La gestione congiunta dei servizi pubblici locali Novità legislative e tendenze del sistema

di Carmen Vitale

Sommario

1. *Introduzione.* – **2.** *Servizi pubblici locali, strumenti societari e affidamenti* in house. - **2.1.** *Segue: le società pluricomunali* – **3.** *Varianti organizzative per la gestione in comune di un servizio pubblico locale.* - **4.** *Società pubbliche e servizi pubblici locali: novità legislative e interventi giurisprudenziali* - **5.** *Conclusioni.*

1. *Introduzione*

Lo svolgimento coordinato di servizi pubblici rappresenta un problema noto, particolarmente avvertito, in ambito locale, dai comuni con un limitato numero di residenti, per far fronte alle esigenze di adeguatezza ed efficienza dei servizi resi alla collettività ([1]).

A quest'esigenza l'ordinamento ha risposto attraverso la previsione di moduli convenzionali (le convenzioni *ex* art. 30 del Testo Unico enti locali) e moduli strutturali (attraverso la creazione di soggetti nuovi, i consorzi) di cui gli enti locali potevano avvalersi.

Negli ultimi anni, però, è diventata sempre più frequente la costituzione di società a partecipazione integralmente pubblica pluricomunali, che hanno sostituito i modelli preesistenti per garantire un efficace coordinamento tra enti locali ([2]).

---

(1) È per questa ragione, del resto, che alcune normative di settore prevedono espressamente la necessità della costituzione degli ambiti territoriali ottimali per la gestione del servizio. È il caso delle disposizioni dettate dal d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 (Codice Ambiente), agli artt. 199 e ss., commentati da C. VITALE, in N. LUGARESI, S. BERTAZZO, *Nuovo codice dell'ambiente*, Rimini, Maggioli, 2009, 780 ss.

(2) Di questo si è detto nel contributo contenuto nel volume Studi in tema di società a partecipazione pubblica, a cura di M. CAMMELLI, M. DUGATO, Torino, Giappichelli, 2008, 63 e ss.

Si tratta di una tendenza legata principalmente a due fattori. Da un lato, come si dirà, la veste integralmente pubblica delle società partecipate ha consentito agli enti locali di continuare ad utilizzare lo strumento dell'affidamento diretto del servizio. Sotto altra prospettiva, ed in ragione della sua presunta duttilità, il modello societario è parso quello più idoneo a soddisfare l'esigenza del coordinamento comunale per la gestione di servizi pubblici.

A ciò si è aggiunta la sopravvenuta impraticabilità delle diverse soluzioni strutturali (consorzi) precedentemente offerte dall'ordinamento.

In un contesto come quello descritto, peraltro stabilizzatosi da alcuni anni, si sono però inseriti due fatti nuovi. In primo luogo, appare ormai evidente che la disciplina delle società pubbliche vada ripensata ([3]). Lo stesso settore dei servizi pubblici locali, poi, è sottoposto ad un ulteriore (e non ancora concluso) tentativo di riforma ad opera dell'art. 23-*bis* della l. 133 del 2008.

La domanda che ci si pone, allora, è se le società integralmente pubbliche potranno continuare a rappresentare validamente il modello principale per la gestione associata dei servizi, evidentemente laddove vi fossero alternative disponibili.

Prima di procedere è utile, però, fare un passo indietro.

Dopo quasi un ventennio di furiosa espansione ([4]), anche fuori dall'ambito di erogazione dei servizi pubblici locali (nella pianificazione urbanistica, ad esempio o nell'ambito sanitario attraverso lo strumento delle sperimentazioni gestionali ([5])), si

(3) Interessante, in proposito, il recente rapporto Assonime, con commento di G. SCIULLO, Sul riordino del quadro giuridico delle società pubbliche secondo il Rapporto Assonime, *www.giustamm.it.*

(4) Secondo il rapporto Unioncamere 2007, le società partecipate da Comuni, Province, Comunità montane alla fine del 2005 erano 4874 (+5,9% dal 2003). Di queste: il 65% controllate con più del 50% del capitale, con una tendenza ad aumentare le società controllate (+12%) rispetto a quelle solo partecipate ed a incrementare il controllo totalitario al 100% (202 società in più di tre anni).

(5) In tema di società per le sperimentazioni gestionali, si v., tra gli altri, M. CLARICH, *La società mista a capitale pubblico e privato: un modello possibile nella sanità?*, cit., p. 223 e ss.; M. DUGATO, *Società e joint venture nella gestione dei servizi sanitari*, in *San. pubbl.*, 1998, p. 517 e ss.; ID., *Commento all'art. 9*-bis, in *Il nuovo servizio*

è aperta una fase di profonda riconsiderazione e quasi di sfavore nei confronti del modello societario ([6]).

Le ragioni sono diverse. Intanto, alla prova dei fatti in alcuni casi le società pubbliche locali si sono rivelate fonte di sprechi e inefficienze ([7]). Si tratta di un fenomeno che si è acuito negli ultimi anni anche per effetto dell'utilizzazione sempre più frequente di società integralmente pubbliche che hanno riproposto tutte le tradizionali problematiche relative alla loro presunta "natura pubblicistica", con le relative conseguenze in merito all'applicazione di una determinata disciplina (pubblicistica,

sanitario nazionale, a cura di F.A. ROVERSI MONACO, Rimini, Maggioli, 2000, p. 366 e ss. Rispetto all'utilizzo del modello societario nella trasformazione urbanistica, si v., G. BERGONZINI, *Le "società di trasformazione urbana"* (art. 17, comma 59, legge n. 127 del 1997) in *Riv. giur. urb.*, 1997, p. 125 e ss.; M. DUGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 511 e ss.; S. STANGHELLINI, *Le società di trasformazione urbana, strumento evoluto per la gestione di processi complessi*, in *Riv. trim. appalti*, 1998, p. 285 e ss.; C. VITALE, *Società di trasformazione urbana e riqualificazione urbana nell'urbanistica per progetti*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 591 e ss.

(6) Sulle società a partecipazione pubblica, si v. in particolare, G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rassegna*, 1995, p. 1082 e ss.; M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999, II ed.; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Ipsoa, 2001; C. MARZUOLI, *Società a partecipazione pubblica minoritaria per l'esercizio dei pubblici servizi locali e disciplina mediante regolamento*, in *Le società miste per i servizi locali, Atti del Convegno di Messina, 22-23 novembre 1996*, a cura di F. Trimarchi, Milano, Giuffrè, 1999, p. 185 e ss.; V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1992, p. 115 e ss.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 51 e ss. Più di recente, F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 589 e ss.; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 842 e ss.; F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 239 e ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 915 e ss.; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 747 e ss.; ID., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra* outsourcing *e* in house providing, in *Dir. amm*., 2005, p. 179 e ss.

(7) Si v., in proposito, la delibera della Corte dei Conti n. 13/2008 del 18 settembre 2008 sullo stato dei controlli della Corte dei Conti sugli organismi partecipati dagli enti locali, *www.dirittodeiservizipubblici.it.*

appunto).

Per rispondere alla domanda che ci si è posti relativamente all'opportunità di continuare ad utilizzare il modello societario nei termini che si sono detti, verrà allora analizzato il regime oggi applicabile alle società in questione, alla luce delle più significative pronunce giurisprudenziali e dei recenti interventi normativi in materia.

2. *Servizi pubblici locali, strumenti societari e affidamenti* in house

Benché non più innovative, le società a partecipazione continuano a destare interesse nel dibattito dottrinale, per aver assunto negli anni scorsi tratti profondamente diversi rispetto al passato.

Innanzitutto l'introduzione dell'affidamento *in house*, a bilanciamento dell'affermazione del principio della gara per la selezione del gestore, ad opera delle recenti riforme del settore ([8]), ha spinto gli enti locali a costituire società che presentassero

(8) In tema, L. AMMANNATI, *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 906 e ss.; G. CAIA, *I problemi della transizione dal vecchio al nuovo ordinamento, www.giustamm.it.*; M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, p. 513 ss., M.P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, in *Foro amm.-TAR*, 2006, p. 1161 e ss.; V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 311; M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 218 e ss.; ID., *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 24 e ss.; ID., *I servizi pubblici locali, in Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, pt. s., Milano, Giuffrè, 2003, p. 2581 e ss.; ID., *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 519; A. GRAZIANO, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. app.*, 2005, p. 1369 e ss.; L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 575 e ss.; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nell'organizzazione del servizio pubblico locale*, Milano, Giuffré, 2007, spec. pp. 223- 304; G. SCIULLO, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, *www.lexitalia.it*, n. 12, 2003; A. VIGNERI, *Brevi osservazioni sul nuovo art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, in materia di servizi pubblici locali*, *www.astridonline.it*; ID., *Questioni di attualità nelle modalità di gestione dei servizi*

i requisiti per poter beneficiare dell'affidamento *in house* del servizio e dunque senza gara. Ne è derivato, corrispondentemente, il ridimensionamento delle vecchie società miste, nei confronti delle quali, salvo quanto si dirà, non dovrebbe essere consentito l'affidamento diretto ([9]).

La veste integralmente pubblica che le società partecipate dagli enti locali hanno progressivamente assunto per poter essere qualificate *in house*, insieme agli altri requisiti a ciò necessari, ha imposto anche il ripensamento delle dinamiche di governo delle società stesse, rispetto alle quali la partecipazione del privato (che aveva originariamente rappresentato il principale elemento di novità), finisce per diventare quasi irrilevante.

Prima di andare oltre, è bene precisare che non tutte le società costitute o partecipate dagli enti locali si occupano di servizi pubblici. D'altra parte, le società con questa missione sono diventate in qualche modo l'archetipo delle partecipazioni societarie locali, non solo da un punto di vista quantitativo ([10]), ma anche perché sono state le prime ad essere esplicitamente disciplinate. Pertanto, anche società costituite per fare altro, si rifanno al modello delle società che gestiscono servizi pubblici locali, per gli aspetti non puntualmente disciplinati ([11]).

Ad ogni modo, il dato dal quale si intende partire è la presunta crisi del modello della società mista ([12]), cui si accennava.

---

pubblici locali, *ibidem;* ID., *Le novità in tema di servizi pubblici regionali e locali nella finanziaria 2006 e nel d.l. 30 dicembre 2005 n. 273*, *ibidem*.

(9) Sul punto, è poi intervenuto il noto parere rilasciato dal Consiglio di Stato in data 18 aprile 2007, n. 456, *www.dirittodeiservizipubblici.it*, secondo il quale sarebbe possibile, a determinate condizioni, l'affidamento del servizio a società mista. Negli stessi termini da ultimo, la già richiamata sentenza del TAR Puglia, 17 giugno 2009, n. 1525, *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

(10) Il 15,1% delle società locali operano nel settore di energia, gas e acqua; l'8,9% in trasporti urbani e l'8,1% nello smaltimento rifiuti.

(11) In questi termini, Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2009 n. 1555, *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

(12) Va detto, peraltro, che in ambito comunitario la società mista rappresenta semplicemente una delle possibili alternative gestionali di cui le autorità pubbliche dispongono, cui il diritto comunitario si interessa solo nella misura in cui osti all'applicazione delle norme sulla concorrenza. Si v., in proposito, il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni. Testo presentato dalla Commissione europea il 30 aprile 2004, n.

Si tratta dell'ultima tappa dell'evoluzione del settore, che, nella ricerca di modelli che garantissero il rispetto dei principi comunitari di concorrenza e parità tra gli operatori, ha generalizzato il principio della gara per l'affidamento del servizio, di fatto rendendo il modello della società mista meno appetibile per il socio privato di quanto non fosse in passato ([13]).

Quel che si è detto vale, evidentemente, per i servizi a rilevanza economica ([14]), la cui disciplina generale era contenuta all'art. 113 del Testo Unico degli enti locali ([15]), di recente abrogato in alcuni punti ad opera dell'art. 23-*bis*.

A seguito dei richiamati interventi di riforma del settore il sistema dei servizi pubblici locali sembrava essersi spaccato in due per effetto dell'introduzione di due modalità di affidamento del servizio: l'esternalizzazione e la gestione *in house*. A cavallo tra le due, secondo le prime ricostruzioni giurisprudenzia-

COM (2004), *www.dirittodeiservizipubblici.it*. Negli stessi termini, la risoluzione del Parlamento europeo n. 2006/20043 del 26 ottobre 2006, *www.europa.eu.int*.

(13) È noto infatti che le società miste nascevano negli anni '90 prevalentemente con l'obiettivo di mettere insieme risorse e competenze pubbliche e private. Se si aderisce alla ricordata tesi della necessità della gara per l'affidamento del servizio a società mista è chiaro, però che tale strumento diventerebbe di fatto inutile.

(14) Sul tema, tra gli altri, il Tar Lazio, II, 23 agosto 2006, n. 7373, *www.dirittodeiservizipubblici.it*, che precisa che "la differenza tra i servizi a rilevanza economica e quelli ne sono privi si può rinvenire nel fatto che un servizio ha rilevanza economica quando si innesta in un settore in cui esiste, perlomeno in potenza, una redditività e, quindi, una competizione sul libero mercato, indipendentemente da forme di finanziamento pubblico, più o meno cospicuo, dell'attività in questione".

(15) Per i servizi privi di rilevanza economica, a seguito della pronuncia della nota sentenza n. 272 del 2004 della Corte costituzionale, che ha condotto all'abrogazione dell'art. 113-*bis*, ad essi espressamente dedicato, si è stabilita in materia la competenza regionale. Sul tema si veda, G. SCIULLO, *Stato, regioni, e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, *www.lexitalia.it*, n. 7-8, 2004. Inutile dire quanto si riveli complesso alla luce della disciplina vigente, stabilire in concreto quando un servizio possa qualificarsi economico. Interessante la sentenza del TAR Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729, *www.dirittodeiservizipubblici.it*, nella quale sul presupposto che la natura economica o non economica del servizio è legata al suo impatto sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività, si nega che possano essere affidati direttamente i servizi pubblici concernenti la gestione della comunità di alloggio per minori, del centro diurno per minori e della mensa sociale, di assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, di consegna di pasti caldi ad anziani, i quali possiedono natura sicuramente economica, suscettibili in astratto di essere gestiti in forma remunerativa e per i quali esiste certamente un mercato concorrenziale.

li, le società miste, che di fatto non rappresentavano un'ipotesi di ricorso al mercato, ma non rientravano neppure nelle ipotesi che legittimavano l'affidamento diretto, (a causa della partecipazione del socio privato che escludeva la configurabilità del controllo analogo), avrebbero dovuto finire per scomparire.

In proposito, però, è bene precisare, che nell'ottica del diritto comunitario esistono due modalità alternative di erogazione del servizio; quella dell'autoproduzione e quella dell'esternalizzazione, entrambe generalmente utilizzabili.

Benché ordinariamente prevista dal diritto comunitario, la modalità *in house* si presta, però e in conseguenza di interpretazioni quanto meno discutibili di una parte della giurisprudenza amministrativa ([16]), a diventare la via legale all'elusione del principio di concorrenza nell'affidamento del servizio pubblico. Per evitarlo, i presupposti che ne giustificano l'utilizzazione andrebbero interpretati restrittivamente ([17]).

Così, allora, solo in ipotesi in cui il rapporto tra l'amministrazione e la società rimanga di rilevanza puramente "interna", la concorrenza non opererebbe e il principio della gara per l'affidamento del servizio potrebbe legittimamente essere derogato.

Ad ogni modo, è evidente che dietro la diffusione delle gestioni *in house* vi sia la naturale ritrosia degli enti locali a rinunciare ad un ruolo di gestione in senso proprio del servizio.

Le ragioni sono note. L'ente locale rimane in ogni caso responsabile della scarsa qualità o dell'eccessiva onerosità della prestazione erogata, anche nell'ipotesi in cui ciò avvenga ad opera di un'impresa privata, perché ciò non elimina in capo

(16) Ciò non è, peraltro, sempre vero. In alcuni casi i giudici amministrativi si sono preoccupati di circoscrivere l'ambito di applicabilità del modello *in house*, anche prevedendo requisiti ulteriori rispetto ai due tradizionali. È il caso di TAR Veneto, sez. I, 2 febbraio 2009, n. 236 , che sostiene la possibilità di disporre l'affidamento in house solo nel caso in cui il soggetto affidatario abbia l'effettiva possibilità, all'interno del proprio contesto organizzativo, di svolgere con le proprie risorse il servizio oggetto dell'affidamento medesimo.

(17) In proposito si v. la sentenza del Cons. reg. sic., sez. giur. del 4 settembre 2007, sul sito *www.dirittodeiservizipubblici.it*, che interpreta in modo assai penetrante la sussistenza dei requisiti del controllo analogo e del soggetto dedicato.

all'amministrazione i doveri di controllo e regolazione dell'efficiente svolgimento del servizio ([18]).

Ancora e tradizionalmente sui servizi resi alla collettività gli organi di governo dell'ente misurano la propria capacità rappresentativa. Una buona amministrazione è da sempre quella che fornisce ai cittadini servizi efficienti; comprensibile, dunque, la scarsa disponibilità delle amministrazioni locali a perderne il controllo diretto.

Per conservare un potere di controllo "interno" ([19]) sulla gestione del servizio gli enti locali costituivano dunque società miste, che oggi diventano *in house* per continuare a beneficiare degli affidamenti diretti.

Affinché, però, l'affidamento del servizio alla società *in house* risulti compatibile con l'ordinamento comunitario è necessario che vengano rispettati i due requisiti del controllo analogo e del soggetto dedicato. Non è necessario, qui, ripercorrere il dibattito dottrinale ([20]) e le interpretazioni giurisprudenziali comunitarie ([21]) e nazionali ([22]), che si sono spesi sull'in-

(18) D'altra parte, come si sa, l'art. 13 del Testo Unico degli enti locali attribuisce al Comune le funzioni che riguardano la popolazione ed il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità.

(19) Esiste anche un controllo "esterno" sulla gestione del servizio, che viene esercitato dall'ente locale soprattutto per mezzo del contratto di servizio, il cui riferimento generale è contenuto al co. 11 dell'art. 113 del Testo Unico.

(20) Sul tema, tra gli altri, M. CAPANTINI, *Contratto di servizio e affidamenti in house, in Riv. ital. dir. pubbl. com*., 2004, p. 801 e ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione* in house, Napoli, Jovene, 2003; R. CAVALLO PERIN, *L'*in house providing*: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 51 e ss.; M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 929 e ss.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismo di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 61 e ss.; G. PIPERATA, *L'affidamento* in house *alla luce della giurisprudenza del giudice comunitario: una storia infinita*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 133 e ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato*, cit.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, cit.

(21) Tra le più note pronunce della Corte di Giustizia sul punto si v.: la sentenza Teckal, 18 novembre 1999, causa C-107/98, (su cui C. ALBERTI, *Appalti* in house*, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 495 e ss.; G.GRECO, *Gli affidamenti* in house *di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, ibidem, 2000, p. 1461 ss.); 11 gennaio 2005, C-26/03 "Stadt Halle", ibidem, 2005, p. 992 e ss. con nota di V. FERRARO, *La nuova ri-*

terpretazione dei suddetti requisiti.

È sufficiente ricordare che secondo l'interpretazione giurisprudenziale consolidata, l'apertura della società a capitali privati escluderebbe automaticamente il controllo analogo.

È noto, peraltro, come di recente la Corte di Giustizia abbia manifestato una significativa apertura sul punto ([23]), sottolineando come la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società non sia sufficiente, per concludere che il controllo analogo sia insussistente proprio per tutelare il principio dell'indifferenza del diritto comunitario rispetto all'alternativa tra esternalizzazione e autoproduzione ([24]).

Si richiama, poi, ad un principio di certezza del diritto la Corte ([25]) quando precisa che laddove "non vi sia alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale della società ad investitori privati la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatto".

---

costruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle; 22 luglio 2005, C-232/03, Coname c. Comune di Cinghia de' Botti, *www.curia.eu.int*; Grande sezione, 27 luglio 2005, C-231/03, *www.dirittodeiservizipubblici.it*; nota sentenza del 13 ottobre 2005, C- 458/03 "Parking Brixen", in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 133 e ss., con nota di G. PIPERATA; 6 aprile 2006, C- 410/2004, www.curia.eu.int; 11 maggio 2006, C-340/04, ivi.

(22) Anche la produzione giurisprudenziale nazionale sul tema è notevole. *Ex plurimis*, Consiglio di Stato,V, 19 febbraio 2004 n. 679, in *Foro amm*., 2004, p. 116 e ss. con nota di L.R. PERFETTI, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi* extra legem *e Consiglio di Stato*, V, 22 aprile 2004, n. 2316 (ord.), in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 849 e ss. con commento di A. MASSERA, *L'*"in house providing*": una questione da definire e ancora* in *Foro amm.*, 2004, p. 1136 e ss. con nota di S. COLOMBARI, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali.*

(23) Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia europea, 17 luglio 2008, n. C-371/05, in *Riv. trim. app.*, 2009, con commento di P. SCARALE, p. 170 e ss.

(24) Sul punto, L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, pt. s., Tomo IV, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1887.

(25) Corte di Giustizia europea, sez. III, 10.09.2009, n. c- 573/07, *www.dirittodeiservizipubblici.it.*

2.1. *Segue. Le società pluricomunali*

Il secondo elemento di novità (oltre alla veste integralmente pubblica) nel panorama delle società in esame è quello del frazionamento del capitale pubblico tra una pluralità di enti locali, che intendono svolgere il servizio in forma congiunta. Ipotesi che però pone almeno due ordini di problemi ([26]): *a)* la legittimità rispetto al diritto societario nazionale; *b)* la compatibilità con i principi comunitari.

In particolare, è da chiedersi se e come possa garantirsi in tali ipotesi che ciascun ente eserciti un controllo analogo sulla società, tale da giustificare l'affidamento diretto del servizio. La questione è rilevante, perché rappresenta uno dei criteri, in base ai quali valutare l'opportunità del modello in esame per le ipotesi di gestione congiunta del servizio.

La Corte di Giustizia si è pronunciata sul punto con una nota sentenza ([27]) e confermando l'atteggiamento sostanzialista più volte manifestato ([28]), ha ritenuto astrattamente compatibile con i principi comunitari la partecipazione di una pluralità di enti alla società *in house*, sul presupposto che la nozione di "ente pubblico" dovesse essere intesa come riferita ad uno o più soci pubblici.

Ciò premesso, ha concluso la Corte, affinché l'affidamento *in house* sia legittimo, è però necessario che ciascun ente partecipante eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Il giudice comunitario non dice, però, che tipo di strumento sia in grado di assicurare il controllo analogo in questa ipotesi.

(26) In proposito, sia consentito rinviare a C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, in *Studi*, cit., 63 e ss.

(27) Si tratta della già citata sentenza della Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04.

(28) In particolare, nell'ottica del diritto comunitario ciò che conta è il rispetto delle norme sugli appalti e sulle concessioni quando l'amministrazione ricorra al mercato per l'acquisizione di beni e servizi, rimanendo invece irrilevante in quali particolari forme l'amministrazione operi quando decide di adempiere ai propri compiti mediante proprie strutture e senza far ricorso ad entità esterne. Così si esprime la Corte di Giustizia nella citata sentenza "Stadt Halle".

La questione è stata oggetto, peraltro, di un'interessante decisione del giudice amministrativo ([29]), nella quale si sostiene che la società *in house* dovrebbe diventare la struttura prescelta dagli enti coinvolti per lo svolgimento in comune di un servizio pubblico ([30]).

Ad ogni modo, ciò che suscita perplessità nell'ipotesi in questione, è una società per azioni ([31]), in cui ciascuno dei soci minoritari, da solo, sia in grado di condizionare l'attività sociale in modo così penetrante come la disciplina in materia di controllo analogo richiede, tanto più in un sistema come quello oggi vigente in cui, l'assemblea rimane quasi del tutto priva di poteri decisionali in ordine alla gestione in concreto delle attività sociali ([32]).

Di recente è però intervenuto sul tema anche il Consiglio di Stato ([33]), per precisare che nel caso di società partecipate da

(29) TAR Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634 in *Foro amm.-TAR*. 2005, p. 1934 ss. con nota di A. LOLLI.

(30) Il giudice amministrativo suggerisce le convenzioni di diritto pubblico (*ex* art. 30 Testo Unico enti locali), come strumento ideale a garantire che il controllo analogo venga svolto da tutti gli enti partecipanti alla società e non solo da quanti tra questi ne detengano la maggioranza.

(31) A diverse conclusioni potrebbe forse giungersi per tipologie societarie diverse dalla società per azioni. Il riferimento è alle società cooperative a mutualità prevalente disciplinate dagli artt. 2512 e ss. del c.c.

(32) La versione attuale dell'art. 2364 c.c. si limita infatti a prevedere che "l'assemblea deliberi... sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferme in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti. È noto, invece, come proprio in base alla precedente versione dell'art. 2364, si giustificassero quelle clausole degli statuti delle società locali che riservavano all'assemblea ordinaria, tra gli oggetti attinenti alla gestione societaria, anche la fissazione degli indirizzi generali per la gestione della società medesima e lo sviluppo dei servizi, ai quali il consiglio di amministrazione si sarebbe dovuto attenere per il perseguimento delle finalità sociali.

(33) La pronuncia è la n. 1365 del 9 marzo 2009 della V sez. Ne discende, precisano i giudici, che affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è infatti indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un "controllo" della *governance* societaria. Nel caso esaminato, attraverso l'istituzione di un organo, denominato Assemblea dei Sindaci, i Comuni soci si sono riservati, oltre a rafforzati poteri di controllo sulla gestione, il potere, ad esercizio necessariamente congiunto (stante il metodo di voto all'unanimità), di approvare in via preventiva tutti gli atti più rilevanti della società, ovverosia, tra le altre, tutte le deliberazioni da sottoporre all'assemblea straordinaria, quelle in materia di acquisti e cessioni di beni e partecipazioni, quelle relative alle

più enti pubblici il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario deve essere effettivo, ancorché esercitato congiuntamente e, deliberando a maggioranza, dai singoli enti pubblici associati.

Il requisito del controllo analogo non sottenderebbe, secondo i giudici, una logica "dominicale", rivelando piuttosto una dimensione "funzionale".

Per verificare la sussistenza del requisito del controllo analogo nell'ipotesi considerata, il Consiglio di Stato applica dunque non l'approccio atomistico, che considera singolarmente la posizione di ciascun ente, ma quello sintetico imperniato sui rapporti tra la collettività degli enti soci e la società ([34]).

In proposito, occorre peraltro ricordare che la più recente disciplina delle società per azioni contiene un espresso limite ad un uso "distorto" del potere di indirizzo sulla società, derivante dalla previsione della responsabilità per attività da direzione e coordinamento, per l'ente che abbia agito nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società.

Sempre sul piano della riconducibilità delle società pluricomunali agli ordinari schemi di diritto societario, non va neppure trascurata l'incidenza della disposizione contenuta nella finanziaria per il 2007 ([35]) e relativa alla riduzione del numero dei componenti del consiglio di amministrazione delle partecipate sull'ipotesi in esame ([36]). In particolare, nei casi in cui gli am-

modifiche dei contratti di servizio, quelle in tema di nomina degli organi e quelle in ordine al piano industriale. È evidente, conclude il Consiglio di Stato, che a quelle condizioni la mancata considerazione della sola gestione ordinaria non esclude la sussistenza di un controllo analogo concreto e reale, posto che gli atti di ordinaria amministrazione non potranno discostarsi dalle determinazioni preventivamente assunte dall'Assemblea dei Sindaci in ordine a tutte le questioni più rilevanti.

(34) Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

(35) Il riferimento è ai commi 725 e ss. della l. 296 del 27 dicembre 2006 (finanziaria per il 2007).

(36) Sul tema sono intervenuti come si sa il d.P.C.M. 26 giugno 2007 – Determinazione dell'importo di capitale delle società partecipate dagli enti locali ai fini dell'individuazione del numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione e la circolare della Presidenza del C.d.M. del 13 luglio 2007 concernente "l. finanziaria per il 2007 (l. n. 296 del 2006), commi da 725 e ss.: Disposizioni in tema di compensi, numero e nomina degli amministratori di società partecipate da enti locali. En-

ministratori siano espressione di enti diversi, occorrerà riconsiderare gli assetti societari, proprio ai fini della permanenza del requisito del controllo analogo, a seguito delle deliberazioni con cui verrà ritoccata la composizione dei consigli di amministrazione e risulteranno eventualmente sovvertiti gli equilibri tra maggioranza ed opposizione.

Oltre che di compatibilità interna (tra diritto societario e disciplina delle società pubbliche), si pone poi, come anticipato, un problema di legittimità rispetto all'ordinamento comunitario di quegli strumenti, introdotti in via legislativa, che consentano agli enti locali di "governare" le società fuori dagli ordinari schemi di diritto societario.

A questo proposito occorre ricordare che di recente, la Corte di Giustizia ([37]) ha censurato l'art. 2449 ([38]) del c.c., che autorizzava l'ente locale a conservare il potere di nominare la maggioranza assoluta dei membri del consiglio di amministrazione di un'impresa in cui lo stesso ente pubblico detenesse una quota azionaria di minoranza, per contrasto con il principio della libera circolazione dei capitali ai sensi dell'art. 56 CE ([39]).

Sulla disposizione in questione molto si è detto ([40]). Con la

---

trambi i provvedimenti sono consultabili su *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

(37) Si tratta della pronuncia della Corte di Giustizia europea, 6 dicembre 2007, causa C-463/04.

(38) Il sistema è stato di fatto messo in crisi dalla pronuncia del Tar Lombardia n. 175 del 13 ottobre 2004, *www.dirittodiservizipubblici.it*, con cui era stata rimessa alla Corte di Giustizia europea la questione se l'art. 2449 c.c. fosse compatibile con l'art. 56 del Trattato CE (su questo si v. *infra*).

(39) Interessanti, in proposito, le considerazioni svolte dall'Avvocato Generale Poiares Maduro, nelle conclusioni presentate il 7 settembre 2006 per la causa C-463/04 relativa al caso della società AEM del comune di Milano. Il testo è consultabile su *www.diritttodeiservizipubblici.it.* Sul tema, si v. le considerazioni di F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Società pubbliche tra* golden share *e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in *www.giustamm.it.* In proposito sia consentito rinviare anche a C. VITALE, *La Corte di Giustizia "boccia" l'art. 2449 del codice civile*, in *Giorn.dir. amm.*, 2008, p. 521 ss.

(40) Non è possibile in questa sede neppure richiamare la vasta bibliografia sul tema. Si segnala però una nota pronuncia della Corte di Cassazione in cui sul presupposto della natura privata della società, benché a partecipazione pubblica, si afferma il carattere privatistico della revoca con conseguente attribuzione della competenza in materia al giudice ordinario. Si tratta della pronuncia del 15 aprile 2005, n. 7799 in *Serv. pubbl. app.*, 2005, p. 822 con nota di F. GOGGIAMANI, (ove riferimenti biblio-

più recente riforma del diritto societario, tuttavia, il suo contenuto era rimasto sostanzialmente immutato e la sua portata diventata anche più incisiva.

La pronuncia della Corte è importante perché richiama all'attenzione del dibattito la questione della compatibilità della disciplina delle società pubbliche non solo con il diritto societario "comune" quanto con l'ordinamento comunitario. Ciò vale, peraltro, non solo per le società pluricomunali, ma più in generale per le società pubbliche, specie se *in house*.

In proposito, può sostenersi che le società *in house* rappresentano una figura societaria "speciale", definita dalla previsione contenuta all'art. 113 del Testo Unico e dal rinvio alla disciplina comunitaria nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia ([41]).

A ben guardare, però, l'*in house* applicato al nostro sistema dei servizi pubblici locali in qualche misura si distacca dal modello comunitario. Le nostre società *in house* in molti casi altro non sono che le vecchie società miste diventate integralmente pubbliche.

È proprio questa forzatura ([42]) a non trovare, ad avviso di chi scrive, altra giustificazione se non quella di evitare l'applicazione dei meccanismi introdotti a tutela della concorrenza ([43]).

---

grafici sul tema).

(41) In questo senso, M. DUGATO, *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione. Dal* global service *all'*in house providing *come forma organizzativa tipizzata di derivazione comunitaria*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Bologna, Bononia university press, 2007, p. 90.

(42) Precisa, in proposito, il TAR Marche, 11 aprile 2007, n. 500, *www.dirittodeiservizipubblici.it*, che il requisito del controllo analogo deve essere inteso in modo ben diverso dal vincolo di subordinazione che esiste tra organi e uffici interni all'ente locale, giacché diversamente, sarebbe impossibile gestire i servizi pubblici locali mediante società a totale capitale pubblico.

(43) Di recente, il TAR Toscana, II, 18 maggio 2007, n. 762, *www.dirittodeiservizipubblici.it*, si pronuncia per l'illegittimità di un affidamento *in house* del servizio di gestione rifiuti data l'esiguità da parte del comune della titolarità del capitale (1%) della società affidataria, sul presupposto che la percentuale di assoluta minoranza detenuta dal comune rende di fatto impossibile l'esercizio nei confronti della società affidataria del controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici, dato che lo statuto dispone espressamente che le decisioni assembleari sono adottate con il voto favore-

Certamente, nell'ottica del diritto comunitario l'*in house* può essere ricondotto alla tematica dell'atipicità delle forme organizzative; nell'ambito dei servizi pubblici locali, tuttavia, non può non cogliersi una frizione con i principi ispiratori delle recenti riforme del settore.

Anticipando, dunque, quanto verrà precisato in seguito, si ritiene qui che il sistema andrebbe ripensato, con la riaffermazione di un principio di autonomia nell'organizzazione del servizio ([44]), che lasci agli enti locali il compito di individuare quale (e al verificarsi di quali presupposti) sia il modello più efficiente eliminando la predeterminazione delle forme di gestione che ha condotto, ci pare, ad un'intollerabile ibridazione degli istituti ([45]).

3. *Varianti organizzative per la gestione in comune di un servizio pubblico locale*

Per verificare l'opportunità della scelta dell'ente locale di costituire una società per l'erogazione congiunta di un servizio è necessario però domandarsi se esistano delle soluzioni alternative.

In proposito, occorre ricordare che prima delle riforme degli anni scorsi, l'esigenza della gestione associata di un servizio pubblico poteva essere soddisfatta attraverso i consorzi ([46]).

vole dei soci che rappresentino i quattro quinti del capitale sociale.

(44) Sul tema si rinvia al lavoro di G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit.

(45) È forse utile ricordare che negli anni '90 attraverso la formulazione della l. 142 del 1990 gli enti locali potevano decidere, sia pure al verificarsi dei presupposti indicati dalla legge, quale modello di gestione scegliere (gestione in economia, società a partecipazione pubblica, azienda speciale).

(46) Sul tema in generale, M. BERNARDI, *Consorzi fra enti locali*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 414 e ss.; G. CAIA, *Le aziende speciali: carattere imprenditoriale e novità legislative*, in *I servizi pubblici locali. Evoluzione e prospettive*, a cura di G. CAIA, Rimini, Maggioli, 1995, p. 53 e ss.; R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al Testo Unico sulle autonomie locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267)*, Padova, Cedam, 2006, p. 30 e ss.; F.C. RAMPULLA, *Consorzi tra enti locali*, in *D. disc. pubbl.*, Torino, Utet, 1989, p. 479 e ss.; S.A. ROMANO, *Consorzi amministrativi*, in *Enc. giur.*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1998-2001, p. 1 e ss.; L. VANDELLI, E. BARUSSO, *Autonomie locali: disposizioni generali. Soggetti*, Parte I, Ti-

L'art. 31 del Testo Unico prevede, infatti, che gli enti locali possano costituire consorzi secondo le norme in materia di aziende speciali previste all'art. 114, in quanto compatibili.

Per effetto della riforma del 2001, però, le aziende speciali consortili si sarebbero dovute trasformare entro il 30 giugno 2002 in società di capitali, secondo la procedura descritta all'art. 115 del Testo Unico. Ne discende l'inapplicabilità del modello consortile per la gestione associata dei servizi a rilevanza economica.

Qualche spazio rimane aperto, come si dirà, nel settore dei servizi privi di rilevanza economica. A seguito dell'abrogazione dell'art. 113-*bis* e dichiarata la competenza regionale in materia devono ritenersi utilizzabili, fintanto che le Regioni non avranno legiferato, le formule di gestione previste dal legislatore prima della pronuncia della Corte costituzionale, ivi compresa quella dei consorzi ([47]).

L'organizzazione del consorzio è definita dagli enti che vi partecipano per mezzo di una convenzione stipulata secondo quanto disposto dall'art. 30 del Testo Unico, che disciplina sistemi di nomina e competenze degli organi consortili, nel rispetto delle competenze generali di consiglio e sindaco (o presidente della provincia) rispetto alla definizione degli indirizzi e alla nomina e revoca dei rappresentanti dell'ente presso enti, aziende e istituzioni.

Si tratta, dunque, di un'organizzazione "di secondo livello", con un consiglio di amministrazione del consorzio nominato dall'assemblea consortile, a sua volta emanazione degli organi rappresentativi di più enti locali.

Solo qualche osservazione. Da un lato, la complessità dell'organizzazione consortile ([48]), se guardata in relazione a quella delle società, renderebbe preferibili le seconde rispetto

tolo I (artt. 1-12), Titolo II (artt. 13-35), p. 978 e ss. Rimini, Maggioli, 2004.

(47) Più precisamente, in assenza di prescrizioni sul punto contenute in leggi regionali, saranno gli enti locali ad individuare la modalità di organizzazione del servizio. In questi termini, G. SCIULLO, *Stato, regioni e servizi pubblici locali*, cit.

(48) Precisa, poi, il comma 4 dell'art. 31 che l'assemblea del consorzio è composta dai rappresentanti degli enti associati… ciascuno con responsabilità pari alla quota di partecipazione fissata dalla convenzione o dallo statuto.

alla prima. Un esempio, è certamente la disciplina del recesso, semplificata dalla riforma del diritto societario del 2003, attraverso l'ampliamento delle cause che lo giustificano ([49]).

Sotto altra prospettiva, la tipologia organizzativa dei consorzi impone all'amministrazione di sostenere costi fissi non trascurabili, derivanti dal mantenimento delle strutture e degli organi necessari.

Infine il comma 6 dell'art. 31, che nel prevedere che tra gli stessi enti locali non può essere costituito più di un consorzio, introduce un ulteriore fattore di rigidità.

Questi dunque i tratti essenziali del modello in esame, del quale una significativa applicazione può ancora aversi nel settore dei beni culturali. Qui l'art. 115 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 ([50]) esplicitamente consente che le amministrazioni possano effettuare la gestione diretta del servizio di valorizzazione dei beni culturali anche in forma consortile pubblica.

Se, però, l'attuale formulazione dell'art. 115 ([51]), consente di coniugare affidamento diretto e gestione associata del servizio attraverso il richiamo alla formula consortile, al tempo stesso ne limita l'utilizzabilità alla gestione diretta, che, nel sistema complessivamente disegnato dal Codice, rimane quasi in secondo piano rispetto alla concessione a terzi.

Del resto, che la questione della praticabilità del modello *in house* si presenti particolarmente complessa nel settore in esame, è naturale conseguenza del frazionamento delle attività ascrivibili al concetto di tutela/valorizzazione di beni culturali e della sovrapposizione di fonti normative che ne deriva, talvolta ispirate a principi diversi ([52]).

(49) L'attuale versione dell'art. 2437 c.c. amplia il novero delle cause di recesso prevedendo poi che lo statuto delle società che non fanno ricorso al capitale di rischio possa prevedere ulteriori cause di recesso.

(50) Si tratta di un'innovazione dovuta al d.lg. n. 156 del 24 marzo 2006.

(51) Sul punto si v. le considerazioni di C. BARBATI, *Commento all'art. 115*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. CAMMELLI, II ed., Bologna, Il Mulino, 2007, p. 456 e ss.

(52) Ne è un esempio la sentenza del Consiglio di Stato, VI, 3 aprile 2007, n. 1514, *www.dirittodeiservizipubblici.it*, nella quale si esclude l'illegittimità di un affidamento *in house* di servizi di progettazione, conservazione, manutenzione, documentazione e catalogazione dei beni culturali, sul presupposto che a tali fattispecie vada appli-

In sintesi, però, ad avviso di chi scrive, l'affidamento *in house* dovrebbe ritenersi ammissibile se qualificato come forma di gestione diretta.

Come si vede, solo in ipotesi determinate l'ordinamento sembra offrire strumenti alternativi a quello societario per la gestione congiunta del servizio. Né, sfugge, come, anche laddove è consentita, la costituzione di organismi ulteriori quali appunto i consorzi, è in contrasto con la tendenza alla razionalizzazione e semplificazione del sistema locale. Delle società a partecipazione integralmente pubblica, sotto questo profilo sembra non potersi fare a meno. L'ordinamento, con l'eliminazione dei modelli alternativi preesistenti, non lo consente e su un piano applicativo la sostituibilità dello strumento societario, in ragione dei benefici che ne derivano, pare impensabile.

Più complicato è, invece, stabilire se le società pluricomunali a partecipazione integralmente pubblica, di cui si è detto si rivelino davvero funzionali agli obiettivi per i quali vi si ricorre.

In altre parole, è davvero possibile sostenere che le c.d. *partnerships public-public* rappresentano la modalità di gestione del servizio migliore possibile? Difficile immaginare, in assenza del contributo del privato, in che modo i comuni possano garantire gli stessi *standards* di manutenzione, innovazione e implementazione delle infrastrutture, senza aumentare le tariffe.

Che dire, poi, del rischio ancora attuale di quella che Giannini definiva una "spaventosa confusione di lingue, imposta da improvvidi novatori" ([53]), cui le società a partecipazione integralmente pubblica (per interpretazione di una certa giurisprudenza) si prestano?

---

cato il principio della gara per l'affidamento dei lavori pur se rivisto alla luce del d.lgs. n. 30 del 2004, specificamente dedicato al settore degli appalti nel settore dei beni culturali. Su questo sia consentito rinviare a C. VITALE, *La realizzazione dei lavori di restauro dei beni culturali nel decreto legislativo n. 30 del 22 gennaio 2004: qualche novità, molte conferme*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2005, p. 219 e ss.

(53) Sono le parole usate per commentare il fenomeno di "pubblicizzazione" che caratterizzava le amministrazioni pubbliche di fine '800 da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 865.

Così, allora, la transizione del sistema dei servizi pubblici locali verso la concorrenza dovrebbe essere cercata, ci pare, prevedendo una più ampia gamma di soluzioni organizzative, definendo, questo sì, con maggior rigore i presupposti di utilizzabilità dell'uno o dell'altro.

4. *Società pubbliche e servizi pubblici locali: novità legislative e interventi giurisprudenziali*

È necessario a questo punto dar conto di alcuni elementi nuovi che hanno coinvolto il settore delle società pubbliche e quello della gestione dei servizi pubblici locali.

L'istituto delle società pubbliche, come si diceva, non esaurisce la sua funzione nel settore dell'erogazione dei servizi pubblici locali, non di rado, tuttavia, il legislatore interviene parallelamente su entrambi i profili, come se li ritenesse in qualche modo legati.

È il caso della l. del 6 agosto 2008, n. 133 che al proprio interno contiene disposizioni che si occupano di società pubbliche in generale (art. 18) e di servizi pubblici locali di rilevanza economica (art. 23-*bis*).

Oltre alle questioni di raccordo tra le due disposizioni che in alcuni punti paiono sovrapporsi è chiaro l'intento, comune ad entrambe, della tutela del mercato ([54]).

Ma andiamo con ordine. L'art. 18 impone alle società a partecipazione integralmente pubblica che gestiscono servizi pubblici locali di adottare criteri e modalità per il reclutamento del personale ([55]) nel rispetto dei principi di cui al comma 3 del-

(54) Entrambe le norme sono infatti collocate nel capo IV della legge dedicato a liberalizzazioni e deregolazione.

(55) Si tratta, peraltro, di un principio in precedenza già invocato. Si v., ad es., la l. reg. Abruzzo, n. 23/2004 in materia di servizi pubblici a rilevanza economica, rispetto alla quale la Corte costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 29/2006 (in *Urb. appalti*, 2006, p. 551 con commento di O.M. CAPUTO), per la non fondatezza della questione di illegittimità dell'art. 7, co. 4, lett. *f)*, nella parte in cui obbliga le società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizio pubblico al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di per-

l'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 ([56]).

Le altre società, continua l'art. 18, cioè a dire quelle che non gestiscono servizi pubblici locali e rispetto alle quali la partecipazione pubblica è totalitaria o di controllo, adottano criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Sono invece escluse dall'applicazione delle disposizioni dell'art. 18 le società quotate su mercati regolamentati.

Rimarrebbero, dunque, fuori dall'applicazione dell'art. 18, le società in cui la partecipazione pubblica sia minoritaria e quelle quotate in borsa nei mercati regolamentati. Le prime, in quanto non espressamente richiamate dalla norma, coerentemente con l'idea che esse debbano essere qualificate come società private a tutti gli effetti; le altre, perché invece esplicitamente escluse dall'ambito di applicazione della stessa.

È necessario precisare, che all'articolo richiamato viene inserita una disposizione ulteriore, relativa all'applicazione dei divieti o limitazioni alle assunzioni di personale previsti a carico delle pubbliche amministrazioni, anche alle società a partecipazione pubblica 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 da supporto di funzioni di natura pubblicistica ([57]).

---

sonale dipendente, in base alla considerazione che «la società, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico ad enti pubblici».

(56) In particolare, le pubbliche amministrazioni nelle procedure per il reclutamento di personale devono conformarsi ai seguenti principi: *a)* adeguata pubblicità della selezione e delle modalità di svolgimento che garantiscano imparzialità, economicità e celerità di espletamento; *b)* adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti idonei a verificare il possesso dei requisiti richiesti alla posizione da ricoprire; rispetto delle pari opportunità; *c)* decentramento delle procedure di reclutamento; *d)* composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di comprovata esperienza nelle materie di concorso.

(57) Si tratta del comma 2-*bis* inserito dall'art. 19 della l. 102 del 3 agosto 2009 di conversione del d.l. 1 luglio 2009, n. 78.

Ad ogni modo, la disposizione richiamata va coordinata con l'art. 23-*bis* che al comma 10 lett. *a)* prevede che il Governo emani regolamenti al fine di "prevedere… 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.

Ad una prima lettura, sono due gli elementi subito evidenti. Intanto, l'art. 23-*bis* viene inserito in sede di conversione quasi a mitigare la portata dell'art. 18.

La disposizione richiamata non contiene, infatti, una disciplina puntuale delle disposizioni che le società pubbliche dovranno applicare, ma impone al Governo di emanare regolamenti che impongano l'assoggettamento delle società *in house* e di quelle miste alle procedure di evidenza pubblica per l'assunzione del personale.

Anche l'impatto delle due disposizioni sul sistema è differente. Mentre l'art. 18 sancisce la sottoposizione delle società a totale o prevalente capitale pubblico (si parla in particolare di partecipazione di controllo), che gestiscono servizi pubblici locali, ad alcune disposizioni del T.U. sul pubblico impiego (art. 35, comma 3) e genericamente ora i divieti in tema di assunzione di personale; il comma 10, lett. *a)* dell'art. 23-*bis*, precisa che tra le società che svolgono servizi pubblici a rilevanza economica, sia quelle miste che quelle *in house*, devono seguire le procedure di evidenza pubblica per l'assunzione del personale.

L'ambito di applicazione della norma è, dunque, più ristretto (per i soli servizi a rilevanza economica) ed il suo effetto più blando (procedura di evidenza pubblica può voler dire molte cose, tra le quali non possono però automaticamente ricomprendersi i principi che regolano le procedure di reclutamento delle pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 35, comma 3).

Negli altri casi, vale a dire per le società a partecipazione pubblica prevalente o totalitaria, fuori dall'ambito dei servizi pubblici a rilevanza economica, si determina paradossalmente un regime più severo, con l'estensione diretta dell'art. 35, comma 3.

Non vi è, dunque, un contrasto tra le due disposizioni, ma un distinto ambito di applicazione.

Non è chiara, peraltro, la *ratio* delle due disposizioni. Se si voleva in qualche modo scoraggiare il ricorso indiscriminato ad alcuni modelli societari, estendendo ad essi una più disciplina rigorosa (perché pubblicistica) relativa al reclutamento del personale si sarebbe forse dovuto utilizzare l'art. 35 del Testo Unico e non un generico richiamo al rispetto delle procedure di evidenza pubblica.

Ancora. Le uniche società (nell'ampia categoria delle partecipate pubbliche), alle quali un simile principio potrebbe con qualche ragione essere esteso sono quelle *in house*, in ragione della relazione che le lega all'ente partecipante.

Colpisce, allora, l'equiparazione ai fini della normativa in esame tra società miste o società *in house*, laddove è noto che dottrina e giurisprudenza hanno sempre tenuto distinte tali due tipologie.

La stessa esclusione delle società quotate in mercati regolamentati appare poi poco coerente con i criteri utilizzati per l'applicazione delle disposizioni in materia di reclutamento del personale alle società pubbliche: quello della misura della partecipazione (almeno per l'art. 18) e quello dell'essere affidatari diretti del servizio per l'art. 23-*bis* ([58]).

Il combinato disposto degli artt. 18 e 23 individua, dunque, un sistema a tre livelli, scomponibile rispetto al profilo dell'attività svolta (servizi pubblici a rilevanza economica, servizi pubblici locali, altre attività) e del rigore della disciplina per il reclutamento del personale (norme del T.U. pubblico impiego; principi di derivazione comunitaria e rispetto delle procedure di evidenza pubblica).

A ben guardare, però, il rigore della disciplina per il reclu-

(58) Ciò nasconde, ci pare, il timore del legislatore che affidatarie dirette del servizio risultino anche le società miste, alle quali allora dovrebbero essere applicate le più restrittive norme sul reclutamento del personale. È nota, infatti, la giurisprudenza che ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto del servizio anche nei confronti di società miste. Si. v., tra le altre, Cons.Stato, sez. V, 18 settembre 2007, n. 4862 ed il parere del Cons.Stato, Ad., sez. II, 18 aprile 2007, n. 456.

tamento del personale non segue logicamente una determinata tipologia societaria (a partecipazione totalmente pubblica, ad esempio, nella misura in cui le società *in house* sono escluse a norma dell'art. 23-*bis*) né una determinata attività (servizi pubblici locali, perché sempre l'art. 23-*bis* esclude quelle che svolgano i servizi locali di rilevanza economica).

L'impressione generale, allora, è che l'idea originaria fosse quella dell'aggravamento delle procedure per il reclutamento del personale per le società a partecipazione integralmente pubblica o di controllo, perché ciò contribuirebbe a ridurne l'uso indiscriminato e consentirebbe una più consistente forma di liberalizzazione del settore del servizio pubblico locale.

Si tratta, del resto, della generale tendenza alla quale si faceva riferimento che ha preso avvio, in particolare, con il decreto n. 223 del 2006 (c.d. Bersani), convertito con l. n. 248 del 4 agosto 2006, che, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, proibisce alle società strumentali degli enti locali, indipendentemente dalla misura della partecipazione pubblica, di operare in altri territori e per conto di enti diversi da quello o quelli che la costituiscono ([59]).

Sulla stessa linea, le disposizioni della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008), che al co. 27 dell'art. 3 ([60]) limita il ricorso allo strumento societario alla costituzione di società "strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali, salvo poi lasciare alla delibera consiliare il compito di giustificare che la scelta di utilizzare il modello societario si rende necessaria ai fini di perseguire finalità istituzionali ([61]).

(59) In tema si v. M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in *Studi*, cit., a cura di M. CAMMELLI, M. DUGATO, 347 e ss. Sull'interpretazione dell'art. 13 si v. poi la pronuncia della Corte costituzionale, 1 agosto 2008, n. 326, *www.dirittodeiservizipubblici.it.*

(60) Sull'art. 3 è poi di recente intervenuta con l'art. 71 la l. 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile.

(61) Sul tema, si v. la pronuncia della Corte costituzionale, 8 maggio 2009, n. 148, *www.dirittodeiservizipubblici.it*, con la quale si ribadisce la competenza del legislatore statale, per l'afferenza delle disposizioni alla tutela della concorrenza.

Sotto altra prospettiva, ma con finalità analoghe, occorre richiamare poi le norme che, nel quadro della tendenza al ridimensionamento dei costi della pubblica amministrazione, avevano inciso sul numero e sui compensi degli amministratori delle società in questione (i commi 725 e ss. della l. finanziaria per il 2007 (l. n. 296 del 2006).
Non è, peraltro, solo il legislatore ad aver agito nel senso di un deciso ridimensionamento del ricorso alle società pubbliche.

Secondo una parte della giurisprudenza (amministrativa e contabile) la circostanza che la società sia integralmente partecipata dal socio pubblico la rende in qualche modo assoggettabile alla disciplina pensata per le pubbliche amministrazioni ([62]).

A questa impostazione si richiamano, in particolare, le pronunce della Corte dei Conti ([63]) che estendono la giurisdizione contabile agli amministratori di società pubbliche.

In diverse occasioni, la Corte dei conti ha avuto modo di precisare come la forma assunta dall'ente non è che lo strumento attraverso il quale viene svolta l'attività amministrativa, che rimane finalizzata al perseguimento di interessi pubblici, pur se disciplinata nelle forme del diritto privato. Ne consegue che il dato cui bisogna guardare è quello della provenienza pubblica o privata della maggioranza delle risorse utilizzate ([64]) rimanendo

(62) Secondo il Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5830, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, secondo cui "devono considerarsi enti pubblici anche le società che svolgono attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenute ad operare come pubbliche amministrazioni … nella considerazione dell'evoluzione della nozione di pubblica amministrazione attualmente riferita … non al regime giuridico formale cui gli enti sottostanno quanto piuttosto ai dati sostanziali che ne caratterizzano la struttura, l'attività e la funzione".
(63) Si tratta di un orientamento avallato, di recente, dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza 3 luglio 2009, n. 15599 su cui sia consentito rinviare a C. VITALE, *La Cassazione torna sul tema della responsabilità amministrativa di soggetti privati e ridefinisce il rapporto di servizio*, in corso di pubblicazione nella rivista *Giorn. dir. amm.*
(64) In merito, viene richiamata la giurisprudenza della Corte di Cassazione (tra le altre si vedano le già richiamate, Cass., sez. un., ord. 19667/2003 e Cass., sez. un., n. 3899/2004) e da ultimo Corte di Cassazione, 1° marzo 2006, n. 4511, in *www.lexitalia.it*, secondo cui l'elemento discriminante tra le due giurisdizioni sarebbe dato dalla natura pubblica o privata delle risorse di cui il soggetto si avvale.

a tal fine irrilevante la qualificazione pubblicistica o privatistica del soggetto agente e gli strumenti attraverso i quali le finalità pubbliche vengono realizzate ([65]).

Anche secondo una certa giurisprudenza della Corte dei conti, dunque, in considerazione dell'evoluzione che ha caratterizzato l'ordinamento della pubblica amministrazione a partire dagli anni '90 attraverso i processi di privatizzazione e aziendalizzazione, ciò che rileva ai fini dell'applicazione di una disciplina pubblicistica (nel caso di specie l'istituto della responsabilità amministrativa ([66])) non è la qualificazione formale del soggetto.

In altre parole, la Corte dei conti giunge ad estendere la propria giurisdizione sui dipendenti di imprese che, ancorché siano costituite in forma di S.p.a., abbiano in realtà natura pubblica ([67]).

Oltre alla rilevante questione della giurisdizione contabile sulle società pubbliche ([68]), vi sono ulteriori indici della diffusa tendenza all'omogeneità nel trattamento dell'amministrazione indipendentemente dalle forme in cui agisce. Così è, ad esempio, per il principio secondo cui ai fini del rispetto del patto di stabilità interno a nulla rileva la distinzione formale della socie-

(65) A queste conclusioni la Corte dei conti giungeva nella pronuncia della sez. giurisd. per la Regione Abruzzo del 14 gennaio 2005, n. 67 (consultabile sul sito *www.dirittodeiservizipubblici.it*), nella quale aveva affermato la propria giurisdizione nei confronti degli amministratori di un Consorzio pubblico nonostante la trasformazione in S.p.a.

(66) Si tratta del sintomo della parabola che la società pubblica ha conosciuto nel nostro ordinamento, trasformandosi da modello di azione con proprie regole e sostanza a mero strumento neutrale, *bon a tout faire*. Così, L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 791.

(67) Corte dei conti, sez. giurisd. per la Regione Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*. Sul tema da ultimo, Corte dei conti, sez. giur., per la Regione Lombardia, 5 settembre 2007, n. 448, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*. Sulla base di queste premesse la Corte, sez. giur. per la Regione Lombardia, nella pronuncia del 17 luglio 2007, n. 23646, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, giunge ad affermare la propria responsabilità anche nei confronti di società partecipate in modo totalitario.

(68) In generale sul sistema dei controlli nei confronti delle società, cfr., P. PRINCIPATO, *I controlli sulle società partecipate dagli enti locali*, in *www.giustamm.it.*

tà affidataria del servizio rispetto al comune ([69]) o ancora per il divieto tradizionalmente imposto alle società a partecipazione pubblica di operare al di fuori dell'ente di riferimento ([70]).

5. *Conclusioni*

Come si è visto, allora, l'esigenza del coordinamento comunale per la gestione del servizio pubblico trova risposta nel ricorso alle società pluricomunali, salva la possibilità per gli enti locali di continuare a costituire consorzi per i servizi privi di rilevanza economica, (che peraltro non rappresentano una categoria identificabile *a priori*, ma vengono individuati volta per volta dall'ente locale) ([71]).

Ciò induce a qualche riflessione. In primo luogo, occorre richiamare l'ennesimo tentativo di riforma (peraltro non ancora conclusosi) che ha coinvolto il settore dei servizi pubblici locali.

Secondo l'art. 23-*bis*, co. 1 della l. n. 133/2008, il conferi-

(69) Corte dei conti, sez. reg. contr. per la Regione Lombardia, 17/1/2007 n. 2, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*. In particolare, sostiene la Corte, il risultato dell'evoluzione dell'ordinamento è che si considera ente pubblico qualsiasi soggetto che, indipendentemente dalla forma giuridica assunta, utilizzi in prevalenza per lo svolgimento dell'attività per cui è costituito risorse pubbliche anziché private, la mera distinzione formale della società affidataria rispetto al comune a nulla rileva ai fini del rispetto del Patto di stabilità interno, poiché la società, quale Ente strumentale del Comune, assumerebbe la veste sostanziale di un ufficio del Comune, non distinto da esso, analogamente a qualsiasi altro ufficio comunale. In questo senso, si esprime anche il legislatore con riferimento agli affidatari diretti del servizio pubblico locale nel richiamato art. 23-*bis*, co. 10, lett. *a)*.

(70) Da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, *www.dirittodeiservizipubblici.it.*

(71) In particolare, secondo la Corte dei Conti, sez. reg. controllo, Lombardia, 11 maggio 2009, n. 195, *www.dirittodeiservizipubblici.it*, l'ente dovrà verificare la rilevanza economica del servizio, avendo riguardo all'impatto del servizio sul mercato concorrenziale di riferimento ed ai suoi caratteri di redditività ed autosufficienza economica (vale a dire capacità di produrre profitti o per lo meno coprire i costi con i ricavi). Sul tema, si v., però, Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097, (*www.dirittodeiservizipubblici.it*), secondo cui "ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione della p.a., ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il connotato della redditività, anche solo in via potenziale.

mento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, *in via ordinaria*, con gara.

In deroga alle modalità di affidamento ordinario, prosegue il co. 3, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria ([72]).

L'art. 23-*bis* disegna, dunque, un sistema dei servizi pubblici locali, "a due velocità", rispetto al quale l'affidamento *in house* non rappresenta più un'alternativa percorribile per scelta dell'amministrazione, ma un modello residuale applicabile solo nelle ipotesi in cui non sia possibile un efficace ricorso al mercato ([73]).

Due considerazioni su questo. Nel sistema delineato dal 23-*bis*, risulta piuttosto difficile per le amministrazioni dimostrare in concreto l'impossibilità di un efficace ricorso al mercato ([74]) e dunque giustificare la scelta dell'affidamento *in house*.

Una seconda questione riguarda la relazione tra l'art. 23 *bis* e le discipline di settore. In particolare, alle condizioni previste dalla disposizione considerata diventa impraticabile l'affidamento *in house*, nei settori (idrico, rifiuti, ma per certi versi anche trasporti) che, per definizione, (attraverso la costituzione degli ambiti territoriali ottimali) prevedono l'individuazione di contesto territoriale nel quale il mercato c'è ([75]).

(72) A norma del co. 4, nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

(73) In tema si v. S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23*-bis *del d.l. n. 112/2008*, in *www.giustamm.it.*

(74) Lo dimostrano i primi pareri (negativi) resi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (As 5252 Comune di Monte San Pietro e As 521 Comune di Santa Maria di Sala, entrambi reperibili su *www.dirittodeiservizipubblici.it*).

(75) Con particolare riguardo al settore idrico, si rinvia alle considerazioni di J. BERCELLI, *Organizzazione e funzione amministrativa nel servizio idrico integrato*, Rimini, Maggioli, 2001.

In quali ipotesi, allora, non è possibile ricorrere efficacemente al mercato, se escludiamo i settori speciali, per i servizi a rilevanza economica ([76])?

Sembrerebbe di dover concludere per la generale applicabilità dell'*in house* in concreto solo per i servizi non economici ([77]). Conclusione questa che non ci pare priva di senso, dato che per quelli è spesso difficile individuare gestori privati interessati a gestire servizi per loro natura non produttivi di reddito. Altrove, lo spazio per gli affidamenti *in house* rimane invece piuttosto ridotto.

A quanto è possibile ritenere, in assenza della definitiva approvazione del regolamento di attuazione del 23-*bis*, l'affidamento *in house* subirà un progressivo ridimensionamento; in generale, perché subordinato al verificarsi di presupposti rigorosi e poi con particolare riguardo ai settori come quello idrico o quello della gestione dei rifiuti, rispetto ai quali pare non potersi configurare.

È necessario precisare, poi, l'art. 23-*bis*, è stato ulteriormente riformato ad opera dell'art. 15 della l. 166 del 20 novembre 2009, di conversione del d.l. n. 135 del 25 settembre 2009.

Per mezzo dell'art. 15 del suddetto decreto verrebbero apportate all'art. 23-*bis* le seguenti modifiche. Nel ribadire il principio secondo il quale il conferimento della gestione del servizio avviene in via ordinaria con gara, si precisa in primo luogo che l'affidamento può avvenire anche ((lett. *b)* dell'art. 15) in favore di 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 del socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40

(76) In questo senso anche la già richiamata delibera della Corte dei conti, n 195 del 2009.

(77) Salvo il fatto che in questo caso la disciplina non può essere quella statale, perché la materia rientra ormai a pieno titolo tra le materie di competenza regionale, per effetto della sentenza della già richiamata sentenza 272/2004 della Corte costituzionale.

per cento.

In secondo luogo, viene modificato il comma 3, precisando che in situazioni *eccezionali* ([78]), in deroga alle modalità ordinarie, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale pubblico che presentino i requisiti per l'affidamento *in house*.

Infine ([79]), viene precisato (al comma 4) il procedimento relativo al rilascio del parere ([80]) da parte dell'Autorità ([81]) garante per la concorrenza ed il mercato. Si tratterebbe di un parere preventivo ([82]) da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione dell'ente affidante; decorso il termine, se non reso, il parere si intende reso in senso favorevole.

Di fatto dunque, l'approvazione dell'art. 15 nei termini che si è detto, da un lato legittimerebbe la società mista come modalità di affidamento ordinario (sia pur alle condizioni che l'art. 15 indica) che in prospettiva andrebbe a sostituire le attuali gestioni *in house*; dall'altro, però, renderebbe ancor più complesso il ricorso all'*in house*, limitandolo a situazioni *eccezionali*.

Da quanto detto, consegue un doveroso ripensamento della presunta utilità delle società pluricomunali come strumento di coordinamento comunale almeno per due ragioni. Più difficilmente, intanto, esse potranno legittimamente essere *in house*, se non nei casi in cui non sia possibile l'efficace ricorso al mercato (e dunque in concreto quali?). Non ultima, per la richiamata e recente tendenza dell'ordinamento comunitario ad interessarsi della *governance* delle società pubbliche, laddove gli strumenti utilizzati (come nel caso dell'art. 2449 c.c.) si rivelino in con-

(78) Rimane invariata, invece, la parte relativa ai presupposti che giustificano l'affidamento *in house* (situazioni che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato).

(79) L'art. 15, se approvato, definirebbe poi una diversa disciplina del periodo transitorio, ai commi 8 e 9.

(80) In proposito, è interessante la sentenza del TAR Toscana, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430, *www.dirittodeiservizipubblici.it.*

(81) A norma del comma 4-*bis*, che verrebbe introdotto dall'art. 15, sarebbe poi l'Autorità a definire con propria delibera le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere.

(82) È ancora in discussione, invece, la bozza di regolamento che dovrà individuare le soglie oltre il quale gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere.

trasto con le libertà sancite dal Trattato.

Si vuol dire, allora, che solo in qualche caso dovrebbe essere utilizzabile il modello *in house* e nel caso in cui il capitale della società sia frazionato tra una pluralità di enti pubblici, in prospettiva sarà probabilmente ancor più complesso prevedere meccanismi che consentano agli enti soci di esercitare sulla società il controllo analogo, senza incorrere in possibili censure da parte della Corte di giustizia.

Inutile ribadire ancora, poi, che le società *in house* pluricomunali una volta costituite con le difficoltà che si sono dette, andranno soggette ad una disciplina piuttosto rigorosa (per l'assunzione del personale, il regime di responsabilità degli amministratori, l'azione extraterritoriale).

Quanto si dice non equivale, peraltro, a sconfessare l'utilizzo della società pubblica, quanto immaginarne uno più coerente con le esigenze da soddisfare e le finalità che specificamente si intende perseguire, in armonia con i più recenti interventi normativi in materia già ricordati ([83]).

Il dato davvero singolare è, però, che l'esigenza della gestione associata del servizio, fuori dai confini dell'ente titolare dello stesso, in spazi in grado di assicurare livelli più alti di efficienza e qualità del servizio stesso attraverso l'individuazione di mercati concorrenziali ([84]), è la stessa che sta alla base della costituzione degli ambiti territoriali ottimali nelle discipline di settore.

Il punto è, allora, che la formula più congeniale alla gestione associata di un servizio di rilevanza economica è quella dell'affidamento delle gestioni da parte dei comuni contermini (attraverso la costituzione di "bacini di gara" per i singoli servizi, attraverso la modalità ritenuta più opportuna ([85])) ad un uni-

(83) Come dire che andrebbe applicato con più rigore il criterio della distinzione alla realtà indagata, A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 894.

(84) Sulla relazione tra territorio e gestione del servizio pubblico locale, sia consentito rinviare a C. VITALE, *Il territorio nella gestione del servizio pubblico locale*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. CAMMELLI, Bologna, Il Mulino, 2007, 723 e ss.

(85) Potrebbe ad esempio utilizzarsi la formula convenzionale ai sensi dell'art. 30 del regolamento attuativo del 23-*bis*, per consentire agli enti locali di svolgere in forma

co soggetto selezionato attraverso una gara, soluzione prospettata dallo stesso 23-*bis* ([86]).

È vero, peraltro, che, da un lato, il modello degli ambiti territoriali ottimali ha faticato ad affermarsi, anche per la farraginosità delle procedure ad esso collegate (individuazione dell'ambito territoriale, costituzione dell'autorità, affidamento del servizio) e per la scomposizione delle relative funzioni tra i vari livelli istituzionali. Dall'altro, la tendenza alla semplificazione nel sistema locale con l'eliminazione di soggetti e strutture ritenuti superflui spingerebbe in direzione opposta.

A queste difficoltà potrebbe però ovviarsi (per i servizi a rilevanza economica e diversi da quelli già disciplinati con normative *ad hoc*), con il ricorso a formule convenzionali che prevedano l'accordo dei comuni interessati (non dunque rigidamente individuati dall'"alto") per affidare la gestione del servizio per il territorio così definito ad un unico gestore, individuato ai sensi del 23-*bis*.

È, peraltro, interessante notare come di recente la Corte di Giustizia ([87]) abbia ritenuto legittimo il contratto stipulato dai Landkreise (circoscrizioni amministrative tedesche) e relativo allo smaltimento dei rifiuti direttamente con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, senza che tale contratto di prestazione di servizi fosse stato oggetto di una gara d'appalto, sul presupposto che "un'autorità pubblica possa adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche".

In altre parole, nel caso in questione viene ammessa la possibilità che enti locali contermini possano stipulare un accordo per avvalersi, senza esperire una procedura concorsuale, del

---

associata le funzioni di regolazione relative alla gestione del servizio.

(86) Si tratta del comma 7, a norma del quale gli enti locali e le Regioni possono definire bacini di gara in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala…garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

(87) Grande Sezione, 9/6/2009 n. C-480/06, in *www.dirittodeiservizipubblici.it.*

servizio di raccolta dei rifiuti prestato da altro ente locale, se questo non comporta la costruzione e gestione di un impianto destinato all'espletamento del servizio.

La cooperazione tra gli enti locali realizzata nel caso in questione prende, dunque, le forme di un accordo tra enti locali, secondo il quale uno di essi mette a disposizione degli altri la propria organizzazione per la gestione del servizio.

Non vi è, dunque, la creazione di un nuovo soggetto al quale affidare la gestione congiunta del servizio, ma la possibilità di avvalersi di quello già selezionato da altro ente locale, dietro pagamento di un corrispettivo.

Ci pare, allora, che se letto in una prospettiva comunitaria il senso dell'art. 23-*bis* potrebbe essere ricostruito attraverso il comma 1, laddove si precisa esso disciplina "l'affidamento e la gestione in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi".

Nel rispetto dei principi comunitari e in attuazione di un principio di autonomia nell'organizzazione, gli enti locali dovrebbero così poter disporre di modalità alternative di affidamento del servizio da adottare in ragione delle specifiche esigenze da soddisfare.

Non ci pare invece ragionevole che le stesse forme di gestione siano astrattamente definite dal legislatore statale indipendentemente dal contesto nel quale verranno utilizzate.

La tutela della concorrenza che viene evocata a fondamento della competenza del legislatore statale in materia, rappresenterebbe piuttosto il legittimo obiettivo cui l'ordinamento dovrebbe tendere. Obiettivo più facilmente perseguibile, riteniamo, laddove gli enti locali dispongano di soluzioni differenti, per non dover snaturare le soluzioni precodificate dal legislatore ed adattarle alle proprie esigenze.

Del resto, la declinazione dell'affidamento *in house* nella forma della società integralmente pubblica pluricomunale rappresenta il risultato di un ragionamento analogo. L'ordinamento comunitario ha indicato i presupposti al verificarsi dei quali l'affidamento può legittimamente considerarsi *in house*, la-

sciando ai singoli ordinamenti la definizione delle forme giuridiche nelle quali ciò può concretizzarsi.

Quel che si vuol dire, in conclusione, è che potrebbero individuarsi soluzioni alternative, (ad es. di tipo convenzionale), che consentano agli enti locali di conformarsi ai principi comunitari e al tempo stesso di disporre di modalità di gestione alternative alle società pluricomunali, che, solo in alcune ipotesi ed al verificarsi di rigorosi presupposti, possono rivelarsi un efficace strumento di coordinamento comunale alla luce della normativa vigente.

Del resto, la scelta del 23-*bis* di occuparsi della "disciplina dell'affidamento" del servizio potrebbe essere letta come volontà di disciplinare il procedimento ed i principi ai quali lo stesso dovrà uniformarsi, più che le concrete modalità attraverso cui il servizio viene in concreto gestito.

Così, l'attuale disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, anche in un'ottica di conservazione delle sue regole ([88]), ci pare andrebbe letta nel senso di ammettere che gli enti locali possano decidere discrezionalmente (nel rispetto dei principi comunitari), in che modo gestire i propri servizi.

Come a dire, che il sistema dei servizi pubblici locali dovrebbe tendere all'atipicità delle forme di gestione ([89]), il cui unico limite sia quello del rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, efficienza, economicità, conclusione peraltro compatibile anche con l'approccio tipicamente sostanzialista dell'ordinamento comunitario.

(88) Ci pare, infatti, che proprio la rigidità delle forme di gestione imposta dal legislatore abbia poi portato a correttivi (da parte del legislatore stesso e della giurisprudenza) che consentissero agli enti locali di salvaguardare la propria autonomia nella scelta della forma di gestione da adottare in concreto.

(89) Su questo tema, si rinvia al richiamato lavoro di G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit.