'attività delle società legali, in queste ipotesi, resta, infatti, sottratto alle regole del mercato ed impropriamente garantito dall'atto normativo con cui sono state costituite.

Occorre, allora, scrutinare (in estrema sintesi) il problema della compatibilità di tali società con la normativa comunitaria sulla concorrenza.

²⁰ Cons. St., sez. V, 22 aprile 2004, n.2316.

La questione si risolve, a ben vedere, considerando l'indifferenza per il diritto comunitario della natura della fonte nazionale che lede i principi contenuti nelle direttive e che ne impedisce la produzione del c.d. effetto utile, restando del tutto irrilevante che quest'ultimo sia pregiudicato da un atto amministrativo o da una legge²² (che, peraltro, nella fattispecie assume lo stesso valore di un provvedimento amministrativo o, meglio, di un atto negoziale).

Anche il legislatore nazionale, infatti, è soggetto al rispetto dei principi contenuti nelle direttive comunitarie in materia di contratti pubblici, con la conseguenza che se con una legge si introducono disposizioni contrastanti con quei criteri vincolanti, l'atto normativo si rivela illegittimo, quindi cedevole, nei riguardi dell'ordinamento comunitario, e, come tale, disapplicabile da parte del giudice nazionale²³.

La segnalata irrilevanza della fonte (legale o negoziale) della società implica l'applicazione alle società legali degli stessi principi sopra affermati, mutando solo gli strumenti di tutela di eventuali lesioni dei principi comunitari sulla concorrenza.

Le società legali, quindi, non possono essere titolari di compiti esclusivi, che restringono, cioè, gli spazi fisiologici del mercato di riferimento, (se non alle strette condizioni che autorizzano l'*in house providing*), né possono sottrarsi, se qualificabili come organismi di diritto pubblico, alla normativa sulle procedure di selezione dei loro contraenti.

6.- Considerazioni conclusive.

Devono, in conclusione, riprendersi le fila del discorso iniziale per confermare l'ipotesi ricostruttiva ivi formulata: il regime contrattuale delle società pubbliche, per come configurato dalla normativa e dalla giurisprudenza (comunitarie e nazionali), si rivela contrastante con il principio della certezza del diritto.

La normativa di riferimento appare, in particolare, priva degli indispensabili canoni della chiarezza e della precisione delle relative previsioni, così come la sua

²¹ Per una compiuta disamina della natura e della disciplina delle società legali, vedi C. Ibba, *Le società legali*, Sassari 1990.

²² Corte Giust., 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46/1993 e C-48 1993 (*Brasserie du pecheur e Factortame*).

²³ Corte Cost., 8 giugno 1984, n.170).

interpretazione non risulta sufficientemente prevedibile, nei suoi esiti applicativi (come confermato, peraltro, dall'estrema varietà delle soluzioni giurisprudenziali ai diversi problemi sopra segnalati).

Una maggiore precisione nella definizione degli istituti di riferimento assicurerebbe, in particolare, una più ampia uniformità di trattamento della materia e dei soggetti (pubblici e privati) coinvolti ed eviterebbe, inoltre, nel nostro ordinamento, le riferite conseguenze in ordine all'incerta individuazione del giudice provvisto di giurisdizione.

Resta, in definitiva, da formulare l'auspicio che la produzione normativa e l'elaborazione giurisprudenziale si facciano carico dei problemi segnalati e che restituiscano alla complessa materia della contrattazione delle società pubbliche quell'indispensabile affidabilità e quella necessaria determinatezza che, a loro volta, condizionano la fiducia degli operatori nel sistema ed un'adeguata protezione delle posizioni soggettive intestate a tutti i soggetti coinvolti.

Cons. Carlo Deodato