

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

2

2011 • ANNO XXXII

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE
PUBBLICA DEGLI ENTI TERRITORIALI

DIRETTORE DELLA RIVISTA
Gianluca Gardini

COMITATO DI DIREZIONE
Filomena Terzini
Luigi Benedetti
Francesca Paron

REDAZIONE
Marina Caporale
Annamaria De Michele
Francesca Palazzi
Matteo Timiani
Claudia Tubertini

EDITING
Carlo Pedrazzi

COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Stefano Civitarese Matteucci
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini

 Regione Emilia-Romagna

 **MAGGIOLI
EDITORE**

DIREZIONE E REDAZIONE

Regione Emilia-Romagna
Servizio innovazione e semplificazione amministrativa
Viale Aldo Moro, 52 - 40127 Bologna
Fax 051 5277674
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: www.regione.emilia-romagna.it/affari-ist/federalismo

EDITORE

Maggioli Editore presso c.p.o. Rimini,
via Coriano, 58 - 47924 Rimini
tel. 0541.628111 - fax 0541.622100
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.
Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628779
Sito web: www.maggioli.it
E-mail: abbonamenti@maggioli.it
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2000

Tutti i diritti riservati - È vietata la riproduzione, anche parziale,
del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore

STAMPA

Titanlito - Dogana R.S.M.

Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione

Publicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980,
n.4824

Direttore responsabile: Piero Venturi

Condizioni di abbonamento

La quota di abbonamento alla Rivista per il 2011 è di € 130,00 da versare sul c.c. postale n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a. - Periodici, Via del Carpino, 8 - 47822 Santarcangelo di Romagna (RN).

La Rivista è disponibile nelle migliori librerie.

Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 24,00.

Il prezzo per ciascun fascicolo arretrato è di € 28,00.

I prezzi suindicati si intendono Iva inclusa. L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno.

La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo.

La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.

I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo

INDICE

CONTRIBUTI

- 5 **Introduzione**
Marco Dugato
- 13 **Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici**
Carmen Vitale
- 23 **La società *in house* tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari**
Chiara Alberti
- 37 **Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale**
Tommaso Bonetti
- 47 **I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica**
Enrico Trenti
- 69 **I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali**
Annamaria De Michele
- 103 **Alcune recenti questioni a proposito di controllo delle società partecipate da parte degli enti pubblici soci**
Francesca Palazzi
- 111 **La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti**
Antonella Sau
- 121 **Note sugli autori**

Introduzione

La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: *va il cavaliere per il regno di Logres*

Alla metà degli anni novanta del secolo scorso, in pochi avrebbero scommesso sul futuro delle società interamente pubbliche. La necessità di trovare le risorse per dare corso agli investimenti necessari ad ammodernare reti ed infrastrutture, il bisogno di acquisire al servizio pubblico il *know how* gestionale degli operatori economici privati e la volontà di fuggire dal rigido recinto delle regole dell'evidenza pubblica costruivano il percorso verso una partecipazione reale del privato all'azione pubblica d'impresa.

Da un lato, quindi, si era compreso che la privatizzazione sostanziale dei servizi pubblici non era allora obiettivo davvero perseguito, restando regola ordinaria la partecipazione dell'ente locale alla gestione; dall'altro, la presenza del privato nelle *public-private partnership* non era rappresentata come simbolica o meramente finanziaria, bensì come elemento rilevante nel processo di professionalizzazione della gestione. Prova ne era il d.P.R. 533/1996, che, dettando le regole per la scelta del socio privato nelle società a partecipazione pubblica locale di minoranza, espressamente lo descriveva come il soggetto di reale imputazione dell'attività di gestione.

Il panorama si presenta del tutto diverso all'osservatore nei primi cinque anni del nuovo secolo. Nell'ambito dell'attività degli enti locali e delle Regioni, la società è rappresentata non più come modello di gestione e di partenariato, ma principalmente come strumento privato di azione pubblica. Contrariamente a quanto talvolta si è scritto, sono questi gli anni di massima espansione delle società *in house providing* e il modello non serve soltanto a fuggire dalle procedure di gara per l'affidamento degli appalti, ma anche e soprattutto a rafforzare e ad espandere il ruolo imprenditoriale degli enti pubblici. Non vengono più costituite solo società per la gestione dei servizi pubblici o per lo

svolgimento di attività strumentali per gli enti soci. Vengono invece creati soggetti destinati ad operare, talvolta in modo aggressivo, sul mercato e in competizione, non sempre leale, con le imprese private. Quest'ottica permette di capire perché le sentenze della Corte di Giustizia dirette a ricondurre l'affidamento *in house* entro i limiti rigorosi della delegazione interorganica (*Stadt Halle* e *Parking Brixen*, tra tutte) non siano sufficienti ad arginare in misura significativa l'espandersi del fenomeno della societizzazione dell'azione amministrativa. L'affidamento diretto alla società non costituisce il collido sistema per immettere un privato nella gestione di attività pubbliche, ma rappresenta il modello con il quale si esprime la nuova onda dell'intervento pubblico nell'economia.

Appare oggi chiaro come il quadro di riferimento sia cambiato ancora una volta. La lettura dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, come giustamente rileva Tommaso Bonetti, esplicita (o meglio, esplicitava, data la sua recente abrogazione in seguito al *referendum* del giugno 2011), più che adombrare, l'intenzione del legislatore di ritornare al modello della società partecipata come strumento di collaborazione tra ente pubblico e impresa privata, considerando la presenza di quest'ultima non solo indefettibile, ma anche qualificante in senso proprio. Nello spirito del comma 2 dell'art. 23-*bis*, infatti, l'attribuzione di compiti specifici di gestione faceva del privato il vero e proprio gestore dell'attività, progressivamente avvicinando il modello della società mista a quello della vera e propria esternalizzazione del servizio. Al contempo, le limitazioni al ricorso all'*in house* introdotte dai commi 3 e 4 del medesimo articolo e soltanto in parte mitigate dall'art. 4 del d.P.R. 168/2010, in un campo in cui tradizionalmente era stato lo strumento principale di organizzazione del servizio, costituivano la prova del nuovo intento di frenare l'azione (e prima ancora, la nascita) dell'impresa pubblica.

In seguito all'abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* (che dopo la riforma operata dai decreti legge 138 e 183/2011 ha perso gran parte del suo senso con riferimento ai servizi diversi dall'idrico) era parso di dover affermare che il ruolo pubblico nell'azione economica si fosse rafforzato. Già allora avevo tuttavia ritenuto che il quadro normativo abrogato non consentisse di dare per certa la riduzione della sfera

pubblica. Se è vero, infatti, che il *trend* ostile alle società pubbliche era ed ancora è ben manifesto nelle norme (spesso estemporanee sia per la fonte che le contiene, sia per la cura con cui sono formulate) in tema d'azione e di organizzazione delle società delle Regioni e degli enti locali (art. 13 d.l. 223/2006; art. 1 legge 296/2006; art. 3 legge 244/2007), è però anche vero che il processo di pubblicizzazione delle società partecipate, ben descritto da Annamaria De Michele, sembra spingere in direzione opposta. L'intensità con cui muove il processo, a cui partecipano con eguale solerzia il legislatore (che continua ad estendere alle società le regole degli enti pubblici), il giudice (che spesso pubblicizza anche quel poco che il legislatore lascia privato) e la dottrina (che ha riscoperto la sistematica sandulliana degli indici rivelatori della pubblicità degli enti, tradendone in parte lo spirito), impone di ritenere il contrario.

Il fenomeno è dovuto a più cause. La tutela della concorrenza, sia sotto il profilo della competizione dei privati nell'accesso al mercato dei contratti pubblici sia sotto quello della correttezza della gara tra imprese pubbliche e imprese private, è senz'altro significativa, come lo sono l'applicazione delle regole di trasparenza e imparzialità nell'accesso all'impiego e le ragioni della finanza pubblica.

Vi sono due dati di fatto che impongono, tuttavia, di trovare altrove la vera origine dell'entificazione delle società pubbliche. In primo luogo, siffatte legittime aspirazioni si possono perfettamente soddisfare estendendo alcune regole pubbliche a soggetti privati, senza per questo mettere in discussione la loro natura giuridica più profonda, come dimostrano le vicende dell'organismo di diritto pubblico. In secondo luogo, le norme del diritto amministrativo che si applicano (o che da alcuni si ritiene si applichino) alle società a partecipazione pubblica riguardano ormai elementi di tale dettaglio, di tale puntuale analiticità che non paiono tanto animate dall'intenzione di non indebolire principi pubblicistici, quanto da quella di trasformare enti privati in enti pubblici. Non basta, quindi, che i soggetti privati a partecipazione pubblica siano governati dai medesimi principi che governano la pubblica amministrazione; è necessario che quei soggetti *diventino enti pubblici*.

La verità è che ciò che genera e alimenta il processo è la sostanzia-

le convinzione che l'interesse pubblico non possa essere soddisfatto adeguatamente attraverso il diritto privato, come si ebbe modo di dire altrove. Al di là delle affermazioni di principio sull'evoluzione dei modelli consensuali di amministrazione, sul ritrarsi del potere amministrativo, dei suoi strumenti e del suo diritto, nella sostanza e nei loro atti il legislatore e la giurisprudenza manifestano il timore che le garanzie e le tutele del diritto privato non siano adeguate quando in gioco vi sia l'interesse pubblico. L'atteggiamento è un po' quello dei genitori apprensivi, che, dovendo accettare la crescita dei figli con la paura che il mondo li ferisca, finiscono per controllarli da grandi con la medesima intensità con cui li governavano da piccoli.

Nasce così una supposta esigenza di far prevalere la "sostanza" pubblica sulla "forma" privata, fondata sull'equivoco logico (un vero e proprio errore giuridico, in verità) che pretenderebbe di descrivere il diritto pubblico come il mondo della sostanza e delle garanzie e il diritto privato come quello dei rapporti di forza e dell'assenza di tutela. Nella realtà, ha insegnato Marco Cammelli, diritto pubblico e diritto privato sono entrambi mondi di forma e sostanza, in cui alla forma scelta corrisponde sempre un sistema di regole puntuali sull'esercizio di diritti e poteri e sulla tutela verso quell'esercizio.

Il risultato che il processo di entificazione delle società e di trapianto di regole pubblicistiche in forme private produce è l'ibridazione del diritto. Un'ibridazione al contempo non necessaria e pericolosa. Merusi ha spiegato che quel trapianto spesso conduce al rigetto e basta pensare alle vicende della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica per capire quanto ciò sia vero. Dall'inizio degli anni novanta e fino alla giurisprudenza della Cassazione del 2009, è dato a tutti noto, la Corte dei conti ha progressivamente esteso i confini della responsabilità per danno erariale degli amministratori, fino ad assoggettarvi anche quelli di società con partecipazione pubblica di minoranza. Ciò, in virtù dell'espressa qualificazione pubblica della natura delle società partecipate, come il lavoro di Antonella Sau descrive. Alla soggezione degli amministratori alla responsabilità pubblicistica per danno erariale, tuttavia, non corrisponde la loro sottrazione all'ordinaria responsabilità civilistica verso la società, i soci e i creditori della società, così che le due re-

sponsabilità si sommano. Si sommano, ma non si combinano, dal momento che i loro differenti presupposti le rendono sostanzialmente inconciliabili. Gli amministratori giacciono sul letto di Procuste: il loro agire secondo i canoni del diritto comune della società li espone alla responsabilità per danno erariale; il loro agire in favore dell'ente preponente li espone loro alla responsabilità codicistica, l'ente a quella per attività di direzione e coordinamento.

Il nuovissimo ordinamento dei servizi pubblici locali, introdotto con l'art. 4 del decreto legge 138/2011 e integrato dall'art. 9 del decreto legge 183/2011, mi pare non modifichi il processo descritto.

Mischiare diritto amministrativo e diritto delle società è un po' come mischiare l'acqua con l'olio. L'ibridazione non dà vita ad un diritto speciale, ma ad un complesso disarmonico di due diritti, i cui principi sono spesso in conflitto tra loro e i tentativi di loro soluzione armonica (come quello di Schlitzer, volto a dimostrare la cedevolezza delle norme civilistiche sulla responsabilità rispetto a quelle sulla responsabilità contabile) finiscono per essere forzature giustificate dall'intento nobile di trovare l'uscita dal labirinto.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato successiva al 2007 (innanzitutto la sentenza 1/2008 dell'Adunanza Plenaria) e l'art. 4 del d.l. 138/2011 sembrano avere rimesso al centro dell'attenzione il modello della società a partecipazione mista, declassando il modello dell'*in house* a formula organizzativa eccezionale. Almeno, così è nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici locali. Nell'ambito delle attività strumentali, invece, ferme le limitazioni all'agire imposte dall'art. 13 del d.l. 223/2006 (che peraltro riguardano tanto le società *in house*, quanto quelle miste), il ricorso all'*in house* continua ad essere possibile alle condizioni specificate dalla giurisprudenza comunitaria (controllo analogo e attività prevalente). L'ordinamento italiano ha dunque invertito la prospettiva rispetto all'assetto comunitario. Per quest'ultimo, i servizi pubblici locali, in ragione della loro particolare sensibilità e della contiguità alla decisione politica, costituiscono un ambito in cui è legittimo il sacrificio della concorrenza ed è ordinariamente percorribile l'organizzazione *in house*, mentre nella disciplina nazionale proprio quello dei servizi pubblici locali rappresenta il luogo di più difficile ricorso alla delegazione interorganica.

È proprio questo il dato di maggiore interesse che emerge dall'analisi della disciplina vigente in tema di società degli enti territoriali. Il modello societario, da sistema di partenariato pubblico-privato è divenuto sistema di esternalizzazione dell'attività pubblica. Confinare le società *in house* entro limiti assai più ristretti di quelli del recente passato, la partecipazione del privato nelle società miste non rappresenta più l'affiancamento di risorse professionali e finanziarie esterne a quelle pubbliche, ma il titolo giuridico di immissione del privato nella gestione di servizi e attività.

In buona sostanza, il socio scelto secondo le modalità descritte dal Consiglio di Stato (parere della II sezione 456/2007; ad. plen. 1/2008) altro non è se non il gestore del servizio, individuato secondo le tipiche procedure di scelta dell'impresa privata concessionaria e responsabile di specifici compiti operativi. La sua partecipazione alla società mista è un onere aggiuntivo che poco toglie alla sua diretta responsabilità di gestione. In quest'ottica, appare ancor più difficile da giustificare la pubblicizzazione delle società a partecipazione mista, le quali, da un lato, sono sempre più caratterizzate dall'impronta privatistica del socio privato; dall'altro, vengono regolate secondo schemi propri degli enti pubblici.

È facile immaginare che proprio il ruolo assegnato al privato alimenterà problemi interpretativi incidenti tanto sulla definizione delle regole della gara per la sua individuazione, quanto sulla relazione, a questo punto trilaterale, ente affidante-società-socio privato. La descrizione dei compiti operativi che saranno assegnati al socio privato, infatti, sposta il *focus* della selezione dal programma tecnico e finanziario che s'intende affidare alla società mista alle condizioni alle quali il concorrente s'impegna *egli stesso in prima persona* a svolgere determinate attività. Come si è detto, viene così disegnata la figura di un socio-gestore che sarà chiamato a svolgere alcune attività all'interno di una *newco* a partecipazione mista ed altre con la sua organizzazione e la sua originaria personalità giuridica. È evidente che la gestione della gara e la redazione del contratto di servizio saranno particolarmente complesse, dovendosi prevedere non solo la puntuale distinzione tra ciò che spetterà alla società mista e ciò che spetterà invece al socio privato, ma anche le regole di coordinamento delle

due attività, particolarmente delicate sotto il profilo della corresponsione delle tariffe e della gestione degli utili.

Anche la redazione dello statuto dovrà tenere conto degli elementi descritti e fatalmente evidenzierà la distonia tra le ragioni del diritto amministrativo e le disposizioni del diritto privato. Un esempio aiuta a comprendere la complessità dell'ingegneria giuridica necessaria alla costruzione delle regole. È comune, nelle società miste che debbano essere caratterizzate da rigidi rapporti maggioranza-minoranza, la distinzione in due categorie di azioni del capitale sociale: una, destinata a circolare tra soli enti pubblici; l'altra, destinata a circolare, a volte con forti limitazioni, tra soggetti privati. È facile immaginare, seguendo lo schema fino ad ora descritto dall'art. 4 d.l. 138/2011, non solo che si ricorrerà alla definizione dei due gruppi di azioni (così da garantire che la partecipazione del privato scelto con gara non scenda mai sotto la soglia legale del quaranta per cento), ma che le azioni destinate al privato saranno gravate dall'obbligo di fornire prestazioni accessorie (i famosi "compiti operativi specifici"). Le stesse prestazioni accessorie costituiranno peraltro l'oggetto principale del contratto di servizio, destinato a regolare il rapporto ente-società di gestione.

Non è difficile immaginare che, all'insorgere di contrasti in merito all'esecuzione delle prestazioni, possano aprirsi differenti vie di loro risoluzione: da un lato, quella giudiziaria o quella arbitrale tipica dei contratti di servizio; dall'altro, quella (giudiziaria ordinaria o dell'arbitrato societario) propria della risoluzione dei conflitti endosocietari. Nulla esclude, in astratto, che le due vicende si risolvano in modo differente, con un sostanziale *impasse* nella gestione dei rapporti ente-socio e, cosa che più rileva, nella conduzione del servizio pubblico.

La via dell'ibridazione, della contaminazione dei diritti è stata percorsa per troppo tempo fingendo che il problema stesse nella definizione del conflitto dogmatico tra sostenitori e avversari del diritto speciale delle società pubbliche. Ora, stanno invece emergendo con drammatica evidenza i problemi pratici a cui essa conduce; problemi, questi, che spesso non possono trovare soluzioni giuridiche di compromesso. Merusi e Clarich hanno da tempo avvertito che l'argine sta nella valutazione preventiva di ciò che può essere affidato al diritto privato ed ai suoi modelli e di ciò che deve continuare ad essere regolato

dal diritto amministrativo, non nella forzatura *a posteriori* dei confini degli istituti del diritto privato.

Nel quadro attuale, caratterizzato dall'acquisita e provvisoria centralità delle miste e dall'incerta residualità delle *in house*, le società a partecipazione pubblica vagano per il regno di Logres, come il Cavaliere verde o come Parsifal, in un'apparente ricerca del Graal e nella sola consapevolezza dell'incertezza del futuro. Loro, degli enti territoriali e degli utenti.

Marco Dugato

Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici

Carmen Vitale

Sommario

1. *Qualche dato* – 2. *Tipologie societarie e pluralità di regimi giuridici*.

1. *Qualche dato*

Per effetto dei processi di privatizzazione avviati negli anni novanta, le società per azioni hanno acquisito una posizione sempre più di primo piano nel sistema locale¹. Secondo il rapporto Unioncamere del 2007 le società partecipate da Comuni, Province, Comunità montane alla fine del 2005 erano 4874 (+5,9% dal 2003). Il 30% delle parteci-

(1) In tema, 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 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 ss.; V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1992, p. 115 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. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 51 ss. Più di recente, F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 589 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 ss.; F.G. SCOCA, *Il punto sulle cd. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 239 ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico-privato*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 915 ss.; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 747 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 ss.

pazioni pubbliche locali è in società che si occupano di infrastrutture e servizi alle imprese (il 15,1% sono società che operano nel settore di energia, gas e acqua; l'8,9% in trasporti urbani e l'8,1% nello smaltimento rifiuti). Incrociando i dati territoriali con quelli relativi alle attività svolte si ricava che il 79% delle aziende pubbliche locali opera al Centro Nord nel settore energetico e dei trasporti ed il 21% opera al Sud principalmente nella gestione dei rifiuti.

Passando all'esame dei dati economico-finanziari può osservarsi che il fatturato realizzato dalle società controllate nel 2005 è stato pari complessivamente a 35,1 miliardi di euro, ossia poco più di 14 milioni per impresa. Rispetto al dato medio totale si sono posizionate più in alto le *utilities* locali (circa il 90% in più) e, in particolare, la distribuzione di energia elettrica e gas naturale, i servizi idrici e, a distanza, i trasporti. Nell'insieme le società controllate dagli enti locali hanno sfiorato nel 2005 un valore totale di 635 milioni di euro di utili, pari a una media di poco più di 255.000 euro per impresa (+5,9% rispetto al 2003). Da sole, le 21 principali società controllate dai Comuni di Roma, Milano, Napoli e Torino, nel loro aggregato esprimono un volume di ricavi di 7,5 miliardi di euro e 67.000 dipendenti.

Sul piano delle risorse impiegate è interessante osservare che nelle aziende pubbliche locali nel loro complesso operino 255.000 dipendenti pari all'1,1% degli occupati in Italia (con incremento al Sud superiore al 20% e doppio rispetto al Centro Nord) e 1,2% del PIL e prevalentemente (90,6%) concentrati nel settore delle infrastrutture e dei servizi, con un aumento della quota degli impiegati del 10% del totale degli occupati rispetto al 2003. È interessante, infine, guardare all'amministrazione delle società in questione. Gli organi amministrativi in carica sono 38.288 di cui: 22.809 consiglieri di amministrazione (di cui 297 amministratori unici, 1.404 consiglieri e amministratori delegati, 4.302 presidenti e vicepresidenti CDA, 16.806 consiglieri), 11.899 componenti dei collegi sindacali e 3.580 dirigenti tecnici con cariche aziendali.

2. Tipologie societarie e pluralità di regimi giuridici

Una realtà, dunque, che proprio in ragione della sua incidenza sull'economia del sistema locale, continua ad essere oggetto di una

pluralità di interventi normativi (che verranno singolarmente commentati nelle pagine che seguono), che però lungi dal rappresentare il risultato di un organico intervento di riforma², si limitano a ritoccare aspetti più o meno puntuali della disciplina delle società in questione, a volte per ridimensionarne l'utilizzo, altre per adeguarle ai dettami dell'ordinamento comunitario³, altre ancora per renderle più aderenti alle finalità per le quali vengono costituite.

Nella galassia delle partecipate pubbliche locali, tuttavia, si è progressivamente fatta strada la tendenza alla diversificazione del regime giuridico⁴, in ragione dell'attività svolta dalla società e del contesto nel quale essa opera, in conseguenza dell'evidente impossibilità di ricondurre la molteplicità e varietà delle tipologie societarie utilizzate ad un'unica macrocategoria.

Il principio generale, espresso anche dalla Corte costituzionale⁵ è quello secondo cui alla distinzione tra attività amministrativa (finale e strumentale) svolta in forma di impresa per conto di una pubblica amministrazione e attività d'impresa rivolta al pubblico debba corrispondere un diverso regime giuridico. Secondo la Corte, l'attività svolta dalla pubblica amministrazione in forma di diritto privato, e più precisamente con il modulo societario, va infatti distinta in due aree che debbono restare ben separate: l'attività amministrativa di natura finale o strumentale, che in quanto tale poggia o comunque può godere dei privilegi della pubblica amministrazione; l'attività di impresa che, al di fuori del caso della gestione di servizi pubblici, va svolta invece in regime di concorrenza e di perfetta parità con le altre imprese, e senza alcuna peculiarità che possa pregiudicare quest'ultima.

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

(3) Cfr. Corte di Giustizia europea, 6 dicembre 2007, causa C-463/04, per il cui commento sia consentito rinviare a C. VITALE, *La Corte di Giustizia "boccia" l'art. 2449 c.c.*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2008, pp. 521-527. La pronuncia è commentata anche da F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in www.giustamm.it.

(4) A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 894.

(5) La pronuncia è del 1° agosto 2008, n. 326, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

Si tratta, peraltro, anche dell'effetto del mutato atteggiamento del legislatore nei confronti delle società pubbliche, arrivate ad essere considerate una delle voci principali della spesa pubblica, su cui è ormai indispensabile intervenire. È noto infatti, che alla prova dei fatti le società pubbliche locali si sono rivelate non di rado fonte di sprechi e inefficienze⁶.

Per questa ragione, il legislatore è intervenuto sulla disciplina delle società in questione, essenzialmente con l'obiettivo di ridimensionarne l'utilizzo attraverso due direttrici fondamentali. Da un lato, si è cercato di ridurre i privilegi di cui le società pubbliche godono; lo si è fatto, in particolare, attraverso la riduzione del numero dei componenti del consiglio di amministrazione delle partecipate sull'ipotesi in esame⁷.

Sotto altra prospettiva, si è cercato di stringere il "nodo" della relazione tra ente partecipante e società costituita e di irrigidirne il regime giuridico, di fatto equiparandolo a quello delle pubbliche amministrazioni⁸, con l'obiettivo di evitare che le società in esame, potessero utilizzare la condizione di privilegio di cui dispongono, (avvalendosi di risorse pubbliche) sul libero mercato, in condizione di evidente disparità rispetto alle imprese private (cfr. il decreto "Bersani", su cui v. *infra*)⁹.

(6) Cfr. la delibera della Corte dei conti 13/2008 del 18 settembre 2008, sullo stato dei controlli della Corte dei conti sugli organismi partecipati dagli enti locali, in www.corteconti.it. È stato osservato, poi, come tale dato sia ancor più evidente nelle ipotesi di società totalmente pubbliche. Cfr. la delibera della Corte dei conti 14/2010 del 30 giugno 2010, in www.corteconti.it.

(7) Il riferimento è ai commi 725 ss. della legge 27 dicembre 2006, n. 296, finanziaria per il 2007 ed agli artt. 5 e 6 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in legge 30 luglio 2010, n. 122.

(8) 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, p. 791.

(9) In tema si veda, tra gli altri, G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it; M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in Id. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino,

Nello stesso contesto si inseriscono le disposizioni della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008), comma 27 dell'art. 3, il cui obiettivo espresso è proprio quello di limitare 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). Il comma 28 dell'art. 27 prevede, poi, che l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali debba essere autorizzato, dall'organo consiliare, con delibera motivata, che accerti la sussistenza dei presupposti di cui al comma 27.

La *ratio* della norma è, dunque, quella di circoscrivere il fenomeno della proliferazione di società pubbliche o miste, al fine di prevenire un ricorso a tale strumento elusivo delle discipline pubblicistiche in materia contrattuale o di finanza pubblica e soprattutto per assicurarne un utilizzo correlato alle reali necessità degli enti. Ne deriva che le uniche tipologie di società partecipate di cui il legislatore espressamente consente la costituzione e il mantenimento sono quelle che svolgono attività strettamente necessarie alle finalità istituzionali degli enti e le società che producono servizi di interesse generale.

La riconducibilità di una società al modello astrattamente prefigurato dal legislatore dipende, peraltro, dalla valutazione (discrezionale) del Consiglio comunale. Sulla base dei principi richiamati è stato, ad esempio, sostenuto che in merito alla partecipazione ad una costituenda banca di credito cooperativo, il Consiglio comunale è chiamato a verificare quali finalità intenda perseguire con tale strumento, se queste siano da considerarsi fra i compiti riservati dall'ordinamento all'ente comunale e soprattutto se l'attività della costituenda società possa considerarsi strettamente necessaria alle finalità dell'ente stesso, anche alla luce del proprio statuto¹⁰.

Giappichelli, 2008, 347 ss.; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, CEDAM, 2008. Sull'interpretazione dell'art. 13 si veda poi la già richiamata pronuncia della Corte costituzionale 1° agosto 2008, n. 326.

(10) Cfr. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per il Piemonte, 3 dicembre 2008, n. 33.

A ben guardare, però, sono due le interpretazioni possibili delle disposizioni sopra citate. La prima, più estesa, che vorrebbe in qualche modo limitare la possibilità stessa della pubblica amministrazione di fare impresa, con ciò ponendo evidenti questioni di legittimità costituzionale. La seconda, più ristretta, secondo la quale sarebbe il modello societario, salve le deroghe ammesse dai commi 27 e 28, a rimanere escluso dalle formule organizzative a disposizione dell'ente locale.

Sul punto si è pronunciata la Corte costituzionale¹¹, chiamata a verificare se il legislatore statale, affermando di intervenire a tutela della concorrenza e del mercato, abbia violato il riparto di competenze tra Stato e Regioni fissato dal Titolo V della Costituzione e se, in particolare, ne sia risultata vulnerata la riserva di organizzazione amministrativa stabilita in favore di queste ultime.

La Corte ha concluso per l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi da 27 a 29 della legge 244/2007, sul presupposto della riconducibilità delle suddette norme all'ambito della tutela della concorrenza, rispetto alla quale il legislatore statale ha titolo a porre in essere una disciplina dettagliata¹².

Inoltre, aggiunge la Corte, in virtù del criterio della prevalenza, è anche palese l'appartenenza a detta materia del nucleo essenziale della disciplina dalle stesse stabilita¹³, con conseguente infondatezza della denuncia di violazione del principio di leale collaborazione.

Oltre ai profili di ordine generale, relativi alla legittimità dell'intervento statale sulla materia in questione (di fatto riconducibile alla organizzazione degli enti locali), le norme in commento pongono anche questioni di stretta interpretazione del dato letterale.

In altre parole, il riferimento alle società "strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali" dell'ente locale, risente di

(11) La sentenza è la n. 148 dell'8 maggio 2009, in www.dirittodeiservizipubblici, commentata da M. CAMMELLI, *Legislatore, giudici e società in mano pubblica: buone intenzioni, impropri strumenti, discutibili risultati*, in *Le Regioni*, 2009, p. 1071 ss.

(12) In questi termini la Corte si era già espressa nelle sentenze 411/2008 e 320/2008, in www.cortecostituzionale.it.

(13) Cfr. Corte cost., sentenze 411/2008, 371/2008 e 326/2008, in www.cortecostituzionale.it.

una tendenza diffusa in tema di partecipazioni pubbliche al bilanciamento tra la definizione di macrocategorie, entro le quali collocare le molteplici tipologie societarie esistenti e l'obiettivo necessità della differenziazione delle fattispecie, di cui si diceva. Lo stesso riferimento alle finalità istituzionali dell'ente locale è ambiguo, può voler dire tutto e niente¹⁴.

Anche la più recente manovra contenuta nel d.l. 31 maggio 2010, n. 78, contenente "misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica", ribadisce all'art. 14, comma 32 il principio dell'opportunità di un ridimensionamento del ricorso alle società a partecipazione pubblica per contenere i costi degli apparati politici e amministrativi.

In questo caso, si vieta ai Comuni di piccole dimensioni di costituire società. Il criterio utilizzato dal legislatore è dunque quello del numero di abitanti del Comune aspirante azionista (30.000 abitanti). Ancora una volta il legislatore introduce un elemento di differenziazione rispetto al regime delle società a partecipazione pubblica, questa volta, però, di tipo puramente quantitativo. Il divieto non si applica, prosegue la norma "alle società con partecipazione paritaria", ovvero con partecipazione proporzionale al numero di abitanti, costituite da più Comuni, la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti". Della concreta operatività della norma non può ancora dirsi; è evidente, però, come essa si inserisca nella tendenza alla valorizzazione dell'istituto delle società pluricomunali (su cui v. *infra*).

Sotto diversa prospettiva, un'ulteriore traccia della tendenza alla differenziazione delle tipologie societarie e dei relativi regimi giuridici in ragione dell'attività svolta è rinvenibile nelle recenti disposizioni in materia di personale delle società (su cui pure v. *infra*).

In particolare, il riferimento è agli artt. 18 e 23-*bis* della legge 6 agosto 2008, n. 133. 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

(14) Si pensi, ad esempio, alle finalità istituzionali, come definite dall'art. 13 del d.lgs. 267/2000.

disposizioni del testo unico sul pubblico impiego (art. 35, comma 3); 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 personale¹⁵.

Il combinato disposto degli artt. 18 e 23-*bis* 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)¹⁶.

Sono, invece, completamente esentate da qualsiasi adempimento a proposito del proprio personale le società quotate su mercati regolamentati, considerato che tali società sono chiamate a rispondere agli azionisti. Del resto, anche la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che quando una società in mano pubblica ha una parte del proprio capitale sociale quotato in borsa ed un azionariato diffuso tra privati, ne discende che essa "costituisce una realtà imprenditoriale totalmente svincolata in relazione alla sua attività dalle amministrazioni pubbliche partecipanti al capitale sociale, in quanto non svolge attività strumentale ai compiti istituzionali delle suddette amministrazioni, ma opera come soggetto autonomo nel mercato dei servizi pubblici locali"¹⁷.

A ben guardare, però, il rigore della disciplina per il reclutamento 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).

(15) Sul tema, cfr. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Campania, 8 febbraio 2011, n. 98.

(16) Sul punto sia consentito rinviare a C. VITALE, *La gestione congiunta del servizio pubblico locale. Novità legislative e tendenze del sistema*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2009, p. 563 ss.

(17) Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 30 giugno 2008, n. 6333.

L'impressione generale è, allora, 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 ridurre l'uso indiscriminato e consentirebbe una più consistente forma di liberalizzazione del settore del servizio pubblico locale.

Rispetto alla questione della progressiva definizione di tipologie societarie dotate di una propria specificità, cui si fa corrispondere un regime giuridico peculiare, non può non dirsi, poi, della recente diffusione delle società a partecipazione integralmente pubblica pluricomunale, che hanno sostituito i preesistenti strumenti di coordinamento, consentendo agli enti locali di coniugare l'opportunità di continuare ad utilizzare lo strumento dell'affidamento diretto del servizio con la gestione congiunta del servizio pubblico locale¹⁸.

È il caso di sottolineare, infine, come le stesse società *in house*¹⁹, rappresentino, per certi versi una fattispecie societaria speciale²⁰, che, non in ragione dell'attività svolta quanto delle caratteristiche che la

(18) In tema, sia consentito rinviare a C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, in *Studi in materia di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMELLI, M. DUGATO, Torino, Giappichelli, 2008, p. 63 ss. Anche la giurisprudenza sia comunitaria che amministrativa si è pronunciata sulla fattispecie in questione. Cfr., in particolare, Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04 e Cons. St., sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365 e Cons. St., sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

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

(20) 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.

connotano, viene sottoposta ad un regime differenziato, di fatto equiparato a quello delle pubbliche amministrazioni²¹.

A tale ultimo proposito (e rinviando ai contributi specificamente dedicati al tema per l'analisi di dettaglio), è utile richiamare le recenti disposizioni contenute nell'art. 4 del d.l. 138/2011, che nel quadro dell'ennesima riforma per la privatizzazione e liberalizzazione dei servizi pubblici locali, cercano di ridimensionare il ricorso alle società *in house* in favore della concorrenza per l'affidamento del servizio.

I principi posti dal legislatore sembrano però destinati per lo più a rimanere inapplicati. Alla regola generale della gara viene infatti affiancata un'eccezione altrettanto generale legata alla possibilità di attribuire diritti in esclusiva, previa analisi di mercato, qualora la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità (e dunque un servizio universale ed accessibile) (comma 1), secondo valutazione discrezionale dell'ente locale.

L'articolo citato prevede, inoltre, che solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società *in house*. È chiaro, però, che senza ulteriori precisazioni su come debba concretamente calcolarsi il limite al di sotto del quale l'*in house* è consentito, la norma si espone al rischio di abusi ed elusioni²². Ancora una volta, dunque, in prima battuta e salvi i ripensamenti successivi, il legislatore sceglie (ma senza reale convinzione) la via del rigore in materia di società *in house*, in ciò perdendo anche di vista le indicazioni più volte ribadite in sede europea e secondo cui l'affidamento *in house* rappresenta una modalità (ordinaria) alternativa a quella dell'esternalizzazione del servizio²³.

(21) Cfr., ad esempio, Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 17 gennaio 2007, n. 2, secondo cui ai fini del rispetto del patto di stabilità interno a nulla rileva la distinzione formale della società affidataria del servizio rispetto al Comune.

(22) G. NAPOLITANO, *Monopoli, affidamenti e gare: buoni propositi ma poca concretezza*, in *Il Sole-24 Ore*, 17 agosto 2011, p. 18.

(23) Cfr. L. LANZILLOTTA, *Per liberalizzare le local utilities cambiare strada e agire su vincoli e sanzioni*, in www.firstonline.info del 17 agosto 2011.

La società *in house* tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari

Chiara Alberti

Sommario

1. *Il modello dell'in house nell'elaborazione della Corte di Giustizia* – 2. *In particolare, il controllo analogo* – 3. *Il caso del Regolamento Trasporti* – 4. *La dimensione nazionale dell'in house* – 5. *Gli interventi normativi in materia di SPL e di in house in particolare.*

1. *Il modello dell'in house nell'elaborazione della Corte di Giustizia*

In questo ultimo decennio, si è affermato, fra le modalità gestorie dei servizi pubblici locali, il modello dell'*in house providing*, espressione che descrive un fenomeno di “autoproduzione”, in cui l'amministrazione, nell'ambito della libertà di scelta fra i modelli organizzativi e gestori, decide di attingere a risorse proprie, ovvero di ricorrere ad amministrazioni ad essa collegate in maniera così profonda da indurre a ritenere che si tratti di proiezioni organizzative dell'amministrazione stessa, come nel caso delle società *in house*. Il ricorso a tale sistema si pone in contrapposizione al modello dell'esternalizzazione e rappresenta una ipotesi residuale in quanto derogatoria rispetto al ricorso al mercato, la cui definizione e “perimetrazione” sono state affidate, da parte dei giudici nazionali, all'opera interpretativa della Corte di Giustizia.

Ferma restando la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto alle scelte interne, l'unico limite imposto è che l'affidamento *in house* avvenga in presenza di un effettivo rapporto di delegazione interorganica e l'opera quasi nomopoietica dei giudici comunitari si è sviluppata per individuare gli indici rivelatori della sussistenza del suddetto legame.

È possibile individuare tre filoni della giurisprudenza comunitaria in

materia, sintomatici del carattere dinamico ed evolutivo dell'istituto dell'*in house*, difficilmente inquadrabile in schemi logico-giuridici rigidi e precostituiti.

Se nelle prime sentenze (dalla fine del 1990 al 2005), la Corte di Giustizia ha progressivamente enucleato una serie di indici ampi e flessibili, non ritenendo necessaria una specificazione più stringente, a fronte di un fenomeno ritenuto (erroneamente) limitato, è con la sentenza *Teckal* che sono stati codificati i due requisiti rivelatori della sussistenza di tale rapporto di delegazione interorganica. Un primo requisito di tipo strutturale, quale il controllo analogo operato dall'ente pubblico sul soggetto aggiudicatario e un secondo requisito di tipo funzionale, quale il prevalente svolgimento dell'attività da parte del soggetto aggiudicatario in favore dell'ente controllante, entrambi, ancorché non dettagliatamente declinati, sono stati oggetto di una interpretazione restrittiva, proprio in ragione della eccezionalità dell'*in house providing*. A partire dal 2005, constatato il crescente ricorso a tale figura e al prisma di ipotesi possibili che si andavano prefigurando, la Corte ha provveduto ad individuare in modo più dettagliato e stringente le condizioni di ammissibilità, per evitare elusioni dei limiti generici indicati nelle prime pronunce, con particolare riferimento all'ipotesi di società mista. Con riferimento al requisito del controllo analogo, se inizialmente la Corte riteneva che, affinché una società mista a prevalente capitale pubblico potesse considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione, era determinante la concreta configurazione del rapporto, mentre non era di per sé decisiva l'entità della partecipazione, successivamente ha mutato la propria posizione, ritenendo necessario un potere di ingerenza nell'organizzazione della produzione del bene o del servizio e non solamente un controllo sull'attività, quale presidio esterno alla conformità dell'azione del controllato (*Parking Brixen*; *Carbotermo*; *Consorti Alisei*), attraverso una partecipazione pubblica totalitaria (*Asociación de Empresas Forestales c. Transformación Agraria SA (TRASGA)*; *Stadt Halle*). Inoltre, l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali e dall'espansione

territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale ed estero (*Mödling; Parking Brixen*).

2. In particolare, il controllo analogo

I giudici comunitari hanno, poi, preso esplicitamente posizione sulla complessa quanto dibattuta ipotesi di controllo analogo congiunto, chiarendo che, affinché il controllo che le autorità pubbliche socie di detta società esercitano su quest'ultima risulti analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, non è necessario che il singolo socio affidante disponga di un potere di controllo individuale sulla società, ben potendo essere svolto tale controllo, anche congiuntamente da parte di più autorità socie che deliberano, se necessario, a maggioranza, rilevando unicamente la effettività del controllo esercitato sull'ente concessionario (*Coditel*).

Il pietrificato orientamento comunitario circa le condizioni necessarie per la sussistenza del requisito strutturale del controllo analogo ha cominciato gradualmente ad incrinarsi e si è inaugurato il terzo filone giurisprudenziale. A partire dal 2008, nel definire il requisito del controllo analogo, i giudici comunitari hanno affrontato la questione di una possibile partecipazione di privati, ipotesi fino ad ora assolutamente esclusa. La Corte ha affermato che l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria "deve essere verificata nel momento dell'affidamento" dell'appalto pubblico di cui trattasi, e "in ogni caso, in via eccezionale, circostanze particolari possono richiedere che siano presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto in esame". In sintesi, la Corte ha fatto "marcia indietro" ed ha stabilito che la mera possibilità dell'ingresso di terzi privati non esclude l'esistenza del controllo analogo (C-371/05 del 2008; C-573/07).

Appare evidente che le varie declinazioni di controllo analogo: strutturale, congiunto e frazionato elaborate in questi anni presentano, come ragione ispiratrice, l'esigenza di fornire una nozione sostanziale di tale requisito, in ragione della sua effettività, attraverso una gradazione degli indici rivelatori non in via teorica, ma caso per caso, a seconda della struttura dell'ente controllante e controllore.

Tab. 1. *Requisiti dell'in house providing in sintesi*

Controllo analogo	
Strutturale	<ul style="list-style-type: none"> – Partecipazione pubblica totalitaria – Assenza di vocazione commerciale, i cui indici rivelatori sono, ad esempio: <ul style="list-style-type: none"> • ampliamento dell'oggetto sociale; • apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; • espansione territoriale dell'attività su tutto il territorio nazionale e all'estero
Congiunto	<ul style="list-style-type: none"> – Partecipazione pubblica congiunta: <ul style="list-style-type: none"> • il controllo può essere esercitato anche congiuntamente da più società, che deliberano a maggioranza
Frazionato	<ul style="list-style-type: none"> – Partecipazione di soggetti privati; <ul style="list-style-type: none"> • la mera possibilità dell'ingressi di privati, prevista in statuto, non esclude di per sé l'esistenza del controllo analogo
Svolgimento prevalente in favore dell'ente controllante	L'attività svolta – <i>in concreto</i> – dall'impresa deve essere destinata <i>principalmente</i> all'ente controllante ed ogni altra attività deve risultare marginale, utilizzando come indicatore il “fatturato” dell'impresa.

3. Il caso del Regolamento Trasporti

Il tendenziale ripensamento del controllo analogo e, quindi, dello stesso istituto dell'*in house* in un'ottica di maggiore apertura, come provano le ultime sentenze comunitarie, pare essere avvallata anche dallo stesso legislatore europeo con il Regolamento CE trasporti 1370/2007, che tra le modalità di affidamento della fornitura e della gestione dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri prevede l'affidamento diretto (art. 5, par. 2), sia nella forma della cd. “gestione diretta in economia”, sia facendo ricorso ad un cd. “operatore interno”, sottoposto alle condizioni dell'*in house*. La novità principale del regolamento riguarda il requisito strutturale del controllo analogo, per il quale non è più richiesta la totale partecipazione pubblica. Infatti, l'art. 5, par. 2, lett. a), comma 2, prevede espressamente che “conformemente al diritto comunitario la proprietà al 100% da parte

Tab. 2. *Regolamento CE trasporti 1370/2007 – Art. 5, Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico*

Par. 1

1. I contratti di servizio pubblico sono aggiudicati conformemente alle norme previste nel presente regolamento. Tuttavia, i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive. Se i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive 2004/17/CE o 2004/18/CE, le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 del presente articolo non si applicano.

Par. 2, lett. *a) b) e c)*

2. A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture. Se un'autorità competente a livello locale assume tale decisione, si applicano le seguenti disposizioni:

a) al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri;

b) il presente paragrafo si applica a condizione che l'operatore interno e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, escluse eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale;

c) in deroga alla lettera *b)*, un operatore interno può partecipare a una procedura di gara equa da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta, a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto di passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta

dell'autorità pubblica, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo analogo a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri”.

Giudice e legislatore europeo stanno aprendo nuove frontiere e hanno assunto posizioni sintomatiche della necessità di disancorare l'ammissibilità del ricorso all'*in house* a condizioni monolitiche, preso atto della continua evoluzione dei sistemi gestori ed organizzativi, che richiedono valutazioni non esclusivamente aprioristiche.

4. La dimensione nazionale dell'in house

Sul piano nazionale, con riferimento al primo requisito del controllo analogo, condizione indispensabile è che l'ente possieda l'intero pacchetto azionario della società affidataria (Cons. St., ad. plen., 1/2008; Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse essere comunque superiore al 99%). In ogni caso, la partecipazione pubblica totalitaria costituisce un elemento necessario, ma non sufficiente, servendo maggiori strumenti per un controllo effettivo, e non solo formale o apparente, di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile (Cons. giust. reg. sic., 4 settembre 2007, n. 719). In particolare: *a*) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072); *b*) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514); *c*) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (Cons. St., sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082); *d*) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

Il giudice nazionale, nell'affrontare la questione di partecipazioni pubbliche plurime, ha seguito l'orientamento comunitario sul concetto di "controllo analogo congiunto" ed ha sostenuto che il requisito del controllo analogo necessario per ritenere legittimo l'affidamento *in house* di servizi pubblici ad una società di società partecipate da più enti pubblici "non sottende una *logica dominicale*, rivelando piuttosto una dimensione funzionale: affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un 'controllo' della *governance* societaria" (Cons. St., sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970; 9 marzo 2009, n. 1365; 30 aprile 2009, n. 2765; 28 settembre 2009, n. 5808).

Con riferimento, poi, al requisito funzionale del "prevalente svolgimento dell'attività in favore dell'ente controllante", la giurisprudenza nazionale ha fatto propria la nozione elaborata dalla giurisprudenza *Teckal*, secondo cui un'impresa svolge la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene se l'attività di detta impresa è destinata *principalmente* all'ente in questione e ogni altra attività risulta marginale, di cui indicatore utile per valutare tale requisito è il "fatturato". Inoltre, tale requisito funzionale sussiste sia nel caso di prestazioni svolte nei confronti dell'ente controllante (prestazioni strumentali allo svolgimento delle funzioni tipiche dell'amministrazione) sia nel caso di prestazioni svolte per conto della stessa (*Carbotermo e Consorzio Alisei*, 11 maggio 2006, causa C-340/04; *Commissione contro Italia*, 17 luglio 2008, causa C-371/05), considerate, in concreto, tutte le attività svolte dalla stessa, a prescindere da chi le remuneri e dall'ambito territoriale in cui sono svolte (C-340/04). Anche la Corte costituzionale si è espressa con riferimento al requisito funzionale del prevalente svolgimento dell'attività in favore dell'ente controllante (sentenza 23 dicembre 2008, n. 439), e richiamata la giurisprudenza comunitaria sul punto, ha ritenuto necessario che il soggetto beneficiario dell'affidamento destini la propria attività principalmente a favore dell'ente e la circostanza che effettui prestazioni non del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe tale impresa attiva sul mercato, con una conseguente deviazione rispetto al rigido modello europeo ed una alterazione delle regole concorrenziali. La Consulta

ha citato la sentenza *Carbotermo*, nella parte in cui demanda al giudice competente la valutazione di tutte le circostanze di specie, sia qualitative che quantitative, idonee a suffragare o meno l'integrazione del requisito funzionale.

5. Gli interventi normativi in materia di SPL e di in house in particolare

I timidi ripensamenti giurisprudenziali e normativi avvenuti a livello europeo pongono giudice, legislatore ed operatori nazionali di fronte a scenari mutati e a soluzioni interpretative di non poco conto, che vanno ad incidere sul quadro normativo interno in materia di servizi pubblici locali, già di per sé oggetto di un lungo processo di riforma, che sembrava aver raggiunto un punto di arrivo nell'art. 23-bis, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112.

Invece, a seguito dell'esito del *referendum* del 12 e 13 giugno 2011, tale disposizione, unitamente al regolamento attuativo di cui al d.P.R. 168/2010, è stata abrogata (con effetto dal 21 luglio 2011 per effetto del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113), lasciando un vuoto normativo da colmare, in quanto – come sancito dalla Corte costituzionale (sentenza 24/2010), chiamata a pronunciarsi circa l'ammissibilità del quesito referendario,

[...] all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze 31/2000 e 40/1997 –, sia da quella della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di *referendum*) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica [...].

Occorre ricordare che l'art. 23-bis affermava la regola generale di affidamento tramite gara dei servizi locali di rilevanza economica e prevedeva un limitato ricorso all'affidamento *in house*, qualora si fossero verificate le situazioni cd. eccezionali di cui al comma 3, cioè quelle situazioni che “a causa di peculiari caratteristiche economiche,

sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”, tale quindi da legittimare il ricorso all’affidamento diretto del servizio, in deroga al regime ordinario delle procedure ad evidenza pubblica. L’articolo annoverava, oltre a società a capitale interamente pubblico e a società partecipate dall’ente locale, espressamente anche le società che presentassero i requisiti richiesti dall’ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *in house* e che, comunque, operassero nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell’attività svolta dalla stessa con l’ente o gli enti pubblici che la controllano.

Come detto, tale disposizione è stata abrogata e per porre rimedio alla *vacatio legis* che si è venuta a creare, il legislatore nazionale è intervenuto con l’art. 4 (Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al *referendum* popolare e alla normativa dell’Unione europea della legge 14 settembre 2011, n. 148 “Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari”).

Il nuovo art. 4 – il cui ambito di applicazione riguarda tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica ad esclusione del servizio idrico integrato; del servizio di distribuzione di gas; del servizio di distribuzione di energia elettrica; del servizio di trasporto ferroviario regionale e della gestione delle farmacie (comma 34) – al comma 1 definisce innanzitutto la cornice entro cui gli enti locali devono procedere alla gestione di tali servizi, codificando i principi ispiratori, di matrice comunitaria, quali il principio di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. Stabilisce, altresì, la regola per cui gli enti locali devono verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale di tali servizi, procedendo così alla liberalizzazione di tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche proprie dei servizi pubblici, quali universalità ed accessibilità. Infine, gli enti locali nei casi in cui non è possibile intraprendere tale via, sono chiamati a limitare i diritti di esclusiva alla luce di una analisi di mercato, ai casi in cui la libera iniziativa eco-

nomica privata risulti non idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Al termine della verifica sopra descritta, l'ente deve provvedere ad una classificazione preliminare dei servizi di interesse economico generale che possono essere espletati dai privati in regime di libera concorrenza e di quelli in cui risulti necessaria l'attribuzione di un diritto di esclusiva. L'istruttoria espletata deve tradursi in una delibera quadro che, previa pubblicazione, deve essere inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La procedura sopra prevista è condizione per l'affidamento ed il rinnovo dell'affidamento della gestione dei servizi. La verifica di realizzabilità della gestione concorrenziale (e la conseguente delibera), secondo quanto dispone il comma 4, deve essere compiuta entro il 13 agosto 2012, ma anche periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali nonché prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.

In particolare, il comma 12 disciplina la *gara a doppio oggetto* e sul punto la manovra conserva interamente nel nuovo impianto normativo la configurazione che le aveva dato il legislatore prima dell'abrogazione referendaria, quale procedura avente ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, "al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40%" e l'attribuzione di "specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio". Al riguardo, il bando o la lettera di invito, analogamente a quanto disposto dal caducato art. 3 del regolamento attuativo dell'art. 23-*bis*, deve prevedere che: *a*) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; *b*) il socio privato svolga gli specifici compiti operativi per l'intera durata del servizio e che, diversamente, si proceda a un nuovo affidamento; *c*) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione (art. 4, comma 12). I bandi (o lettere invito) relativi alle procedure di gara cd. a doppio oggetto devono prevedere, fra l'altro, modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione nonché lo svolgimento di specifici compiti operativi per l'intera durata del servizio.

Il comma 13 disciplina le ipotesi di affidamento *in house* e stabilisce che, ferme restando le condizioni soggettive enucleate dalla giurispru-

denza comunitaria (“controllo analogo” e “dell’attività prevalente”) per il ricorso a tale modulo, le condizioni oggettive, caratterizzanti la riforma operata con l’art. 23-*bis*, sono state sostituite con una soglia di valore degli affidamenti. Per cui l’affidamento *in house* è ammesso qualora il valore dell’affidamento sia pari o inferiore ai 900.000 euro, al di sotto dei quali gli enti locali sono legittimati a scegliere di ricorrere all’auto-produzione dei servizi. La nuova disposizione ammette l’affidamento diretto *in house* come modulo gestionale eccezionale rispetto alla gara ed introduce una disciplina più rigorosa di quella di derivazione comunitaria proprio perché circoscrive le ipotesi di affidamento diretto *in house* ai servizi pubblici locali di valore economico limitato. Infatti, con l’innalzamento dell’asticella dell’affidamento “fino a 900.000 euro di valore complessivo” si dilata la possibilità per gli enti locali di gestire un servizio pubblico di rilevanza economica in regime di auto-produzione. Tale operazione, tuttavia, non si pone in contrasto con il dettato costituzionale, alla luce di quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza 325/2010 con riferimento all’art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, laddove affermava che la normativa comunitaria costituisce solo un “minimo” inderogabile per Stati membri, potendo il legislatore statale – competente a disciplinare le modalità gestionali dei servizi pubblici locali a rilevanza economica in via esclusiva trattandosi della materia “tutela della concorrenza” – introdurre legittimamente regole concorrenziali più rigorose di quelle “minime” di derivazione comunitaria.

In merito alle disposizioni del decreto afferenti ai servizi pubblici locali era intervenuta anche l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, con apposito atto di segnalazione AS864 del 26 agosto 2011. Secondo l’AGCM, il decreto, introducendo una soglia pari a 900.000 euro al di sotto della quale la gara per la scelta del gestore dei servizi non è obbligatoria, finiva per configurare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato. L’Antitrust osservava altresì che il sistema di esenzioni dall’obbligo di gara, così configurato, si sarebbe prestato facilmente a comportamenti elusivi da parte delle amministrazioni pubbliche: sarebbe stato sufficiente frazionare gli affidamenti in tante *tranche*, ciascuna di valore inferiore a 900.000 euro, per poterle

poi attribuire tutte direttamente ad una società controllata. Tuttavia il monito dell'AGCM è rimasto inascoltato.

Secondo l'Authority:

[...] l'impianto normativo ora proposto si differenzia da quello precedente per un aspetto di rilievo, riguardante la scelta tra procedura a evidenza pubblica o affidamento diretto del servizio. Nel precedente regime, la gara era lo strumento privilegiato, derogabile in presenza di situazioni eccezionali (art. 23-*bis* comma 3) in cui l'affidamento *in house* era consentito previa richiesta di parere all'Autorità. Ora viene stabilita una soglia (valore dell'affidamento pari a 900.000 euro annui) al di sopra della quale la gara è obbligatoria, mentre al di sotto la gara è possibile, ma non necessaria (comma 13 dell'art. 4). L'eccezionalità della situazione che non consente il ricorso al mercato viene dunque approssimata da un ben preciso valore economico del servizio, che però non può sostituirsi in maniera efficace a tutte le realtà in cui la gara non è esperibile, realtà che presentano necessariamente caratteristiche molto differenziate sotto i vari aspetti che la formulazione del precedente art. 23-*bis* aveva colto. In ogni caso, nell'assenza di precise indicazioni sui criteri di scelta adottati per la definizione della soglia, l'Autorità osserva che questa appare oggettivamente elevata, tale da poter determinare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato. In ogni caso, il sistema di esenzioni dall'obbligo di gara così configurato si presta facilmente a comportamenti elusivi da parte delle amministrazioni che non intendono procedere agli affidamenti tramite gara dei servizi pubblici locali: sarebbe sufficiente frazionare gli affidamenti in tante *tranche*, ciascuna di valore inferiore a 900.000 euro annui, per poterle poi attribuire tutte direttamente a controllate *in house*. Il sistema ora introdotto appare dunque meno efficace di quello in vigore in precedenza, né sembra possa essere migliorato con modifiche al ribasso della soglia, data l'arbitrarietà con cui qualsiasi valore verrebbe eventualmente determinato. L'Autorità ritiene, a tale proposito, opportuna la regola della gara obbligatoria salvo particolari situazioni locali di cui dimostrare l'esistenza da parte dell'ente affidante.

Il comma 14 estende le regole del patto di stabilità alle società *in house*, il comma 15 l'applicazione del codice degli appalti sia alle società *in house* che alle società miste. Il comma 16, nel richiamare il comma 3 dell'art. 32 del codice appalti sancisce che se il socio privato è stato scelto con procedure di evidenza pubblica e se la società eroga di-

rettamente il servizio per il 70% del medesimo, la stessa opera senza applicare il codice appalti.

Il comma 32 contiene disposizioni di regime transitorio in relazioni alle quali sussistono problematiche in relazione alla continuità della presente disciplina rispetto all'abrogato comma 8 dell'art. 23-bis già citato. Come già avvenuto in passato, dunque, viene disciplinato il regime transitorio degli affidamenti non più conformi a quanto stabilito dal decreto legge. In particolare, il comma 32 prevede scadenze diversificate a seconda della varie circostanze codificate. In alcuni casi (es. affidamenti diretti *in house* sopra il parametro economico dei 900.000 euro annui), le gestioni non conformi scadono automaticamente ed improrogabilmente (senza cioè che sia necessaria apposita delibera da parte dell'ente affidante) alla data prefissata, mentre in altri specifici casi, le gestioni non conformi cessano, a determinate condizioni, alla data di scadenza naturale fissata dai contratti di servizio. In particolare gli affidamenti diretti di servizi sopra i 900.000 euro sono destinati a cessare entro la data di fine marzo 2012 mentre gli affidamenti a società miste, qualora la selezione abbia riguardato soltanto la qualità di socio e non anche la contestuale attribuzione di compiti operativi, sono destinati a cessare entro il successivo mese di giugno 2012.

L'articolato quadro normativo e giurisprudenziale – nazionale e comunitario – descritto costituisce la cornice entro cui la società *in house* si deve collocare. Appare evidente che, dopo una prima fase di "assestamento" rispetto alle novità introdotte dal legislatore con l'art. 4 si dovrà attendere la messa a regime del nuovo sistema per vederne i risvolti pratici e la compatibilità del modello dell'*in house*, con una disciplina europea di maggiore *favor*.

Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale (*)

Tommaso Bonetti

Sommario

1. *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale – 2. Le società miste nel governo locale: profili evolutivi.*

1. *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*

In uno scenario ordinamentale segnato da una notevole ambiguità di fondo¹, si assiste, da qualche tempo, ad una rinnovata attenzione per il modello delle società a partecipazione mista pubblica e privata²;

(*) Si rinvia ai contributi successivi per la ricostruzione e l'analisi degli ulteriori profili rilevanti in tema di società miste, come quelli riguardanti la disciplina delle forme di controllo dei soci pubblici (F. PALAZZI), dei processi di "pubblicizzazione" in corso (A. DE MICHELE), dei limiti normativi posti alla capacità d'azione (E. TRENTI) nonché, per altro verso, quelli concernenti la responsabilità amministrativa degli amministratori di società pubbliche (A. SAU).

(1) Per uno sguardo allo stato dell'arte con riferimento alle società pubbliche, cfr. A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 894 ss.; M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 1115 ss.

(2) In generale, sull'uso di strumenti di diritto privato quale esempio dell'affermazione del "principio positivo dei modelli differenziati" nell'ambito dell'organizzazione pubblica, si rinvia a G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 85 ss.; ID., *Sulla utilizzazione di modelli differenziati nella organizzazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Seconda serie, Milano, Giuffrè, 1970, p. 3 ss. Sulle società a partecipazione pubblica, senza pretesa di esaustività, oltre a M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, cfr. M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica: Comuni, Province e Regioni*, Rimini, Maggioli, 1989; M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, IPSOA, 2001; F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, Giuffrè, 1999; V. MAZZARELLI, *Le società per*

una rinnovata attenzione che, tuttavia, si presta a letture differenti nella misura in cui tende ad atteggiarsi secondo prospettive e con modalità apparentemente antitetiche: l'una "promozionale", l'altra marcatamente "riduzionista"³.

Le ragioni sottese alle logiche promozionali sono numerose e di natura qualitativamente composita, a partire dalle difficili condizioni del ciclo economico in atto⁴.

Prescindendo dalla ricerca di motivazioni "metagiuridiche", all'origine del fenomeno sembrano esservi almeno due fattori che, collocandosi in uno quadro più ampio, riflettono opzioni di politica del diritto riscontrabili in ambito europeo e nazionale come quella relativa al *favor* per la costituzione di forme di partenariato "strutturale" tra soggetti pubblici e privati⁵.

Innanzitutto, sulla scorta di alcune disposizioni normative e di una serie di pronunciamenti giurisprudenziali, siffatti organismi societari,

azioni con partecipazione comunale, Milano, Giuffrè, 1987; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994; con riferimento ad aspetti specifici, invece, cfr. G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass. Idg.*, 1995, p. 1082 ss.; R. COSTI, *Servizi pubblici e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 550 ss.; M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi pubblici locali. Costituzione delle società, dimissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. app.*, 1996, p. 229 ss.; F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 275 ss.; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 51 ss. In una prospettiva più ampia ed articolata, poi, si veda anche G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

(3) Si pensi, in tal senso, alla "perplexa" relazione tra l'abrogazione dell'art. 23-bis della legge 6 agosto 2008, n. 133 da parte del *referendum* abrogativo popolare del 12 e 13 giugno 2011 e l'art. 4 della legge 14 settembre 2011, n. 148, recante "adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al *referendum* popolare e alla normativa dall'Unione europea".

(4) In chiave più generale, si legga anche M. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 2 ss.

(5) Sulle società miste a livello locale, cfr. G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., p. 291 ss., ove ampi ed ulteriori riferimenti bibliografici.

spesso espressione di diritti “singolari”, tendono a configurarsi sempre di più come modelli “generali” di partenariato nel governo locale⁶.

Si tratta di una prospettiva che emerge chiaramente in numerose pronunce del giudice amministrativo che qualifica le società miste come strumenti di portata generale, utilizzabili anche al di fuori delle ipotesi normative predeterminate.

In questo senso, contorni paradigmatici assume una recente sentenza del Consiglio di Stato nella quale si afferma che

[...] il modello delle società miste è previsto in via generale dall’art. 113, comma 5, lett. *b*), del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come modificato dall’art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 e dalla relativa legge di conversione 24 novembre 2003, n. 303, norme che, pur avendo attinenza ai contratti degli enti locali, delineano un completo paradigma, valido anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali. E che tale modello valga anche al di fuori del settore dei servizi, lo si evince dall’art. 1, comma 2, e dall’art. 32 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che contemplano il caso di società miste per la realizzazione di lavori pubblici e per la realizzazione e/o gestione di un’opera pubblica⁷.

Tutto ciò, poi, sembra corrispondere anche all’inquadramento delle società miste nella nozione più generale di partenariato pubblico privato di tipo “istituzionalizzato”, enucleata dal Libro verde Commissione CE 30 aprile 2004⁸; una tipologia di partenariato che – per l’appunto – prevede “[...] la creazione di un’entità detenuta congiuntamente dal *partner* pubblico e dal *partner* privato, la quale ha la ‘missione’ di assicurare la fornitura di un’opera o di un servizio a favore del pubblico”⁹.

(6) In generale, sul sistema delle autonomie locali, cfr. L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2007; con riguardo, invece, alle problematiche indotte dai processi di globalizzazione, cfr. M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e de-localizzazione nel governo locale*, Bologna, Il Mulino, 2007.

(7) Cfr. Cons. St., sez. V, 16 marzo 2009, n. 1555; Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2008, n. 4603.

(8) Nell’ambito della disciplina dei contratti pubblici, cfr. anche la definizione di cui all’art. 3, comma 15-*ter*, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni e integrazioni.

(9) Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

D'altronde, a riprova della diffusione capillare dello strumento societario, anche a partecipazione mista, ben oltre i confini del settore dei servizi pubblici, è sufficiente considerare il dato quantitativo relativo agli ambiti di azione sociale diversi dalla gestione di *local utilities*; la Corte dei conti, ad esempio, ha fissato solo ad un terzo del totale la quota complessiva delle società partecipate a livello locale per la gestione dei servizi pubblici locali¹⁰. Si pensi, ad esempio, allo svolgimento delle cd. attività "strumentali"¹¹.

In secondo luogo, poi, è bene evidenziare che la giurisprudenza non si è limitata a riconoscere in termini generali la natura poliedrica e multifunzionale della figura della società mista, ma si è anche preoccupata di definirne le condizioni ed i caratteri legittimanti¹².

Affinché l'impiego del modulo societario a capitale misto sia pienamente legittimo, cioè, è necessario che sussistano – in concreto – alcune condizioni espressione di una progressiva evoluzione dell'ordinamento europeo e nazionale¹³.

Tali condizioni sono state enunciate dalla giurisprudenza amministra-

(10) Così Corte dei conti, *Stato dei controlli della Corte dei conti sugli organismi partecipati dagli enti locali*, delibera 18 settembre 2008, n. 13.

(11) Per "attività strumentali" si intendono quelle attività, diverse dalle funzioni e dai servizi pubblici in senso proprio, che abbiano natura oggettivamente economica e d'impresa e che siano svolte nei confronti degli enti costitutori o partecipanti o affidanti: in tal senso, M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in Id. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., spec. pp. 362-364.

(12) Cfr. ancora Cons. St., sez. V, n. 1555/2009, cit.; nonché, anche se con diversa valutazione delle differenti fattispecie oggetto dei rispettivi giudizi, Corte Giust. CE, sez. III, 15 ottobre 2009, causa C-196/08; Corte cost., 22 novembre 2007, n. 401; Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824; Cons. St., sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Cons. St., ad. plen., n. 1/2008, cit.; *contra* Cons. giust. reg. sic., 27 ottobre 2006, n. 589; per una ipotesi di aumento di capitale per l'ingresso di socio privato operativo in una società a capitale pubblico affidataria di un servizio, cfr. Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8376; sulla non applicabilità del divieto di partecipazione a gare d'appalto, imposto dall'art. 13 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248 e successive modificazioni, alle società miste, partecipate da soggetti pubblici e privati, cfr. anche Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77.

(13) Cfr. la *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* (PPPI), Com 92/02, aprile 2008.

tiva secondo cui “[...] non è condivisibile la posizione ‘estrema’ secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l’affidamento diretto”. Tale ipotesi, infatti,

[...] suscita perplessità per il caso di società miste “aperte”, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come *partner* privato per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il *partner* pubblico¹⁴.

Il ricorso alla figura della società mista è ammissibile, invece, “[...] nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un ‘affidamento diretto’, ma la modalità organizzativa con la quale l’amministrazione controlla l’affidamento disposto, con gara, al ‘socio operativo’ della società”; “[...] il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano – oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 163/2006 – garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza”¹⁵. In ogni caso,

[...] laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie: 1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l’affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest’ultimo si configuri come un “socio industriale od operativo”, il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la

(14) Cons. St., sez. II, parere 456/2007, cit.

(15) Così, ancora, Cons. St., sez. II, parere 456/2007, cit.; per la legittimità dell’ammissione alla gara di una società a capitale misto che aveva precedentemente gestito il servizio, ma il cui socio era stato scelto con procedura ad evidenza pubblica, prima dell’entrata in vigore della legge 20 novembre 2009, n. 166, cfr. Cons. St., sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214.

scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo; 2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario¹⁶.

In estrema sintesi, pertanto, le condizioni che legittimano, nel rispetto dei principi comunitari, la costituzione di una società mista sono: l'esistenza di una disposizione normativa che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale strumento; la scelta del *partner* privato tramite gara pubblica; lo svolgimento dell'attività della società mista, almeno in via prevalente, nei confronti del soggetto pubblico che ha proceduto alla costituzione della medesima; la necessità che la gara "unica" per la scelta del *partner* e l'affidamento dei servizi circoscriva chiaramente l'oggetto dei servizi (condizione cd. dei servizi "determinati"); l'esigenza che la selezione dell'offerta migliore sia rapportata non solo alla solidità finanziaria dell'offerente, ma anche alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; la durata predeterminata del rapporto¹⁷.

Su tali aspetti, è intervenuta anche la Corte di Giustizia CE stabilendo che gli artt. 43, 49 e 86 del Trattato CE

[...] non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto pubblico e privato, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a

(16) Cons. St., sez. II, parere 456/2007, cit.; cfr. anche Cons. St., sez. V, n. 1555/2009, cit.; Cons. St., sez. VI, n. 4603/2008, cit.; mentre, per una posizione per certi versi più restrittiva, cfr. Cons. St., ad. plen., n. 1/2008, cit.

(17) In questo senso, da ultimo, cfr. Cons. St., sez. V, n. 1555/2009, cit.; con riguardo, invece, a profili specifici correlati alla tipologia di gara per la scelta del socio privato, cfr. anche Cons. St., sez. V, 23 agosto 2008, n. 5583; Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3920; Cons. St., sez. V, n. 824/2009, cit.

condizione che dette procedure di gara rispettino i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni¹⁸.

Lo stesso, peraltro, vale anche nell'ambito dell'ordinamento positivo relativamente al regime dei servizi pubblici locali di rilevanza economica¹⁹.

Anche a seguito dell'esito dei quesiti referendari del 12 e 13 giugno 2011, infatti, il legislatore ha stabilito espressamente che – per quanto concerne l'affidamento della gestione del servizio – “[...] nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura”, tra l'altro, che “il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento”²⁰.

Se così è, l'impressione è che la società a partecipazione mista si stia effettivamente imponendo – non solo nella prassi – quale modello generale, se non addirittura privilegiato, per la realizzazione a livello locale di forme di partenariato tra enti pubblici e soggetti privati²¹.

(18) Così Corte Giust. CE, 15 ottobre 2009, C-196/08, cit.; con riferimento all'obbligo di esperire procedure competitive ad evidenza pubblica, cfr. anche Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5392; Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 889; TAR Veneto, sez. I, 26 marzo 2009, n. 879. Al riguardo, rispetto alle logiche concorrenziali, cfr. anche l'art. 35 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, in ordine ai “nuovi” poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

(19) Si veda *supra*, nota 3.

(20) Così l'art. 4, comma 12, lett. b), della legge 148/2011.

(21) Come sembra indirettamente emergere anche dalla pronuncia del giudice costituzionale – relativa all'abrogato art. 23-*bis* della legge 133/2008 e successive modificazioni ed integrazioni – Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, secondo cui tal disposizione “[...] è conforme alla normativa comunitaria, nella parte in cui consente l'affidamento diretto della gestione del servizio, ‘in via ordinaria’, ad una società mista, alla doppia condizione che la scelta del socio privato ‘avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica’ e che a tale socio siano attribuiti ‘specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio’ (cosiddetta gara ad evidenza pubblica a doppio oggetto:

2. Le società miste nel governo locale: profili evolutivi

Come si è evidenziato, però, alle logiche “promozionali” si contrappongono spinte e torsioni che riflettono opzioni marcatamente “riduzioniste” in ordine all’impiego generalizzato e diffuso dello schema societario a capitale misto.

Si pensi, in questo senso, al decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, recante “misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica” – convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 s.m.i. – che ha introdotto una serie di disposizioni che incidono fortemente, tra l’altro, sulla possibilità per taluni enti locali di costituire società pubbliche; l’art. 14, comma 32, del decreto legge citato, in particolare, prevede che “fermo quanto previsto dall’art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i Comuni con popolazione inferiore a trentamila abitanti non possono costituire società”; mentre i Comuni con popolazione compresa tra trentamila e cinquantamila abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società²².

scelta del socio e attribuzione degli specifici compiti operativi). La stessa nuova formulazione dell’art. 23-bis si discosta, però, dal diritto comunitario nella parte in cui pone l’ulteriore condizione, al fine del suddetto affidamento diretto, che al socio privato sia attribuita ‘una partecipazione non inferiore al quaranta per cento’. Tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, ma neppure vietata) si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento diretto del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far espandere i casi in cui le società già costituite la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria”. Sul rapporto tra ente pubblico locale e persona giuridica privata, di recente, cfr. TAR Puglia, Lecce, 24 maggio 2011, n. 914.

(22) Di conseguenza, i Comuni dovranno mettere in liquidazione le società già costituite, ovvero cederne le partecipazioni; tali disposizioni, peraltro, non si applicano ai Comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite: “a) abbiano, al 31 dicembre 2013, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il Comune sia stato gravato dell’obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime”. La disposizione, inoltre, non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti. Per quanto riguarda i Comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti, invece, essi possono detenere la partecipazione di una sola società. Merita di essere evidenziato,

Come si può facilmente immaginare, si tratta di una previsione idonea a suscitare molteplici incertezze di carattere interpretativo ed applicativo²³; anche se, a ben vedere, non sembra denotare un definitivo mutamento di prospettiva con riguardo al *favor* per il modello delle società miste in sé e per sé considerate²⁴.

Piuttosto, sulla base di scelte (etero)indotte dalla necessità di stabilizzare i conti pubblici a fronte della crisi economica e finanziaria in corso, l'idea di fondo sembra essere quella di escludere o comunque limitare *tout court* l'eccessivo ricorso allo strumento societario da parte degli enti locali, specialmente quelli di ridotte dimensioni²⁵.

Ad ulteriore riprova di quanto evidenziato, poi, vale la pena richiama-

da ultimo, che con decreto del Ministro per i rapporti con le Regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo "sono determinate le modalità attuative del presente comma nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione". La disposizione in esame è stata oggetto di diverse modifiche tra cui quella di cui all'articolo 1, comma 117, della legge 13 dicembre 2010, n. 220, come sostituito dall'art. 2, comma 43, del decreto legge 29 dicembre 2010, n. 225.

(23) Tra i primi tentativi di circoscrivere l'ambito di applicazione della disposizione in esame, cfr. Corte conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 15 settembre 2010, n. 861, secondo cui "a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14, comma 32 [...] gli enti locali con popolazione inferiore ai trentamila abitanti non possono procedere, in linea di massima, alla costituzione di società di capitali, se non associandosi con altri enti per raggiungere una quota minima di popolazione pari a trentamila abitanti, ad eccezione dei casi nei quali sia lo stesso legislatore, nazionale o regionale, a prevedere che specifiche attività siano svolte per il tramite della partecipazione a società di capitali". Cfr. anche Corte conti, sez. regionale di controllo per la Liguria, 31 dicembre 2010, n. 166; nonché, più di recente, Corte conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia 12 dicembre 2011, n. 657 e 1° dicembre 2011, n. 636.

(24) Semmai conferma che, come è stato evidenziato con riferimento proprio alle società miste, "[...] c'è sempre qualcuno pronto a decretarne la fine seguito, subito dopo, da qualcun altro che ne annuncia la rinascita": così G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., p. 329.

(25) Anche se – in sede di conversione e secondo un approccio che, per quanto semplicistico, pare comunque ispirato ad una logica di maggiore differenziazione – si è stabilito che "con decreto del Ministro per i rapporti con le Regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono determinate le modalità attuative del presente comma nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione".

re l'art. 5, comma 1, della legge 14 settembre 2011, n. 148 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, secondo cui una quota del cd. fondo infrastrutture

[...] è destinata, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, ad investimenti infrastrutturali effettuati dagli enti territoriali che procedano, rispettivamente, entro il 31 dicembre 2012 ed entro il 31 dicembre 2013, alla dismissione di partecipazioni in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico.

In tal caso, le spese effettuate a valere su tale quota – il cui importo non può essere superiore ai proventi della dismissione effettuata – sono espressamente escluse dai vincoli del patto di stabilità interno. Qui, in particolare, la prospettiva “riduzionista” si manifesta attraverso l'introduzione di misure premiali volte ad incentivare le amministrazioni territoriali a dismettere le partecipazioni azionarie nelle società, anche a capitale misto, che gestiscono servizi pubblici locali di rilievo economico.

Il quadro brevemente tratteggiato avvalorava così l'idea iniziale secondo cui l'ordinamento – scosso dalle profonde mutazioni indotte dal ciclo economico in atto – risulta percorso da pulsioni contrastanti e, come tali, non facilmente riconducibili ad unità.

Ecco perché, anche a fronte di un approccio spesso improvvisato e superficiale da parte del legislatore, la strada da intraprendere per giungere ad una compiuta definizione del ruolo e del regime giuridico degli organismi societari a capitale misto appare ancora lunga²⁶.

(26) In proposito, cfr. M. CAMMELLI, *Legislature, giudici e società in mano pubblica: buone intenzioni, incerti strumenti, modesti risultati*, in *Le Regioni*, 2009, p. 1071 ss.

I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica

Enrico Trenti

Sommario

1. Premessa: l'evoluzione legislativa – 2. I limiti alla capacità di azione delle società cd. strumentali rispetto all'attività degli enti che le partecipano – 3. I limiti alla capacità di azione delle società titolari di affidamenti "diretti" nel campo dei servizi pubblici locali – 4. I limiti alla capacità di azione delle società cd. multiutilities.

1. Premessa: l'evoluzione legislativa

La produzione legislativa finalizzata all'individuazione di precisi limiti alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica, che tradizionalmente interessava le sole imprese titolari della gestione di servizi di interesse generale in virtù di disposizioni legislative e quelle operanti in regime di monopolio legale¹, nonché i soggetti titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali di rilevanza economica e le società, a vario titolo, collegate a questi ultimi², è stata oggetto,

(1) L'art. 8, comma 2-*bis*, della legge 287/1990, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", dispone che tali soggetti operino in altri mercati esclusivamente per il tramite di società separate. Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, è, altresì, previsto che, qualora i soggetti in parola rendano disponibili a società da essi partecipate o controllate, operanti in mercati diversi, beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte (in virtù di disposizioni di legge ovvero in regime di monopolio), essi sono tenuti a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti (art. 8, comma 2-*quater*). Le disposizioni in esame, oltre che pienamente vigenti, sono ancora perfettamente attuali, considerato che esse sono, peraltro, espressamente richiamate dall'art. 4, comma 7, del d.l. 138/2011, di cui si dirà nel prosieguo.

(2) Ci si riferisce all'(ormai abrogato) art. 113, comma 6, TUEL, di cui ci si occuperà nel prosieguo.

negli ultimi anni, di una repentina accelerazione che ha preso avvio con l'art. 13 del d.l. 223/2006, cd. decreto "Bersani", poi modificato a più riprese, ed è culminata nell'approvazione dell'art. 23-bis, comma 9, del d.l. 112/2008 (successivamente trasposto nell'art. 4, comma 33, del d.l. 138/2011).

Cosicché, a seguito dei recenti interventi, il tema dei limiti posti dalla legge all'operatività delle società a partecipazione pubblica ha assunto importanza focale nell'ambito della disciplina giuridica delle società pubbliche. E ciò, in considerazione della portata preclusiva "trasversale" (e, quindi, fortemente penalizzante) delle disposizioni in esame rispetto all'intero spettro di attività dei soggetti societari a partecipazione pubblica (servizi pubblici locali, servizi ed attività "strumentali", attività di impresa)³, ed, inoltre, della valenza strategica dell'analisi del sistema di limiti e divieti in relazione all'assetto dei gruppi societari composti da soggetti a partecipazione pubblica.

2. I limiti alla capacità di azione delle società cd. strumentali rispetto all'attività degli enti che le partecipano

La *ratio* degli interventi legislativi che hanno interessato il tema *de quo* è stata autorevolmente ed efficacemente sintetizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza 326/2008 (rel. Cassese)⁴. Il giudice delle leggi, nel respingere le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto "Bersani", ha osservato come detta disposizione definisca il relativo ambito di applicazione in relazione all'oggetto sociale delle società a partecipazione pubblica e risulti fondata sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa di enti pubblici. Secondo la Consulta, l'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgi-

(3) Per una compiuta definizione dei tratti caratterizzanti le società a partecipazione pubblica operanti nei diversi settori di attività sopra indicati, si rinvia a C. VITALE, *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in questo stesso quaderno.

(4) In proposito, si vedano G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 235 e M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un rioridino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 10, p. 1115.

mento sono differenti: nel primo caso, vi è attività amministrativa di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione; mentre, nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza. La Corte ha concluso nel senso di ritenere che le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto "quasi-amministrazione"⁵. In tal modo, non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza⁶.

Prendendo le mosse proprio dall'analisi del cit. art. 13 del decreto "Bersani"⁷, recante norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza, occorre innanzitutto ricordare che detta disposizione definisce il relativo campo di applicazione in senso soggettivo, riguardando le società costituite o partecipate da enti regionali o locali (ivi comprese le Camere di commercio⁸) per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività

(5) Per una compiuta definizione dei cd. "vantaggi competitivi" detenuti dalle società a partecipazione pubblica, si veda: TAR Sicilia, Catania, sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161, in *Foro amm. Tar*, 2009, 6, p. 1916.

(6) Corte cost., 1° agosto 2008, n. 326; in termini sostanzialmente analoghi rispetto alle finalità pro-concorrenziali del cit. art. 13, si veda anche il parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici 213/2008, reperibile sul sito internet dell'Autorità.

(7) Per un approfondimento dei contenuti della disposizione in parola, si suggeriscono: D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, CEDAM, 2008; M. DUGATO e M. CAMELLI, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in ID. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 347 ss.; G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it.

(8) In senso conforme, si segnalano: Cons. St., sez. III, 25 settembre 2007, n. 322, in *Foro it.*, 2008, 2, p. 69 e TAR Toscana, Firenze, sez. I, 13 marzo 2009, n. 417, in *Guida al diritto*, 2009, 48, p. 93.

di tali enti nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. Sono espressamente escluse dall'ambito applicativo della norma le società (a partecipazione pubblica) che gestiscono servizi pubblici locali e le centrali di committenza regionali.

La portata applicativa della disposizione *de quo* è stata oggetto di rilevanti dubbi interpretativi concernenti, innanzitutto, l'individuazione degli elementi caratterizzanti il rapporto (biunivoco) di strumentalità, che deve costituire la ragione della partecipazione pubblica nella società e rappresenta, altresì, uno dei presupposti di applicazione della disposizione di cui al cit. art. 13. Invero, in un primo momento, il giudice amministrativo, esasperando il vincolo genetico-funzionale che, secondo consolidata giurisprudenza, legherebbe la società partecipata all'Amministrazione partecipante⁹, e sostanzialmente tramutandolo in un rapporto di strumentalità "necessaria" del soggetto societario rispetto alle finalità perseguite dal socio pubblico, ha ritenuto che il cit. art. 13 si applicasse a tutti i soggetti societari a partecipazione pubblica, indipendentemente dall'oggetto sociale previsto dal relativo statuto, con esclusione dei soli concessionari di servizi pubblici¹⁰. In seguito, la giurisprudenza amministrativa ha progressivamente rimeditato tale orientamento, accordando maggior rilievo al concetto di "strumentalità" che deve caratterizzare l'attività della società partecipata rispetto alle finalità perseguite dall'ente partecipante. Si è, quindi, chiarito che possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, di cui re-

(9) Per un approfondimento della questione relativa alla relazione tra ente partecipante e società costituita e del connesso procedimento di riordino delle società pubbliche (imposto dalla legge finanziaria 2008), si rinvia a C. VITALE, *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale*, cit.

(10) Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, con note di S. COLOMBARI, *Le società a partecipazione pubblica e loro appartenenza a modelli e regimi giuridici diversificati. Nota critica a Consiglio di Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2008, 9 e G. Guzzo, *Articolo 13 del d.l. 223/2006 ed extraterritorialità delle società miste nella più recente (e controversa) interpretazione della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2008, 10.

sta titolare l'ente di riferimento e con i quali l'ente stesso provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, dunque, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, diversamente da quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali, che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività¹¹. Alla luce di quanto esposto, il giudice amministrativo ha riconosciuto che la portata della disposizione di cui al cit. art. 13 attiene non al titolo giuridico, in base al quale le società operano, bensì all'oggetto sociale delle stesse, con la conseguenza che solo le società costituite o partecipate per lo svolgimento di attività amministrativa in forma privatistica¹² rientrano nel campo di applicazione del cit. art. 13. del decreto "Bersani"¹³.

Secondariamente, la giurisprudenza amministrativa si è interrogata sul requisito della "partecipazione" pubblica e, in particolare, se questo possa ritenersi sussistente a fronte di una partecipazione solo indiretta dell'Amministrazione alla società strumentale. In un primo tempo, sembrava prevalere l'orientamento "estensivo" dell'ambito soggettivo di applicazione del cit. art. 13 che, facendo leva sulla circostanza (presunta) che i principi di concorrenza, trasparenza e libertà di iniziativa economica, ispiratori della disposizione in parola, risulterebbero (in astratto) turbati dalla presenza di soggetti che, proprio per la presenza diretta o indiretta della mano pubblica, finirebbero in sostanza per eludere il rischio di impresa, considera società partecipate da amministrazioni pubbliche regionali o locali anche quelle società che sono partecipate da società intermedie, controllate da dette amministrazioni¹⁴. In base a detta interpretazione, il giudice amministrativo

(11) TAR Lazio, Roma, sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36, con nota di C. CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli enti locali: verso una nuova nozione di "strumentalità"?*, in *Urb. e app.*, 2010, 4, p. 459.

(12) Corte cost., sentenza 326/2008, cit.

(13) TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 novembre 2009, n. 10891, in *Guida al diritto*, 2009, 48, p. 83.

(14) TAR Lombardia, Milano, sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5, p. 534.

è giunto, perfino, a ritenere applicabile il cit. art. 13 alle cd. società di “terza generazione” (o “terzo grado”): ossia ad un’impresa partecipata da un’altra impresa, controllata da un’altra impresa ancora che, a sua volta, è controllata da un’amministrazione pubblica¹⁵. In contrapposizione a detto orientamento, si è progressivamente affermata l’interpretazione maggiormente restrittiva, tendente a ricondurre l’ambito soggettivo di applicazione della disposizione in esame alle sole partecipazioni dirette. Ciò, sul presupposto che il legislatore, in altre fattispecie (in particolare: art. 113, comma 6, TUEL e art. 23-*bis*, comma 9, d.l. 112/2008), quando ha voluto riferirsi anche al collegamento societario indiretto, l’ha fatto espressamente, mentre, nel caso di specie, prevedendo la possibilità di scorporare le attività vietate mediante la costituzione di separata società, pare aver implicitamente escluso le partecipazioni indirette dall’ambito di applicazione della norma; ma soprattutto, in considerazione dell’acclarata circostanza che la disposizione di cui al cit. art. 13 riveste carattere eccezionale rispetto al principio generale di libertà dell’iniziativa economica *ex art. 41 Cost.*, sicché deve preferirsi – *ex art. 14 disp. prel. c.c.* – un’interpretazione restrittiva¹⁶. Alla luce di tali argomentazioni, il giudice amministrativo ha concluso nel senso di ritenere che, per il legislatore, la separatezza delle società operanti sul mercato con soggetti terzi (e dei rispettivi bilanci) rispetto a quelle direttamente partecipate dagli enti locali (e dirette fornitrici di beni e servizi strumentali agli stessi) sembra costituire – di per sé – una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato dagli enti locali non affluisce direttamente nel capitale di rischio delle imprese operanti in regime di concorrenza¹⁷. Senonché, l’Adunanza Plenaria è, da ultimo, intervenuta per dirimere il contrasto giurisprudenziale sul punto, af-

(15) TAR Puglia, Lecce, sez. I, 6 maggio 2009, n. 908, in www.dirittodeiservizi pubblici.it, 2009, 5; si veda anche la deliberazione dell’AVCP 135/2007, reperibile sul sito dell’Autorità.

(16) TAR Liguria, Genova, sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, 5, p. 476.

(17) TAR Liguria, Genova, n. 39/2009, cit.; TAR Lazio, Roma, n. 36/2010, cit.; Cons. St., sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 5, p. 529.

fermando che il divieto per le società a capitale interamente pubblico o miste di partecipare all'aggiudicazione di gare non indette dagli enti loro partecipanti, essendo volto a tutelare i principi di concorrenza, di trasparenza e di libertà di iniziativa economica, si estende anche ad una impresa partecipata da un'altra impresa, a sua volta controllata da un'amministrazione pubblica e, pertanto, si applica anche nell'ipotesi in cui la società a capitale misto, con scopo statutario non esclusivo e che intenda operare, mediante una società interamente partecipata, in favore di enti locali non soci, voglia concorrere a gare per gli stessi servizi, rispetto ai quali vanta già affidamenti diretti da parte dei soci pubblici¹⁸. In base all'interpretazione prospettata dal Supremo Consesso amministrativo, non può, peraltro, costituire un valido argomento a contrario la previsione dello scorporo delle attività non più consentite alle società "strumentali", di cui al comma 3 dell'art. 13 del decreto "Bersani", dovendosi tale disposizione intendere nell'unico senso compatibile con il divieto, imposto alle società "strumentali", di partecipare ad enti, sancito dal comma 1 del medesimo articolo, e, cioè, come impositiva della costituzione di un nuovo soggetto societario, destinato a concorrere in pubbliche gare, che non comporti l'intervento finanziario dell'ente "strumentale"¹⁹.

Ulteriori dubbi interpretativi (invero, ancora irrisolti e, probabilmem-

(18) Cons. St., ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17, con nota di D. TORREGROSSA, in www.il-dirittoamministrativo.it. Alle medesime conclusioni era, peraltro, giunta, qualche tempo prima, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 20 settembre 2010, n. 6527 affermando che ad una società informatica interamente partecipata da una società strumentale delle Camere di commercio italiane si applica il divieto di cui all'art. 13 del d.l. 223/2006. Infatti, secondo i giudici di Palazzo Spada, le amministrazioni pubbliche locali e, quindi, anche le Camere di commercio, possono impiegare propri capitali per costituire società al fine di ottenere l'affidamento di servizi di utilità generale, concorrendo liberamente in una gara ad evidenza pubblica. Tuttavia, tale iniziativa non può essere perseguita mediante la costituzione di una società partecipata interamente da una loro società strumentale, perché in tal modo verrebbe ad essere eluso, sia pure indirettamente, il divieto di svolgere attività diverse da quelle espressamente consentite ai soggetti che godono del beneficio del minimo garantito. Relativamente a tale ultima pronuncia, si segnala il commento di S. MENTO, *Società strumentali e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, 4, p. 412.

(19) Assumendo tale interpretazione, l'Adunanza Plenaria ha implicitamente aderito alla tesi ermeneutica già prospettata da Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1037.

te, irrisolvibili in difetto di un intervento normativo *ad hoc*) si sono registrati a causa della oggettiva difficoltà, in assenza di una precisa definizione legislativa (che non è dato rinvenire nell'art. 112 TUEL), di individuare un'univoca linea di demarcazione che distingua i servizi pubblici locali²⁰, come è noto esclusi dal campo di applicazione del cit. art. 13, da quelli cd. "strumentali".

Nessun dubbio, invece, in ordine all'oggetto dei limiti imposti dal cit. art. 13 alla capacità di azione delle società strumentali degli enti regionali e locali. Infatti, la disposizione è lapidariamente chiara nell'affermare che detti soggetti: devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti; non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara; non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale (comma 1) e devono, altresì, avere oggetto sociale esclusivo (comma 2). Al fine di assicurare l'effettività di tali cogenti divieti, il comma 3 del più volte cit. art. 13 dispone che le società strumentali cessino le attività non consentite entro quarantadue mesi dall'entrata in vigore del decreto "Bersani"²¹ attraverso la cessione a terzi, nel rispetto delle regole di evidenza pubblica, di dette attività, ovvero mediante lo scorporo delle stesse, anche attraverso la costituzione di separata società. A chiusura del sistema, è prevista la cessazione dell'efficacia dei contratti relativi alle attività non cedute

(20) Relativamente a tale annosa questione, si evidenziano i contributi di G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, CEDAM, 1998; M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 9, p. 1289; F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 97; G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, Ed. Scientifica, 2007, p. 145; A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, p. 79; G. PIPERATA, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5, p. 498; C. TESSAROLO, *Appalti, concessioni di servizi e art. 23-bis*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2009, 1.

(21) Il termine è stato, da ultimo, prorogato dal comma 1-bis dell'art. 20 del d.l. 207/2008, aggiunto dalla relativa legge di conversione.

o scorporate alla scadenza del termine, nonché la sanzione della nullità (come tale, invocabile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile anche d'ufficio) per i contratti conclusi in violazione delle suddette prescrizioni (comma 4).

3. I limiti alla capacità di azione delle società titolari di affidamenti "diretti" nel campo dei servizi pubblici locali

Relativamente alla capacità di azione delle società, a partecipazione pubblica, operanti nel campo dei servizi pubblici locali, è importante ricordare il disposto dell'(abrogato) comma 6 dell'art. 113 del d.lgs. 267/2000²², che prevedeva il divieto di partecipazione alle gare preordinate all'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, per le "società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi", con la precisazione che "tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime".

In un secondo momento, è intervenuto l'art. 23-*bis*, comma 9, del d.l. 112/2008 (come successivamente sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. d), del d.l. 135/2009, convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009)²³, da ultimo, trasposto (senza modificazioni di sorta), a seguito dell'abrogazione dell'intero art. 23-*bis* all'esito del *referen-*

(22) L'abrogazione della citata disposizione è stata disposta dall'art. 12, comma 1, lett. a), del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, recante "Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'art. 23-*bis*, comma 10, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133", con decorrenza a far tempo dall'entrata in vigore del regolamento stesso.

(23) È interessante evidenziare che già il d.d.l. "Lanzillotta" (n. 772 della XV Legislatura, reperibile su www.senato.it) indicava tra i principi e criteri direttivi della delega al governo (per la riforma dei servizi pubblici locali), quello di "escludere la possibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza, per i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nonché per le imprese partecipate da enti locali, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto, fatta eccezione per il ristoro degli oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio".

dum del 12 e 13 giugno 2011, nell'art. 4 (recante "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea"), comma 33, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148²⁴. Rispetto alla prima approvazione di tale disposizione, occorre osservare che essa si inseriva nell'ambito della complessiva manovra di riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica²⁵, introducendo un sistema di limiti e preclusioni di inedita portata per le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante che, in Italia e all'estero, gestiscono (di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto) servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto²⁶, nonché per i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi.

Senza una precisa ragione, sono escluse dall'ambito di applicazione della norma le società quotate in mercati regolamentati. Del tutto ragionevolmente, la giurisprudenza amministrativa ha, quindi, ritenuto di limitare l'operatività di tale deroga alle sole società quotate, ritenendo, di converso, applicabile il comma 9 in parola alle altre società,

(24) Considerata la perfetta corrispondenza, anche sul piano letterale, delle due disposizioni considerate (comma 9 dell'art. 23-bis e comma 33 dell'art. 4), le medesime verranno analizzate congiuntamente.

(25) Al riguardo, si segnalano: R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 10, p. 1109; S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *Annali dir. cost.*, Bologna, Bononia University Press, 2009, anno II, vol. 1, n. 2, p. 87; B. SPADONI, *I servizi pubblici locali tra le "rapide" della riforma*, in www.dirittodeiserviziipubblici.it, 2009, p. 2; G. PIPERATA, *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2009, 2, p. 325; C. VITALE, *La gestione congiunta dei servizi pubblici locali. Novità legislative e tendenze del sistema*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2009, 3/4, p. 563; B. GILIBERTI, L.R. PERFETTI, I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. 135/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 3, p. 257.

(26) A ben vedere, il novero dei soggetti individuati dal comma 6 del cit. art. 113 (ai quali si applicava il predetto divieto) risultava più ampio – sebbene non di molto, qualora dovesse affermarsi l'interpretazione estensiva dell'ambito soggettivo di applicazione del comma 9 del cit. art. 23-bis, di cui si dirà *infra* – rispetto a quello attualmente contemplato dal comma 9 dell'art.-23-bis del d.l. 112/2008.

controllate o, comunque, collegate alle prime²⁷. Senonché, il legislatore ha successivamente modificato la disposizione in parola, precisando che i divieti previsti dalla medesima non si applicano neppure alle società direttamente o indirettamente controllate, ai sensi dell'art. 2359 c.c., da società quotate in mercati regolamentati²⁸.

È agevole notare che la previsione di cui al cit. comma 9 (attualmente, fedelmente riprodotta dall'art. 4, comma 33, del d.l. 138/2011, convertito dalla legge 148/2011) risponde a finalità analoghe a quelle (pro-concorrenziali) che hanno ispirato la stesura dell'art. 13 del decreto "Bersani". La norma ha, quindi, quali destinatari naturali (ma sul punto si ritornerà nel prosieguo) i soggetti societari pubblici o misti che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, ed è finalizzata ad impedire che dette società, a partecipazione pubblica, possano sfruttare vantaggiosamente la loro posizione di privilegio nel mercato, producendo effetti distorsivi per la concorrenza.

Ci si chiede, in primo luogo, se la disposizione di cui al cit. comma 9 (attualmente contenuta nell'art. 4, comma 33, del d.l. 138/2011, convertito dalla legge 148/2011) si debba, o meno, applicare anche agli affidatari diretti di servizi pubblici locali esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (segnatamente: distribuzione gas naturale ed energia elettrica, servizio farmaceutico comunale e trasporto ferroviario regionale, originariamente esclusi dall'ambito applicativo del più volte cit. art. 23-*bis*, ai quali si è aggiunto, a seguito dell'approvazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011, anche il servizio idrico integrato). La risposta dovreb-

(27) Infatti, i giudici di Palazzo Spada, pronunciandosi sulla deroga, disposta a favore delle società quotate in borsa, nella versione originariamente introdotta dal legislatore, hanno precisato che la medesima non si applica alle società che sono controllate da una società quotata, in quanto il legislatore, a differenza di quanto ha fatto nel periodo precedente dello stesso art. 23-*bis*, ha limitato la deroga alle sole società quotate senza nulla aggiungere in merito all'eventuale estensione di tale deroga anche ad altre società, controllate o comunque collegate alle prime (Cons. St., sez. V, 9 novembre 2010, n. 7964, reperibile su www.dirittodeiservizipubblici.it).

(28) Detta modifica è stata introdotta dall'art. 8, comma 5, lett. e), del d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

be essere negativa, in quanto il comma 34 del d.l. 138/2011 dispone l'integrale esenzione dei settori ivi considerati dall'applicazione delle disposizioni contenute nel cit. art. 4, prevedendo, peraltro, alcune deroghe espresse (ci si riferisce, in particolare, ai commi 19-27 del medesimo art. 4, che si applicano esclusivamente al servizio idrico integrato), tra le quali non compare il comma 33.

Ulteriori dubbi discendono poi dalla circostanza che il comma 9 in parola (ed oggi, il comma 33 del cit. art. 4 d.l. 138/2011), diversamente dal cit. art. 13 del decreto "Bersani" (il quale richiama espressamente il requisito della partecipazione pubblica), non precisa se il sistema di limiti e divieti introdotto dalla disposizione medesima debba riguardare esclusivamente soggetti integralmente pubblici o misti (i quali, come si è anticipato in precedenza, parrebbero essere i "destinatari naturali" della norma), ovvero anche soggetti totalmente privati (titolari, in ipotesi, di affidamenti diretti di servizi pubblici locali, ottenuti in un momento anteriore alla fuoriuscita del socio pubblico dalla società). A conferma dell'interpretazione restrittiva, si evidenzia il parere dell'AvCP, secondo cui la finalità della disposizione di cui al cit. comma 9 è quella di evitare che soggetti particolarmente qualificati, già titolari di affidamenti diretti e di un rapporto privilegiato con l'ente di riferimento – proprio in relazione alla stretta contiguità dei rapporti in essere con il soggetto pubblico – possano lucrare, in questa loro veste di enti "strumentali", ulteriori rendite di posizione in altri mercati o servizi pubblici locali, a danno del libero gioco della concorrenza, con l'effetto che la disposizione in esame non sembrerebbe riguardare i soggetti votati ad operare con spirito imprenditoriale al di fuori dei rapporti di "strumentalità necessaria" con le Amministrazioni²⁹. Il che induce, ovviamente, a ritenere escluse dall'ambito di applicazione della norma le società partecipate unicamente da soggetti privati. In senso contrario, è tuttavia agevole notare che, se è vero che il legislatore ha inteso paralizzare l'attività (nei termini di cui si dirà) delle società a partecipazione pubblica titolari di affidamenti diretti di ser-

(29) Parere AvCP 128/2009, reperibile sul sito dell'Autorità. Le medesime considerazioni possono essere estese, per analogia, al vigente comma 33 dell'art. 4 del d.l. 138/2011.

vizi pubblici locali, nel timore che queste ultime abbiano a provocare distorsioni della concorrenza, è altrettanto vero che i medesimi dubbi possono riguardare, a maggior ragione, un operatore privato titolare di affidamenti diretti. Conseguentemente, parrebbe doversi concludere – anche alla luce del dato testuale della disposizione in esame, che fa generico riferimento alle “società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto”, senza peraltro specificarne la natura pubblica o privata – nel senso della applicabilità del cit. comma 9 (ora, comma 33 dell’art. 4 d.l. 138/2011) sia ai soggetti pubblici, che a quelli privati (del resto, *ubi lex voluit, dixit*).

Invero, il più volte cit. comma 9 (pedissequamente trasposto nell’art. 4, comma 33, del d.l. 138/2011) ha introdotto innovativamente³⁰ un sistema di limiti e preclusioni particolarmente rigido e severo³¹ a carico delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, titolari di affidamenti diretti, nonché dei gestori delle reti. Infatti, detti soggetti non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori (diversi da quelli gestiti, da parte dei medesimi enti affidanti) ovvero in ambiti territoriali diversi (servizio della medesima natura di quello già gestito, da parte di enti locali diversi da quelli originariamente affidanti), né svolgere servizi (anche “strumentali” all’attività degli enti³²) o attività (di qualsiasi natura) per altri enti (diversi da quelli affidanti) pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Tale divieto, che impone sostanzialmente l’obbligo di attività esclusiva anche ai concessionari di

(30) E ciò, in quanto l’oggetto del divieto previsto dal cit. comma 9 assume una portata decisamente più estesa rispetto a quella del corrispondente divieto individuato dal cit. comma 6 dell’art. 113 TUEL, che, invece, riguardava esclusivamente la partecipazione alle gare per l’affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

(31) In verità, la portata delle restrizioni imposte dalla disposizione in esame è talmente ampia da aver indotto talune società titolari di affidamenti diretti a rifiutare la prosecuzione del servizio in regime di proroga. Si segnala, al riguardo: TAR Veneto, Venezia, sez. I, 9 luglio 2010, n. 2906, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2010, p. 7.

(32) TAR Toscana, Firenze, sez. I, 2 febbraio 2010, n. 169, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2010, p. 2.

servizi pubblici locali titolari di affidamenti diretti, opera per tutta la durata dell'affidamento. Alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla manovra correttiva di cui al d.l. 135/2009 cit., volte a ricondurre la società mista alla forma "indiretta" di gestione del servizio (sostanzialmente equiparandola all'esternalizzazione; al riguardo, si veda il comma 2 del cit. art. 23-bis, come anch'esso sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. d), del d.l. 135/2009, convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009; ed oggi, l'art. 4, commi 8 e 12, del d.l. 138/2011), si comprende la ragione dell'esclusione del socio privato di cui al cit. comma 2, lett. b), dell'art. 23-bis dall'ambito di applicazione del comma 9 (una diversa previsione avrebbe, infatti, disincentivato la partecipazione di potenziali partner privati alle gare per la selezione del socio di società mista).

Di converso, la società mista, costituita ai sensi del cit. comma 2, lett. b), (attualmente, comma 12 dell'art. 4 d.l. 138/2011) quale modulo (misto) di gestione (esclusivamente) dello specifico servizio individuato dalla procedura competitiva ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato, almeno in via di prima approssimazione, parrebbe soggetta all'obbligo di attività "esclusiva", imposto dalla disposizione in esame. Tuttavia, si segnala, in proposito, una articolata pronuncia del TAR Calabria³³, da cui potrebbe scaturire un orientamento di avviso contrario. Invero, la pronuncia in esame si fonda sul presupposto secondo cui, per procedere nella direzione intrapresa dal legislatore nazionale e comunitario in materia di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, occorre optare per il percorso più agevole e meno vincolato per le società miste conformi al modello di cui al cit. comma 2, lett. b), dell'art. 23-bis – attualmente riproposto dall'art. 4, comma 12, del d.l. 138/2011 – ormai inserite, a pieno titolo, nel contesto della modalità ordinaria di affidamento di

(33) TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 16 giugno 2010, n. 561, con note di S. DI GIOVANNI e R. FAVOINO, *L'art. 23-bis, comma 9, non si applica alle società miste pubblico-private costituite ai sensi del comma 2, lett. b)*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2010, 6 e M. SCARPINO, *Le società miste e i divieti previsti dall'art. 23-bis, comma 9, d.l. n. 112 del 2008*, in *Giur. merito*, 2010, 11, p. 2870. Nel medesimo filone interpretativo si inserisce, altresì, TAR Calabria, Reggio Calabria, 11 aprile 2011, n. 298.

tali servizi. Sulla scorta di tali premesse, il giudice amministrativo ha, quindi, respinto l'indirizzo interpretativo che assimila, sotto il profilo dei limiti operativi, l'affidamento di servizi a società costituite ai sensi del più volte cit. comma 2, lett. *b*), (ora, art. 4, comma 12, del d.l. 138/2011) a quello operato direttamente o attraverso procedure non ad evidenza pubblica. All'opposto, il TAR reggino ha ritenuto il modello gestionale delle società miste, costituite con gara a doppio oggetto, del tutto equivalente allo schema di affidamento mediante gara pubblica. Pertanto, superati i dubbi interpretativi, relativi al comma 9 cit., attraverso l'impiego congiunto del canone ermeneutico letterale e di quello sistematico, il giudice amministrativo ha risolto il caso di specie, affermando che, nonostante il comma 9 in parola si presti ad una duplice lettura, in sede di attuazione deve essere interpretato nel senso che alle società *ex* comma 2, lett. *b*), (attualmente, art. 4, comma 12, del d.l. 138/2011) non si applicano i divieti previsti in relazione all'affidamento di servizi diversi da quello in esecuzione. Ad analoghe conclusioni è successivamente approdato anche il Consiglio di Stato, laddove ha affermato che l'affidamento ad una società mista pubblica e privata, costituita secondo le modalità indicate dal più volte cit. comma 2, lett. *b*), deve essere equiparato, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, anche alla luce dei principi dettati dall'Unione europea in materia, all'affidamento a terzi mediante pubblica gara; con la conseguenza che il divieto, di cui al cit. comma 9, si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o, comunque, a seguito di una procedura non ad evidenza pubblica³⁴. Dette osservazioni possono, ovviamente, essere estese, per analogia, anche al comma 33 del d.l. 138/2011, considerato che tale ultima disposizione rappresenta la pedissequa trasposizione del precedente comma 9 dell'(abrogato) art. 23-*bis*.

Una rilevante questione interpretativa relativa alla portata del divieto previsto dalla disposizione in esame involge la locuzione "tramite", che pone in connessione i soggetti menzionati nella prima parte del

(34) Cons. St., sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222.

periodo (le società affidatarie dirette, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante) con quelli interessati dalla seconda parte (loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate). La tesi più accreditata è quella che sostiene che i limiti e le preclusioni di cui al comma 9 cit. (ora, comma 33 del più volte cit. art. 4) si applichino solo indirettamente a tale ultima categoria di soggetti, ossia solo qualora questi ultimi intendano operare “per conto” dei soggetti individuati dalla prima parte della disposizione³⁵. Inoltre, la disposizione in parola suscita qualche perplessità in ordine al rispetto del principio di certezza del diritto, dal momento che penalizza fortemente (*rectius*: pregiudica totalmente) i soggetti titolari di affidamenti diretti, che hanno conseguito del tutto legittimamente la gestione del servizio, esclusivamente sul presupposto che detti affidamenti, sebbene rispettosi della normativa applicabile *ratione temporis*, in base ad una rimeditata concezione (maggiormente aderente alla declinazione comunitaria del principio di concorrenza e, quindi, più rigorosa) delle esigenze di promozione della concorrenza nel mercato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, sarebbero suscettibili (almeno potenzialmente) di produrre effetti distorsivi della competizione concorrenziale. Ulteriormente, ci si chiede se il sistema di limiti e preclusioni, introdotto dal comma 9 in parola e, da ultimo, confermato dall’art. 4, comma 33, del d.l. 138/2011, soprattutto se applicabile anche a soggetti formalmente e sostanzialmente privati, sia rispettoso del principio di proporzionalità che, secondo consolidata giurisprudenza costituzionale³⁶, presiede all’introduzione di misure limitative della libera iniziativa economica³⁷. Da ultimo, residuano dubbi di costituzionalità in ordine alla possibilità, per il legislatore statale, di ingerirsi, dettando peraltro regole particolarmente severe e dettagliate, in un ambito (quello della capacità di azione delle società pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali) che parrebbe ricade-

(35) In questo senso si è espresso R. BIANCHINI, *I divieti previsti dal comma 9 dell’art. 23-bis della legge 133/2008 dopo il d.l. n. 135/2009*, in www.dirittodeiservizi pubblici.it, 2007, 9.

(36) Corte cost., sentenze 401/2007 e 452/2007.

(37) Corte cost., sentenza 326/2008, cit.

re nella competenza legislativa regionale (riguardando materie quali i servizi pubblici locali e l'organizzazione amministrativa)³⁸.

Non par dubbio, peraltro, che il legislatore nazionale, nell'individuare i limiti di cui si discute, abbia introdotto una disciplina maggiormente restrittiva e rigorosa rispetto al paradigma indicato dal diritto comunitario con specifico riferimento ai soggetti societari a partecipazione pubblica³⁹. Infatti, l'obbligo di attività esclusiva, imposto ai concessionari di servizi pubblici locali di rilevanza economica titolari di affidamenti diretti, dal cit. comma 9 (attualmente, comma 33 dell'art. 4, d.l. 138/2011), esorbita dai limiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e costituzionale con riferimento al concetto di "attività prevalente" nei confronti degli enti affidanti, che deve caratterizzare l'ambito operativo dei soggetti *in house provider*⁴⁰, per non dire che si pone su un piano di tutela della concorrenza assolutamente sconosciuto al diritto comunitario rispetto alle società miste (relativamente all'ambito di operatività delle quali il diritto UE rimane sostanzialmente indifferente).

(38) Invero, la Regione Emilia-Romagna ha sollevato la questione di costituzionalità del cit. comma 9, ritenendo che detta disposizione contrasti: *a*) con l'art. 117, primo comma, Cost., perché il diritto comunitario prevede che la società *in house* sia tenuta a svolgere a favore degli enti di riferimento solo l'attività prevalente, ben potendo destinare l'attività residua anche al mercato, mentre "la norma in questione trasforma il concetto di prevalenza dell'attività in attività esclusiva"; *b*) con l'art. 117, quarto comma, Cost., perché reca interventi irragionevoli e non proporzionali agli scopi di tutela della concorrenza prefissati. Tuttavia, la Corte costituzionale, pronunciandosi con sentenza 325/2010, ha ritenuto la questione inammissibile per genericità, "perché la ricorrente non chiarisce le ragioni per cui la disciplina contenuta nella disposizione censurata sarebbe irragionevole e non proporzionale alla tutela della concorrenza".

(39) La giurisprudenza amministrativa di *prime cure* ha rilevato tale circostanza, ritenendo che "il divieto di cui al cit. art. 23-bis, comma 9, non è direttamente imposto dal legislatore comunitario ma frutto di una scelta del legislatore nazionale per limitare gli effetti anticoncorrenziali, anche indiretti, del fenomeno dell'affidamento diretto; tale divieto non può quindi che essere letto alla luce della sua *ratio* e del contesto della disciplina della concorrenza cui afferisce" (TAR Piemonte, Torino, sez. I, 26 novembre 2010, n. 4214, reperibile su www.dirittodeiservizipubblici.it).

(40) In proposito, si segnala Corte cost., sentenza 439/2008 che, nell'individuare i limiti qualitativi e quantitativi del requisito dell'attività prevalente, implicitamente ammette che una parte marginale dell'attività del concessionario si possa esplicare in altri mercati.

Un cenno a parte merita la nuova formulazione dell'ultimo periodo del comma 9 cit., peraltro pedissequamente ripresa dal vigente comma 33 dell'art. 4 d.l. 138/2011, a mente della quale "i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti". È interessante notare che detta disposizione, nella originaria versione (introdotta dalla legge 133/2008, di conversione del d.l. 112/2008), recitava: "i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato". Ebbene, rispetto alla formulazione storica, nella versione vigente (oggi contenuta nel più volte cit. comma 33) è svanito il riferimento allo "specifico servizio già a loro affidato", sostituito con "servizi da essi forniti", ed è stato aggiunto il riferimento alla possibilità di "concorrere su tutto il territorio nazionale". È giocoforza osservare che la prima versione era indubbiamente più chiara di quella introdotta dal d.l. 135/2009, in quanto consentiva la partecipazione della società alla prima gara per il conferimento del solo servizio già gestito in virtù di affidamento diretto. Sicché, se si vuole attribuire significato alla modifica legislativa, sembra doversi ritenere che essa valga a consentire a tutti gli operatori (anche titolari di affidamenti diretti) di un determinato settore di partecipare, su tutto il territorio nazionale, alla prima gara indetta per l'affidamento di un servizio pubblico locale, dopo la cessazione dell'affidamento diretto che aveva riguardato il servizio stesso. Ogni diversa opzione ermeneutica vanifica la portata semantica della modifica legislativa. Al riguardo, si registrano peraltro due recenti precedenti giurisprudenziali che, sebbene riferiti all'originaria formulazione del cit. comma 9, sembrano avvalorare la suesposta tesi. Con un primo arresto⁴¹, i giudici di Palazzo Spada hanno precisato che, mentre l'ormai abrogato comma 15-*quater* dell'art. 113 TUEL⁴²

(41) Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7401, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2010, 10.

(42) È importante ricordare che la disposizione in parola costituisce l'antesignano giu-

aveva lo scopo di consentire alle imprese titolari di affidamenti diretti la partecipazione alle gare nei soli casi in cui vi fosse una perfetta identità territoriale, oltre che settoriale, dell'oggetto della gara e del previo affidamento diretto⁴³, la ragion d'essere del comma 9 del cit. art. 23-*bis* è plausibilmente quella di evitare che le società che forniscono servizi ad un'amministrazione ed hanno, pertanto, acquisito esperienza sul territorio siano automaticamente estromesse dalle gare per l'affidamento concorrenziale di quei servizi. Nonostante il tenore delle premesse sembrasse tutto orientato a supportare l'interpretazione estensiva della deroga, di cui sopra si è detto, i giudici della Quinta Sezione hanno, da ultimo, ritenuto prevalente l'esigenza di non privilegiare i soggetti affidatari diretti, finendo per concludere nel senso che la deroga deve intendersi riferita esclusivamente alla precedente affidataria diretta del medesimo servizio oggetto della gara. Tuttavia – anche alla luce dell'orientamento assunto dal giudice amministrativo di primo grado, secondo cui il divieto previsto dal cit. comma 9 non è e, comunque, non può essere finalizzato ad espellere dal mercato dei soggetti che hanno la potenzialità di operarvi in termini concorrenziali, ma solo a limitare i vantaggi indiretti che un affidamento diretto può consentire, ferma l'attribuzione di una via di “transito” verso il mercato⁴⁴ – il *revirement* non si è fatto attendere. A poco più di un

ridico della “deroga prima gara” prevista dal più volte cit. comma 9, considerato che disponeva l'esonero delle prime gare dall'applicazione del divieto previsto dal precedente comma 6 del medesimo art. 113 TUEL.

(43) In tal guisa rispondendo all'esigenza di consentire alle imprese affidatarie dirette, che si erano date una struttura per porsi in concorrenza sul libero mercato, di non dissipare i notevoli investimenti cui avevano dato luogo.

(44) In base a tali considerazioni, secondo il giudice di prime cure, “la circostanza che il servizio, di cui la prima classificata era già affidataria diretta in taluni Comuni, sia stato – all'atto della prima gara successiva alla cessazione dell'affidamento diretto – accorpato per legge ad altri, non gli fa perdere la caratteristica di essere, appunto, l'unica via di transito verso il mercato dell'affidatario diretto; altrimenti opinando, l'affidatario diretto dovrebbe attendere l'inesorabile cessazione di tutti i propri affidamenti in corso, per poter partecipare ad una gara, nella sostanza sarebbe, quindi, costretto a cessare l'attività per un significativo lasso di tempo, soluzione che non può essere ritenuta imposta dall'ordinamento. Si verificherebbe un effetto anticoncorrenziale quantomeno sproporzionato, poiché, nell'intento di non far acquisire particolare benefici all'affidatario diretto, se ne imporrebbe la totale eliminazione dal mercato” (TAR Piemonte, n. 4214/2010, cit.).

mese di distanza, la medesima Quinta Sezione del Consiglio di Stato, nell'interpretare, ancora una volta, la deroga "prima gara", prevista dal cit. comma 9, nella sua originaria formulazione, è giunta ad affermare che la norma – con l'impiego della congiunzione "comunque" in funzione avversativa – sembra escludere l'operatività del divieto (anche) nei confronti degli affidatari diretti di servizi pubblici locali in ambiti territoriali diversi, purché la procedura di gara abbia per oggetto l'affidamento del servizio in precedenza gestito dalla società (affidataria diretta). Ebbene, alla luce di tali premesse e, soprattutto, in considerazione delle modifiche apportate dal d.l. 135/2009, da ultimo riprodotte dal vigente comma 33 dell'art. 4 del d.l. 138/2011, è plausibile ritenere che la giurisprudenza amministrativa possa, in futuro, aderire all'interpretazione estensiva sopra illustrata.

4. I limiti alla capacità di azione delle società cd. multiutilities

Da ultimo, si evidenzia un significativo arresto giurisprudenziale relativo ai limiti applicabili alle società pubbliche con duplice scopo (servizi strumentali e servizi pubblici locali)⁴⁵. In tale occasione, il giudice amministrativo di primo grado, dopo aver svolto considerazioni non del tutto condivisibili con riferimento alle finalità dell'art. 13 del decreto "Bersani" e alle relative modalità applicative, ha concluso nel senso di ritenere applicabile il divieto di cui all'art. 13 cit. ad una società operativa sia nel settore dei servizi pubblici locali, sia in quello dei servizi strumentali⁴⁶. Il precedente merita di essere segnalato in quanto affronta un tema che inevitabilmente riguarderà, in prospettiva, la delicata questione del rapporto tra l'art. 13 del decreto "Bersani" e il comma 33 dell'art. 4 del d.l. 138/2011. Tuttavia, le conclusioni cui perviene non sono esenti da critiche, anche alla luce dell'orientamento assunto, in argomento, dal Consiglio di Stato. Invero, il Supremo Consesso amministrativo, nel verificare l'applicabilità del cit. art. 13

(45) In relazione a tale argomento, si veda in dottrina A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del d.l. 112/2008*, in *Urb. e app.*, 2009, 6, p. 741.

(46) TAR Lombardia, Milano, sez. I, 11 gennaio 2010, n. 8, in *Foro amm. Tar*, 2010, 1, p. 36.

alle società *multiutilities*, ha affermato che le società “strumentali” costituiscono una *longa manus* delle amministrazioni, tant’è che l’affidamento delle attività “strumentali” avviene, in deroga al principio di concorrenza, in via diretta (ovvero secondo il cd. *in house providing*), diversamente, le società miste per la gestione di servizi pubblici locali sono un soggetto imprenditoriale di diritto privato, operante sul mercato in regime di concorrenza, cosicché la totale diversità delle attività svolte dalle predette società esclude che esse debbano avere un oggetto sociale esclusivo. Se questo appare giustificato per le società “strumentali”, non altrettanto avviene per le società miste che, oltre ai servizi pubblici, possono svolgere altre attività imprenditoriali, sia pure con limitazioni volte a non snaturarne il ruolo istituzionale⁴⁷. Peraltro, già in precedenti occasioni, i giudici di Palazzo Spada avevano precisato che l’obbligo di “oggetto sociale esclusivo”, imposto dal più volte cit. art. 13 alle società “strumentali”, non va inteso come divieto delle società cd. *multiutilities*, ma rafforza la regola dell’esclusività evitando che dopo l’affidamento la società possa andare a fare altro⁴⁸. Conseguentemente, pare corretto ritenere che il cit. art. 13 si applichi esclusivamente alle società “strumentali” (con la precisazione che tale caratteristica deve connotare tanto la natura dell’attività svolta dalla società, quanto il rapporto intercorrente tra il soggetto societario stesso e l’amministrazione costituente o partecipante⁴⁹), di converso, dovrebbero essere escluse dal relativo ambito applicativo sia le società costituite unicamente per la gestione di servizi pubblici locali

(47) Cons. St., sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346, in *Foro amm. CdS*, 2009, 7-8, p. 1727. In tal senso, più recentemente, si segnala: Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77, con commento di L. LO BIUNDO, *Per il Consiglio di Stato le società strumentali possono anche gestire servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2011, 2.

(48) Cons. St., sez. IV, n. 322/2007, cit.; Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, con note di: C. ACOCELLA e F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste ed in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 3, p. 770; R. ROTIGLIANO, *Le società miste secondo la Plenaria e l’Unione europea*, in *Urb. e app.*, 2008, 8, p. 1008; R. CARANTA, *Ancora in salita la strada per le società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, p. 1120; G. PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all’insegna dell’incertezza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, p. 1126.

(49) Cons. St., sez. V, n. 1282/2010, cit.

(in forza dell'inequivoca disposizione in tal senso del cit. art. 13), che le società cd. *multiutilities*, in considerazione della circostanza che è da presumere che tale ultima categoria di soggetti non possieda le caratteristiche legittimanti, allo stato, l'affidamento diretto di servizi da parte degli enti affidanti, e, pertanto, rappresenti un genere di società pubbliche votate a competere nel mercato. Fermo restando che, a legislazione vigente, la sola titolarità di un affidamento diretto di un servizio pubblico locale di rilevanza economica, indipendentemente dalla caratterizzazione della società che lo gestisce, parrebbe determinare l'applicazione del sistema di limiti e divieti delineati dal comma 33 dell'art. 4 del d.l. 138/2011 (riproduttivo del previgente comma 9 dell'abrogato art. 23-*bis* del d.l. 112/2008).

I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali

Annamaria De Michele

Sommario

1. Premessa – 2. Il reclutamento del personale nelle società pubbliche – 3. Le politiche per il personale – 4. L'assoggettamento delle società partecipate da Regioni ed enti locali al patto di stabilità – 5. Le procedure per l'acquisto di beni e di servizi da parte delle società in house e delle società miste.

1. Premessa

Negli ultimi anni le società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali sono state investite da interventi normativi di ampio respiro, tesi a estendere ad esse il regime giuridico che caratterizza i loro enti di riferimento¹.

A partire dagli anni novanta, dopo le privatizzazioni degli enti pubblici economici e delle aziende speciali, si è assistito ad una massiccia diffusione di società commerciali per lo svolgimento di funzioni amministrative e per la erogazione di servizi pubblici. Tale fenomeno scaturisce in larga misura dall'esigenza di perseguire una maggiore efficienza nello svolgimento di funzioni e servizi pubblici, sul presupposto che questa possa essere meglio garantita da strumenti di diritto privato; ma può essere anche interpretato quale reazione degli enti territoriali alla stretta economica imposta dalle leggi finanziarie degli

(1) F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in www.giustamm.it, 2010, 6; G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 3-4, p. 629 ss.; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, CEDAM, 2008, p. 9 ss.; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 801 ss.

ultimi anni, che ha spinto gli amministratori pubblici ad esternalizzare molte attività, alleggerendo i bilanci dei relativi oneri, e trasferendo alle società cui tali attività sono state affidate il relativo personale².

Di recente, spinto dalla necessità di reagire all'uso, non di rado, piuttosto disinvolto che è stato fatto di questi strumenti, il legislatore ha avviato un complesso percorso di pubblicizzazione della disciplina giuridica applicabile alle società commerciali partecipate da Regioni ed enti locali³.

I problemi e le possibili distorsioni connessi alla gestione in forma privatistica di funzioni e servizi sono stati avvertiti dalla giurisprudenza, che si è sforzata di qualificare in senso pubblicistico soggetti costituiti nelle forme delle società commerciali, che utilizzano lo schermo del diritto privato per sottrarsi agli obblighi altrimenti incombenti sugli enti pubblici⁴. La reazione è stata più decisa in quei settori nei quali

(2) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Toscana, 10 ottobre 2011, n. 208.

(3) Alla base del percorso di ripubblicizzazione della società partecipate sta, innanzi tutto, un'esigenza di contenimento della spesa pubblica. Nell'indagine conoscitiva sulla finanza locale – documento conclusivo approvato dalla Commissione Bilancio della Camera dei deputati in data 28 settembre 2010 si legge che “una delle principali ragioni che hanno contribuito a determinare l'attuale situazione di scarsa trasparenza in ordine agli andamenti della finanza pubblica, non solo a livello locale, è infatti stata individuata, come accennato, nel crescente ricorso per la gestione di risorse pubbliche ad enti strumentali, che in molti casi assumono la veste giuridica di soggetti di diritto privato e, con particolare riferimento agli enti coinvolti nella gestione di servizi, di società”.

Noti, e ampiamente denunciati, sono inoltre i fenomeni di clientelismo nelle assunzioni del personale che si sono accompagnati talvolta alla gestione delle predette società. M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, p. 261; F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del Terzo Governo Berlusconi, dalla legge n. 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, p. 959 ss.

(4) Cfr. Corte cost. 28 dicembre 1993, n. 466, con riferimento alla legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico; Corte cost. 1° febbraio 2006, n. 29, con riferimento alla possibilità di assimilare una società a capitale totalmente pubblico ad un ente pubblico in relazione al regime giuridico applicabile, giudicando non in contrasto con la Costituzione una norma di legge regionale che imponeva l'esperimento di concorsi pubblici per l'assunzione del personale.

È stato osservato che la natura pubblica o privata di un soggetto non dipende tanto dalla forma rivestita (ente o società), bensì dalla natura pubblicistica dello scopo perseguito e delle risorse utilizzate nello svolgimento delle attività, con la conseguenza

entrano in gioco interessi di rilievo comunitario (la libera concorrenza nel mercato dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), e ha condotto all'elaborazione da parte della Corte di Giustizia della figura giuridica dell'*organismo di diritto pubblico comunitario* – transitata dalle direttive dell'Unione europea in materia di appalti pubblici nella legislazione statale (art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁵) – che è amministrazione aggiudicatrice obbligata a conformarsi alle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del proprio contraente, a prescindere dalla natura pubblica o privata.

In un primo tempo, il legislatore statale è intervenuto sul regime giuridico delle attività delle società partecipate, imponendo, con riferimento alle funzioni amministrative da esse svolte, dapprima il rispetto di specifici obblighi pubblicistici (ad es. in tema di accesso agli atti e ai documenti amministrativi⁶) e, successivamente, dell'intera disci-

che, in presenza di tali requisiti, un ente, anche ove assuma la forma societaria, debba considerarsi pubblico, con effetti sulla finalizzazione dell'attività e sul regime delle responsabilità. Sul punto Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 18 ottobre 2007, n. 46.

(5) È organismo di diritto pubblico comunitario “qualsiasi organismo, anche in forma societaria: – istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; – dotato di personalità giuridica; – 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 d'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”.

Sulla nozione comunitaria si vedano: Corte Giust., sez. I, sentenza 10 novembre 1998, resa nella causa C-360/96, *BFI Holding BV*; Corte Giust., sez. VI, sentenza 15 maggio 2003, resa nella causa C-214/00, *Commissione/Spagna*.

In dottrina si vedano *ex multis*: M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, 2008, 6, p. 1201 ss.; G. LA ROSA, *L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2007, 2, p. 293 ss.; M. ROBLES, *Alla strenua ricerca dell'organismo di diritto pubblico: ragioni (antiche) di (attuale) incertezza*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 1, p. 150 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Sevizi pubblici e appalti*, 2006, 1, p. 27 ss.

(6) Gli artt. 22 e 23 della legge 7 agosto 1990, n. 241 prevedono che il diritto di accesso sia esercitabile “non solo nei confronti della pubblica amministrazione in senso stretto, ma anche di tutti i soggetti di diritto pubblico e dei soggetti di diritto privato

plina sull'attività amministrativa contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241⁷.

Di recente, però, sembrerebbe deciso a portare ulteriormente avanti il percorso di pubblicizzazione cui si è fatto sommariamente cenno, dettando norme che assoggettano le società pubbliche (non solo quelle che esercitano pubbliche funzioni, ma anche quelle titolari di pubblici servizi) al regime delle pubbliche amministrazioni non solo per profili che attengono all'attività (è il caso dell'approvvigionamento di beni e servizi), ma anche per profili che attengono all'organizzazione (in tema ad es. di reclutamento, di politiche per il personale, ecc.).

2. Il reclutamento del personale nelle società pubbliche

In passato, si riteneva pacifico che la selezione del personale da parte delle società a partecipazione pubblica fosse attività di organizzazione di stampo privatistico, essendo preordinata alla provvista delle risorse umane attraverso cui queste esercitano la loro attività d'impresa⁸.

Non di meno, la Corte costituzionale ha ritenuto legittime quelle nor-

limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario, essendo tale diritto riferito non soltanto all'attività di diritto amministrativo, ma anche a quella di diritto privato posta in essere dai soggetti gestori di pubblici servizi che, pur non costituendo direttamente gestione del servizio stesso, sia collegata a quest'ultima da un nesso di strumentalità". Si veda sul punto Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 5987; TAR Sardegna, sez. I, 30 dicembre 2009, n. 2691.

(7) In questo senso si è mosso l'art. 29, come modificato dall'art. 10, comma 1, lett. b) della legge 18 giugno 2009, n. 69 che ha previsto che le norme della legge sul procedimento amministrativo – non solo i principi o le singole disposizioni – si applichino anche alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio di funzioni amministrative. Tali sono le società a capitale interamente pubblico o a capitale misto pubblico-privato con prevalenza del primo sul secondo, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche per lo svolgimento externalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, di cui all'art. 13 del d.l. 223/2006 e succ. mod. e integr. G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 legge 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, pubblicato il 2 marzo 2010.

(8) Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 269. In questa pronuncia, afferente ad una controversia insorta prima dell'entrata in vigore dell'art. 18 del d.l. 112/2008, veniva infatti rilevato che la normativa statale (art. 5 del d.lgs. 141/1999 di trasformazione dell'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese in s.p.a.) aveva espressamente stabilito che il rapporto di lavoro del personale dipendente dalla società fosse disciplinato dalle norme di diritto privato e dalla contrattazione collettiva.

me regionali che hanno introdotto in capo alle società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizi pubblici, l'obbligo di rispettare le procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente. Nella sentenza 1° febbraio 2006, n. 29 questa ha precisato che tali norme non sono volte a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a fare applicazione del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost. rispetto a società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente private, possono essere assimilate, in relazione al regime giuridico, a enti pubblici⁹.

Soltanto di recente il legislatore statale ha imposto anche alle società pubbliche di esperire procedure concorsuali o para-concorsuali per l'assunzione di personale.

Le ragioni che stanno alla base della svolta legislativa sono efficacemente illustrate nel parere del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, del 24 maggio 2010, n. 2415, sullo schema di d.P.R. recante regolamento di attuazione dell'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133¹⁰. In quella sede, è stato osservato che, nella logica dell'amministrazione "di risultato", che non distingue più tra erogazioni di atti e di servizi, in quanto agisce sempre e comunque al servizio del cittadino e, con accenti tipici della società moderna, per la soddisfazione dell'utente, le società controllate dall'ente pubblico che erogano servizi pubblici devono impiegare selezioni imparziali, trasparenti, pubbliche, ancorate a sistemi oggettivi e predeterminati, a garanzia non solo di chi vi partecipa, ma anche dei terzi, destinatari dell'attività societaria. In

(9) Con il commento di C. BUZZACCHI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza nel sindacato della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2006, p. 797 ss.

(10) La norma è stata modificata dall'art. 15, comma 1, lett. a) del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166 e successivamente abrogata con *referendum* del 12-13 giugno 2011. L'abrogazione è stata disposta con d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, recante "Abrogazione, a seguito di *referendum* popolare, dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, conv., con mod., dalla legge 133/2008, e succ. mod., nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale 325/2010".

Sugli effetti del *referendum* si veda il commento di G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, Federutility, 28 giugno 2011, in www.astrid-online.it.

sostanza anche per le società a partecipazione pubblica che erogano servizi d'interesse generale si pone l'esigenza di adottare procedure di assunzione idonee a selezionare secondo criteri di merito e di trasparenza i soggetti chiamati allo svolgimento dei compiti loro affidati. L'obbligo sopra richiamato è stato formalmente introdotto dall'art. 18 del d.l. 112/2008, in seguito integrato dall'art. 19, comma 1, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78 convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102¹¹. La norma ha previsto che, a far data dal 21 ottobre 2008, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (art. 18, comma 1). Ha inoltre previsto che le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo¹² fissino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità (art. 18, comma 2).

La norma ha posto diverse problematiche, la più immediata delle quali concerne la definizione del suo esatto ambito di applicazione. Quanto al comma 1, la norma non chiarisce se essa si applichi soltanto alle società che gestiscono servizi pubblici a rilevanza economica o anche a quelli privi di tale rilevanza, dovendosi pertanto applicare a entrambe le tipologie. È dubbio, inoltre, se i gestori debbano necessariamente avere i requisiti dell'*in house providing*, per cui dovrebbe ritenersi sufficiente che essi siano totalmente controllati da enti locali o – non essendovi limitazioni in proposito – anche da altri soggetti

(11) C. TESSAROLO, *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica*, in www.dirittodeiservizipubblici.it. Altre indicazioni sono nella circolare di Confservizi del 19 settembre 2008, prot. n. 324/08/AL/CS/gg.

(12) Il requisito della partecipazione pubblica totalitaria o di controllo dovrebbe ragionevolmente interpretato secondo quanto è previsto dall'art. 2359 c.c. sulle società controllate e collegate. Si segnala l'osservazione di G. PIPERATA che evidenzia la possibilità di intendere il controllo anche in senso pubblicistico come "controllo analogo", in *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 3-4, p. 633.

pubblici (ad es. da altre società pubbliche). Quanto al comma 2, esso dovrebbe ritenersi applicabile, innanzi tutto, alle società a totale capitale pubblico che non gestiscono servizi pubblici locali (che invece rientrano nel campo di applicazione del comma 1). Tali sono ad es. le società strumentali *ex art.* 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 e dall'art. 3, comma 27 ss., legge 24 dicembre 2007, n. 244. La norma dovrebbe applicarsi anche alle società miste, sia che gestiscano servizi pubblici locali (a rilevanza economica o meno), sia che operino come società strumentali degli enti locali, in mercati liberalizzati o non liberalizzati. Ai sensi del comma 3, sono invece sottratte all'applicazione dei commi 1 e 2, le società quotate su mercati regolamentati e, secondo un'interpretazione estensiva della norma, anche le società da esse controllate.

Le società menzionate al comma 1 sono perciò tenute a dare adeguata pubblicità alla selezione del personale; a prevedere modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; ad adottare meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; a rispettare le pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; a prevedere una composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

Quelle menzionate al comma 2 devono conformarsi a principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. Tali principi, non meglio precisati, dovranno presumibilmente trovare svolgimento nelle clausole dei singoli bandi di concorso.

Le norme in esame contengono principi vincolanti anche per la legislazione regionale. In questo senso, si è espressa la Corte costituzionale nella sentenza 3 marzo 2011, n. 68, che ha censurato l'art. 30 della l.r. Puglia 25 febbraio 2010, n. 4 in quanto consentirebbe un

illegittimo inquadramento, all'interno di società, aziende o organismi della Regione, di soggetti provenienti da imprese o società cooperative, in palese violazione del principio del concorso pubblico di cui all'art. 97 Cost. e della normativa statale – in particolare dell'art. 18 del d.l. 112/2008 e dell'art. 19 del d.l. 78/2009 – che impongono “il rispetto di forme di selezione pubblica del personale anche alle società pubbliche affidatarie di servizi, nonché l'adeguamento, da parte di queste, alle misure di contenimento della spesa di personale fissate per le amministrazioni controllanti”. Secondo la Corte costituzionale, la legge regionale contrasterebbe con le norme sopra richiamate sia per l'assenza di criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità per il reclutamento del personale delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, sia perché il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere “a tempo indeterminato” il personale già utilizzato si riflette sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione, in termini di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l'obbligo di assunzione eccede anche i limiti temporali di affidamento del servizio.

Sul tema del reclutamento del personale nelle società pubbliche, era intervenuto anche l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*), del d.l. 112/2008. La norma aveva imposto alle società *in house* (nel testo anteriore al d.l. 135/2009, società titolari di affidamenti diretti) e alle società partecipazione mista che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica l'obbligo di esperire procedure a evidenza pubblica per l'assunzione di personale.

Il coordinamento tra le due norme era apparso subito di difficile ricostruzione. Poiché l'entrata in vigore dell'art. 23-*bis* è successiva a quella dell'art. 18, essendo stato introdotto soltanto dalla legge di conversione 133/2008, era stato osservato che le società contemplate dalla prima norma siano sottratte all'ambito di applicazione della seconda¹³. In altri termini, fintanto che l'art. 23-*bis* è rimasto in vigore, l'art. 18, comma 1, avrebbe dovuto riferirsi alle società a totale

(13) C. TESSAROLO, *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica*, cit.

capitale pubblico che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica che non possiedono i requisiti per essere considerate *in house*, e alle società a totale capitale pubblico che gestiscono servizi privi di rilevanza economica. Invece l'art. 18, comma 2, avrebbe dovuto riferirsi alle società miste diverse da quelle che gestiscono servizi pubblici a rilevanza economica.

Le difficoltà non riguardavano soltanto l'individuazione dei destinatari delle norme richiamate, ma anche la definizione del contenuto degli obblighi ad essi imposti. A tale proposito, si evidenzia che l'art. 23-*bis* faceva obbligo di selezionare il personale mediante "procedure a evidenza pubblica", che non sembravano automaticamente assimilabili alle "procedure concorsuali", previste invece per il reclutamento del personale delle società a partecipazione pubblica contemplate dall'art. 18, che richiama l'art. 35, comma 3, del d.lgs. 165/2001.

Senonché la concreta applicazione dell'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*) era stata comunque differita all'entrata in vigore del regolamento governativo di attuazione, con la conseguenza che, fino a quel momento, ha continuato ad applicarsi l'art. 18.

I problemi sembravano essersi attenuati con l'art. 7 del citato regolamento, emanato con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168¹⁴. Nel recepire le indicazioni formulate dal Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, nel parere del 24 maggio 2010, n. 2415 sopra menzionato¹⁵, questo ha previsto che le società a partecipazione pub-

(14) Per un commento si vedano: G. GUZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il varo del regolamento di attuazione*, in www.lexitalia.it, 2010, 10; C. RAPICAVOLI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali. Il regolamento attuativo - d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168. La gara a doppio oggetto*, in www.lexitalia.it, 2010, 10.

(15) Il testo inizialmente approvato dal Consiglio dei Ministri in data 17 novembre 2009 aveva assoggettato le società *in house* alle disposizioni del comma 1 dell'art. 18, e le società miste a quelle del successivo comma 2 del d.l. 112/2008. A ciò conseguiva che le prime avrebbero dovuto adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. 165/2001; le seconde avrebbero dovuto, per i medesimi incumbenti, soltanto attenersi a principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità.

Nel parere, il Consiglio di Stato aveva formulato un'osservazione di metodo rilevando che il regolamento si limitava, di fatto, a rinviare alla stessa fonte primaria cui appar-

blica¹⁶ che gestiscono servizi pubblici locali (a rilevanza economica) adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi di cui all'art. 35, comma 3, del d.lgs. 165/2001. Erano ancora una volta escluse le società quotate che operano in mercati regolamentati.

La soluzione contenuta nel regolamento è stata confermata dall'art. 4, comma 17, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 che ha rimpiazzato l'art. 23-*bis* abrogato dal *referendum* del 12-13 giugno 2011¹⁷. La norma in commento ha stabilito che, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 18, comma 2-*bis*, primo e secondo periodo, del d.l. 112/2008, recanti norme sulle politiche per il personale, le società a partecipazione pubblica (società *in house* e miste) che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di pubblicità, imparzialità, eco-

teneva la norma che avrebbe in effetti dovuto attuare. Così facendo non sarebbe stata garantita la coerenza del sistema, poiché la norma finiva “per duplicare le fonti, assegnando a quella di rango regolamentare la stessa funzione di quella primaria, come se il legislatore fosse intervenuto due volte (artt. 18 e 23-*bis*) nella stessa materia”. Accanto a questa, vi erano altre osservazioni di merito: la disposizione, utilizzando la tecnica del rinvio all'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, commi 1 e 2, ne recepiva il contenuto, che differenziava – come si è sopra detto – la disciplina delle società a capitale pubblico totale che gestiscono servizi dalle altre società partecipate a maggioranza da enti pubblici. Tale distinzione non risultava automaticamente riproducibile nel contesto delle società per la gestione di servizi pubblici: l'art. 18 attiene, infatti, a società il cui elemento comune non è la gestione di servizi pubblici come nel caso dell'art. 23-*bis*, ma la partecipazione al capitale di enti pubblici. A questo si aggiungeva inoltre che l'art. 23, comma 10, lett. *a*) non prevede affatto la possibilità di differenziare le società *in house* e le società miste, stabilendo l'applicabilità ad entrambe delle procedure di evidenza pubblica per l'assunzione di personale.

(16) Stante il carattere esecutivo-attuativo del regolamento rispetto all'art. 23-*bis*, le società a partecipazione pubblica menzionate nell'art. 7 dovrebbero essere le società *in house providing* o miste pubblico-privato.

(17) Sulla disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica introdotta dall'art. 4 del d.l. 138/2011 si rinvia ai commenti a prima lettura di F. SCURA, *La “nuova” disciplina dei servizi pubblici locali nella “manovra di ferragosto”*, in www.tessarolo.it; G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n. 138/2011: “nuove” regole e vecchie questioni*, in www.lexitalia.it, 7-8, 2011; A. VIGNERI, *La disciplina dei servizi pubblici locali nel nuovo quadro normativo*, in www.astrid-online.it, 15 ottobre 2011.

nomicità e celerità di espletamento delle procedure, pari opportunità (rinviando al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. 165/2001). È confermata l'esclusione in favore delle società quotate in mercati regolamentati.

Costituisce invece una novità di grande impatto, almeno nella fase di prima applicazione della norma, il divieto per le medesime società di procedere al reclutamento di personale, fino all'adozione dei provvedimenti che definiscono i criteri e le modalità per il reclutamento del personale.

Le norme in commento si applicano alle assunzioni di personale con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (o con contratti di apprendistato), mentre è dubbio se esse siano applicabili anche a contratti di lavoro subordinato a tempo determinato. Potrebbe osservarsi che il rispetto di procedure concorsuali o para-concorsuali si giustifichi nel caso di inserimento di personale in modo stabile e duraturo nell'organico delle società, e non per fare fronte a esigenze di carattere temporaneo. In senso contrario depone invece il fatto che sia l'art. 18, sia l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*), del d.l. 112/2008 e ora anche l'art. 4, comma 17, non operano alcuna distinzione in proposito, con la conseguenza che le relative norme dovrebbe applicarsi tanto nel caso di personale da assumere a tempo determinato quanto a tempo indeterminato.

Una considerazione a parte merita il tema del "conferimento degli incarichi". L'espressione utilizzata dal legislatore nell'art. 18, commi 1 e 2, sembra potersi prestare ad equivoci. Non sembra condivisibile l'interpretazione fornita dalla circolare di Confservizi del 19 settembre 2008 (prot. n. 324/08/AL/CS/gg), secondo la quale la norma riguarderebbe l'attribuzione degli incarichi al personale neoassunto. Appare invece preferibile una diversa interpretazione secondo la quale la norma dovrebbe applicarsi agli incarichi di collaborazione e professionali conferiti a lavoratori e professionisti esterni. È stato, infatti, evidenziato che

l'intento della disposizione sembra essere proprio quello di evitare che soggetti sostanzialmente pubblici utilizzino indiscriminatamente dinamiche di esternalizzazione di compiti e di attività lavorative, con conseguente detrimento per le finanze pubbliche. Del resto anche con riferimento agli incarichi esterni delle pubbliche amministrazioni il legislatore nel limitare le condizioni

di ammissibilità e di procedimentalizzare le modalità di conferimento si è posto due obiettivi: evitare percorsi di accesso alla pubblica amministrazione al di fuori dei canali concorsuali di reclutamento imposti dall'art. 97 Cost., e salvaguardare più che possibile le finanze pubbliche¹⁸.

Valgono perciò osservazioni analoghe a quelle relative al reclutamento del personale: mentre le società menzionate all'art. 18, comma 1, sono tenute a conformarsi ai principi di cui all'art. 35, comma 3, del d.lgs. 165/2001, invece quelle di cui al comma 2 operano nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Una disciplina *ad hoc* era contenuta nell'art. 7 del regolamento che prevedeva che le società a partecipazione pubblica (totale o mista) che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica conferiscono gli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. 165/2001. Tale soluzione è stata confermata dall'art. 4, comma 17, del d.l. 138/2011, che ha esteso anche agli incarichi il divieto di conferimento fino all'adozione dei predetti provvedimenti che definiscono i relativi criteri e le modalità

Non sembrerebbe direttamente applicabile alle società pubbliche, non essendo espressamente richiamato¹⁹, quanto previsto dall'art. 7, comma 6, del d.lgs. 165/2001²⁰ che, con riferimento alle pubbliche

(18) G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 3-4, p. 647.

(19) L'art. 18 non modifica la natura del rapporto di lavoro con le società pubbliche, che non si trasforma per questo da "privato" in "pubblico". Ne consegue che, in linea di principio, le norme del d.lgs. 165/2001 si applicano solo se espressamente richiamate.

(20) La norma richiamata prevede che "per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità: a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente; b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualifi-

amministrazioni, definisce i “presupposti di legittimità” per conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa. Ovviamente nulla vieta alle società pubbliche, ed in particolare a quelle contemplate al comma 2 dell’art. 18, di autovincolarsi in tal senso²¹.

Sul piano processuale, le norme richiamate avrebbero complessivamente l’effetto di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento a tutte le procedure di reclutamento (comprese quelle di incarichi di “assistenza e pareri di consulenza del lavoro” al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria) bandite dalle società indicate ai commi 1 e 2 dell’art. 18 del d.l. 112/2008²².

Nel loro complesso, tutte sono state oggetto di critiche anche piuttosto aspre: incerto è l’ambito di applicazione, incerti sono i principi e i criteri ai quali le società pubbliche devono attenersi, ma ancora più difficile da decifrare è la logica che le sottende. Obbligando soggetti operanti secondo logiche societarie a utilizzare i rigidi meccanismi di selezione del personale adoperati dagli enti locali, danno luogo a una pericolosa commistione di regole pubblicistiche e privatistiche. Il rischio è che producano un inevitabile appesantimento nella gestione di moduli organizzativi ai quali invece viene chiesto di agire in termini di efficienza, efficacia ed economicità nell’offerta dei loro servizi.

3. Le politiche per il personale

L’art. 19, comma 1, del d.l. 78/2009, che ha aggiunto il comma 2-*bis* all’art. 18 del d.l. 112/2008, ha statuito che le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui al d.lgs. 165/2001, divieti

cata; d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione”.

(21) La Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, delibera 37/2009, nel pronunciarsi sui regolamenti adottati dagli enti locali in materia di affidamento di incarichi di collaborazione autonoma, ha affermato che questi devono espressamente prevedere che le società *in house* osservino i principi e gli obblighi fissati in materia per gli enti di riferimento, imponendo altresì di disciplinare i criteri per il controllo sull’osservanza di essi da parte delle società partecipate.

(22) TAR Basilicata, sez. II, 20 aprile 2011, n. 218; TAR Campania, Napoli, sez. II, 17 febbraio 2010, n. 956.

o limitazioni alle assunzioni di personale si applichino, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, o che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, o che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT). Ha previsto inoltre che le predette società adeguino le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze. La norma ha statuito infine che, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le Regioni, sentita la Conferenza unificata, da emanare entro il 30 settembre 2009, vengano definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

La norma, di non agevole lettura, introduce sostanzialmente tre ordini di previsioni: il primo assoggetta alcune società pubbliche agli stessi divieti e limitazioni per l'assunzione del personale che si applicano alle pubbliche amministrazioni di riferimento; il secondo obbliga le medesime società pubbliche ad adeguare le proprie politiche del personale alle disposizioni che si applicano alle amministrazioni di riferimento, in particolare per ciò che concerne il contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria del personale, e per gli incarichi di consulenza; il terzo (che verrà esaminato nel par. successivo) rinvia ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze la definizione delle modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale.

Il principale problema che la prima parte della norma pone concerne, ancora una volta, l'ambito di applicazione. Destinatari dell'obbligo di rispettare divieti o limitazioni alle assunzioni di personale applicabili alle amministrazioni di riferimento sono le società a partecipazione pubblica totale e le società a partecipazione di controllo che siano titolari di affidamenti di servizi pubblici locali (a rilevanza economica e non) senza gara (non anche le società che abbiano ricevuto affidamenti a seguito di gara pubblica), le società che svolgono funzioni che soddisfino interessi di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale, le società strumentali *ex art.* 13 del d.l. 223/2006 e *ex art.* 3, comma 27, della legge 244/2007²³.

Due interpretazioni si sono affacciate circa la nozione di controllo. Secondo una prima interpretazione, essa dovrebbe riferirsi alle società a totale partecipazione pubblica o con una percentuale uguale o superiore al 50% del capitale sociale, sul presupposto che l'espressione "di controllo" parrebbe direttamente riferibile alla "partecipazione" più che ad un concetto allargato di controllo. Tale interpretazione rispecchia la finalità restrittiva della norma ritenendola applicabile a quelle partecipazioni in cui l'ente locale detiene un controllo di diritto (maggioranza del capitale), e non un controllo di fatto (influenza dominante) o contrattuale (derivante da vincoli contrattuali), che potrebbe risultare di difficile identificazione e prestarsi, tra l'altro, a pratiche elusive della norma. Secondo un'altra interpretazione, si farebbe invece riferimento ad una nozione di controllo non strettamente legato

(23) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 20 settembre 2011, n. 479, ha precisato che "rientrano nel perimetro del consolidamento dell'art. 76 comma 7 del d.l. 112/2008 e del contenimento della spesa di personale *ex art.* 18 comma 2-bis del medesimo d.l. 112/2008 (quest'ultimo espressamente fatto salvo dall'art. 4, comma 17, del d.l. 138/2011) tutte le società controllate da enti locali che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali a rilevanza economica, oppure che svolgano servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (a prescindere dall'affidamento diretto), oppure che svolgano attività strumentali (anch'esse a prescindere dall'affidamento diretto). Sono, al contrario, escluse le società – seppur controllate da enti locali – quotate, nonché quelle titolari di affidamenti di servizi pubblici locali a rilevanza economica mediante procedura ad evidenza pubblica. I limiti *ex art.* 18 comma 2-bis trovano applicazione alle società a capitale locale inserite nell'elenco ISTAT che, secondo la prevalente giurisprudenza contabile, riveste peraltro natura ricognitiva".

al *quantum* della partecipazione sociale, mutuando la nozione dalla regolamentazione in tema di bilancio consolidato dettata dai principi contabili dell'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali che si riferisce alle ipotesi in cui: *a*) l'ente locale ha, direttamente o indirettamente attraverso le entità controllate, il possesso della maggioranza dei voti esercitabili nell'altra entità; *b*) l'ente locale ha il potere, assegnato o esercitato all'interno della normativa di riferimento, di nominare o rimuovere la maggioranza dei membri del consiglio di gestione o di altro organo direttivo equivalente dell'altra entità economica ed il controllo dell'altra entità è detenuto da tale consiglio o organo; *c*) l'ente locale ha il potere di esercitare la maggioranza dei diritti di voto nelle sedute del consiglio di gestione o dell'organo direttivo equivalente ed il controllo dell'altra entità è detenuto da quel consiglio o organo²⁴.

La Corte dei conti, sez. Autonomie, nella recente deliberazione n. 14/AUT/2011/QMIG del 29 dicembre 2011, ha chiarito che il concetto di "partecipazione totalitaria o controllo" debba essere riferito alle società partecipate al 100% da un ente pubblico o da più enti pubblici congiuntamente, nonché alle società che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2359, comma 1, nn. 1 e 2, c.c. Secondo la Corte, ai fini dell'applicazione della norma in esame, vanno ritenute "controllate" le società nelle quali l'ente locale possiede azioni che gli assicurano la maggioranza dei voti nelle assemblee ordinarie, oppure voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante, con esclusione di quelle sulle quali tale influenza è esercitata attraverso altra società, in base a particolari vincoli contrattuali (pur considerate controllate in base all'art. 2359, comma 1, n. 3, c.c.). Ne esce valorizzato il requisito della partecipazione diretta dell'ente nelle società. Ne consegue che si dovrà tener conto anche delle società partecipate che hanno natura di *holding*, in quanto destinatarie di affidamento diretto, mentre non rilevano gli altri affidamenti (di natura indiretta) posti in essere dalla *holding* rispetto alle società del gruppo.

Le società sopra menzionate devono inoltre risultare inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione (l'ultimo

(24) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Toscana, 10 ottobre 2011, n. 208.

elenco disponibile è stato pubblicato sulla G.U. n. 228 del 30 settembre 2011²⁵). Scorrendo il documento in questione, si nota però che in esso non è contemplata la “categoria” delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici locali o per lo svolgimento di funzioni strumentali. La conseguenza che potrebbe derivarne è, nel caso si interpreti come tassativo il requisito dell’inserimento in elenco, la sostanziale inapplicabilità della norma così come formulata, salva una verifica caso per caso circa l’inserimento di una determinata società nel predetto elenco. Ne deriva, in ogni caso, un rilevante margine di incertezza in ordine all’effettiva portata innovativa di questa previsione.

La giurisprudenza contabile ha evidenziato le incertezze che il riferimento all’inserimento nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione pone in ordine alla concreta individuazione dei soggetti che siano tenuti all’applicazione delle misure di contenimento della spesa. In proposito, è stato scritto che

[...] si pongono problemi sulla completezza dei dati in possesso dell’Istituto. Dell’elenco redatto dall’Istituto dovrebbero far parte tutti gli enti che rispondono ai requisiti richiesti dai regolamenti comunitari ed in particolare quello che ha approvato il SEC 95 (n. 2223 del 1996). Rischiano di sfuggire alla conoscenza dell’Istituto, e quindi all’inserimento nell’elenco, taluni organismi pubblici soprattutto a livello locale (società pubbliche, fondazioni, consorzi e simili) che potrebbero avere le caratteristiche per essere considerati amministrazioni pubbliche. Viene, così, alterato il raggiungimento degli obiettivi posti dalla legge di contabilità e di finanza pubblica, con effetti anche sul conto consolidato della pubblica amministrazione e quindi sulla reale rappresentazione della situazione economica del Paese²⁶.

Ulteriore problema è quello della natura ricognitiva o costitutiva della natura pubblica dell’elenco ISTAT, che parrebbe doversi risolvere a fa-

(25) L’art. 10, comma 16, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 recante “Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria”, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, ha disposto che la lista sia pubblicata entro il 30 settembre di ogni anno.

(26) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 20 agosto 2011, n. 479.

vore della prima delle due opzioni. La Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 20 settembre 2011, n. 479, ha evidenziato che l'esigenza di una estensione della platea dei destinatari dei vincoli posti ai fini di contenimento della spesa pubblica potrebbe essere vanificata da una lettura esclusivamente letterale delle norme che prevedono detto rinvio, ovvero dall'applicazione delle stesse alle sole amministrazioni incluse nell'ultimo elenco pubblicato dall'ISTAT. Al riguardo basti rilevare come l'inserimento nell'elenco ISTAT dipende anche dall'adempimento, da parte dei soggetti interessati, dell'obbligo di fornire tutti i dati richiesti per le rilevazioni previste dal programma statistico nazionale. Inoltre, un'interpretazione strettamente letterale indurrebbe a non applicare gli obblighi di contenimento della spesa per un esercizio finanziario, ai soggetti costituiti dopo il censimento da parte dell'ISTAT, o comunque dopo la pubblicazione dell'elenco di cui alla legge n. 196 del 2009.

Secondo la Corte dovrebbe ritenersi perciò che, ai fini dell'individuazione dei soggetti coinvolti dalle previsioni vincolistiche che indicano come destinatari le amministrazioni di cui al comma 3 dell'art. 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non debba farsi riferimento esclusivo alle sole amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT, bensì a tutte le "unità istituzionali" per le quali sussista il possesso dei requisiti richiesti dagli specifici regolamenti comunitari. Ne consegue che l'elenco dell'ISTAT, come rilevabile anche dalla lettera della previsione di cui alla stessa legge n. 196 del 2009, ha più propriamente valore ricognitivo e non costitutivo dei requisiti che determinano l'inclusione di determinati soggetti nel settore Amministrazioni pubbliche.

Dubbio è anche come la norma debba essere applicata nel caso di società pluripartecipate, con partecipazioni frammentate. La Corte dei conti, sez. autonomie, delibera n. 14/SEZAUT/2010/FRG del 22 giugno 2010, non ha mancato di evidenziare se, ad esempio, appare chiaro che in presenza di una società totalmente partecipata da più enti locali si debba far riferimento ai vincoli alle assunzioni previste per il socio pubblico che detiene la partecipazione di controllo, non è altrettanto chiaro quale sia il socio di riferimento quando, in presenza

di quote paritarie o molto frammentate, si sia in presenza di un controllo congiunto esercitato da enti che possono essere destinatari di differenti vincoli assunzionali.

La seconda parte dell'art. 18, comma 2-*bis* obbliga le società pubbliche richiamate nella prima parte ad adeguare le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze.

Le disposizioni in esame sono sparse in una pluralità di fonti normative. Senza alcuna pretesa di esaustività, sono richiamate soltanto le più recenti.

Un riferimento va fatto, innanzi tutto alle norme del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122 contenente, tra le altre, misure per il contenimento della spesa in tema di personale pubblico.

L'art. 9, comma 29, prevede che le società non quotate controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione (in relazione al quale valgono le considerazioni formulate sopra), sono tenute ad adeguare le loro politiche assunzionali alle disposizioni dell'art. 9 medesimo. Tra le altre misure, tali norme prevedono il "congelamento" dei trattamenti economici per gli anni 2011, 2012 e 2013, stabilendo che il trattamento economico complessivo (comprensivo del trattamento accessorio) dei singoli dipendenti, non possa superare il trattamento in godimento nell'anno 2010; impongono per due anni (2011 e 2012) tagli in percentuale (5% sulla parte eccedente i 90.000 euro lordi; 10% sulla parte eccedente i 150.000 euro lordi) sui trattamenti economici complessivi dei dipendenti; fissano un tetto del 3,2% degli aumenti retributivi previsti per il biennio 2008-2009 per il personale pubblico; bloccano i rinnovi contrattuali e le procedure negoziali per il triennio 2010-2012 per tutto il personale pubblico, ecc.²⁷.

(27) Si vedano le indicazioni applicative contenute nella circolare 23 dicembre 2010, n. 40 (prot. n. 109849) del Ministero delle economia e delle finanze, Dipartimento della ragioneria generale dello Stato.

L'art. 6, comma 11, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 prevede altresì che le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione si conformino anche al principio di riduzione di spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché per sponsorizzazioni, desumibile dai precedenti commi 7, 8 e 9, relativi alle pubbliche amministrazioni²⁸.

Ulteriori vincoli discendono anche dall'art. 76 del d.l. 112/2008, che detta una disciplina fortemente restrittiva per la spesa per il personale degli enti locali, con riflessi anche sul personale delle società pubbliche, basata sul principio del consolidamento.

L'art. 76, comma 7, nel testo originario, faceva espresso divieto agli enti locali nei quali l'incidenza delle spese di personale fosse superiore ad una certa percentuale delle spese correnti (nella versione originaria, al 50%) di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuali. Il comma 1, aggiungendo il comma 557 nel testo dell'art. 1 della legge 296/2006, precisava altresì che costituivano spese di personale anche quelle sostenute per i rapporti di collaborazione continuata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all'art. 110 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nonché per tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all'ente.

Della norma ha avuto occasione di occuparsi anche la Corte dei conti. Nella delibera n. 14/SEZAUT/2010/FRG del 22 giugno 2010 questa ha osservato che tale disposizione dovesse essere interpretata nel senso che la disciplina vincolistica in materia di personale debba essere intesa come riferibile anche a tutte le forme di cooperazione interlocale oltre che di esternalizzazione in senso stretto. Pertanto, la considerazione unitaria dell'ente territoriale e degli organismi *in house* ai fini

(28) Tale obbligo era già previsto anche dall'art. 61, comma 7, del d.l. 112/2008 relativo al dovere per le società inserite nel conto economico della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT, di conformarsi al principio di riduzione della spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e sponsorizzazioni.

della verifica del rispetto dei limiti di spesa per il personale implica necessariamente che vadano considerate come sostenute direttamente dall'ente locale anche le spese di personale iscritte nel bilancio della società pubblica *in house*, tanto nel caso di partecipazione unica totalitaria, quanto nel caso di compartecipazione plurisoggettiva intercorsa fra vari enti pubblici locali in misura proporzionale alla partecipazione detenuta²⁹.

I commi 1 e 7 dell'art. 76 sopra richiamati sono stati modificati dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122. Più nel dettaglio, l'art. 14, comma 7, del d.l. 78/2010 ha sostituito l'art. 1, comma 557, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, introdotto dall'art. 76, comma 1, del d.l. 112/2008. Il successivo comma 8 ha invece abrogato direttamente il comma 1 dell'art. 76 del d.l. 112/2008. L'art. 1, comma 557, nel testo oggi in vigore, prevede che gli enti sottoposti al patto di stabilità interno assicurino la riduzione delle spese di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico delle amministrazioni e dell'IRAP, con esclusione degli oneri relativi ai rinnovi contrattuali, garantendo il contenimento delle dinamiche retributive e occupazionali. La norma dovrebbe ritenersi applicabile anche alle società *in house* affidatarie dirette di servizi pubblici locali, se e in quanto dovessero, in futuro, essere assoggettate al patto di stabilità interno. L'art. 14, comma 9, ha modificato anche il comma 7 dell'art. 76 del d.l. 112/2008³⁰, ponendo per gli enti locali nei quali l'incidenza delle

(29) La Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Sardegna, 31 maggio 2010, n. 24, ha recentemente osservato che "le società *in house*, pur non essendo ancora assoggettate alle regole del patto di stabilità interno, non possono rappresentare per l'ente locale uno strumento da utilizzare per eludere le norme di finanza pubblica e, in particolare, la disciplina vincolistica in materia di spesa per il personale. [...] Ne consegue, quindi, che la disciplina vincolistica di contenimento della spesa per il personale applicabile al Comune di Olbia – di cui all'art. 1, comma 557, legge 296/2006, così come modificato ed integrato dall'art. 3, comma 120, della legge 244/2007 e dall'art. 76 del d.l. 112/2008 convertito in legge 133/2008 – si estende anche alle sue società *in house*. Ciò, ovviamente, con riferimento ai limiti – primo fra tutti il divieto di superamento della spesa per il personale sostenuta l'anno precedente – e alle eventuali deroghe".

(30) Il comma in esame è stato modificato dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133 e sostituito dall'art. 14, comma 9, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

spese di personale sia pari o superiore al 40% delle spese correnti il divieto di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale; i restanti enti possono procedere ad assunzioni di personale nel limite del 20% della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente.

La norma richiamata può ritenersi espressione di una più generale tendenza normativa al contenimento delle spese per il personale, dalla quale la Corte dei conti ha ritenuto di poter affermare un principio di "non elusione", applicabile a tutto il personale delle società partecipate. In questo senso, è stata evidenziata la necessità che la base di calcolo relativa alla spesa per il personale sostenuta da ciascun ente locale deve tenere conto dei vari sistemi organizzativi nei quali si articola l'amministrazione pubblica, [cosicché] sono da considerarsi direttamente sostenute dall'ente locale le spese di personale iscritte nel bilancio della società pubblica *in house*, tanto nel caso di partecipazione unica totalitaria, quanto nel caso di compartecipazione plurisoggettiva, [in quanto] lo strumento dell'affidamento di servizi ad enti partecipati non può comunque venire utilizzato per eludere le normative pubblicistiche in tema di finanza pubblica o attività contrattuale che disciplinano l'attività della pubblica amministrazione; in particolare, la disciplina vincolistica in materia di personale deve essere intesa come riferibile non soltanto all'ente stesso, ma anche a tutte le forme di cooperazione interlocale oltre che di esternalizzazione in senso stretto³¹.

Tale principio conduce inoltre a non potersi ravvisare alcuna differenziazione sostanziale nella materia del contenimento della spesa per il personale dipendente dalla diversa tipologia di attività svolta dalle società partecipate³².

L'art. 76, comma 7, è stato di recente modificato dall'art. 20, comma 9, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. Aderendo alle indicazioni provenienti dalla Corte

(31) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Campania, 8 febbraio 2011, n. 98; Corte dei conti, sez. riun., parere n. 27/CONTR/11 del 12 maggio 2011.

(32) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Campania, 98/2011, cit.

dei conti, la norma ha precisato che, salva l'esclusione delle società quotate su mercati regolamentati, ai fini del computo della percentuale del 40% si calcolino anche le spese sostenute dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

La norma in questione avvalorerebbe l'interpretazione già avanzata da diverse sezioni regionali in riferimento a svariati soggetti partecipati (unioni, comunità montane, consorzi e società partecipate) e avallata dalle Sezioni riunite della Corte dei conti che, nella deliberazione n. 3/2011, hanno sostenuto che sussiste nell'ordinamento "un tendenziale principio inteso a rilevare unitariamente le voci contabili riferite alla spesa per personale tra ente locale e soggetto a vario titolo partecipato al fine di rendere più trasparente la gestione delle risorse", precisando, altresì, che tale principio deve fungere da canone di riferimento affinché sia data rigorosa ed effettiva attuazione alle diverse disposizioni di contenimento della spesa e sia scongiurato il rischio di elusioni delle stesse³³.

(33) È stato correttamente osservato che "è necessario un vero e proprio processo di consolidamento dei conti fra ente locale e società che presuppone una riforma della contabilità degli enti locali in senso economico-patrimoniale, in modo da arrivare ad avere dati determinati con criteri analoghi e, per questo, consolidabili, evitando inutili riconciliazioni che storicamente hanno implicato molto lavoro e risultati poco attendibili" (A. MANETTI, *Sul personale enti locali e partecipate parlano due lingue diverse*, in *Italia Oggi*, 10 giugno 2011).

Per un commento alla norma si veda ancora S. POZZOLI, *Manovra finanziaria (d.l. 98/2011) e società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 2011, 8, il quale osserva che "il legislatore parla di spese e non di costi. Questo da un lato ha il pregio di rendere omogeneo il confronto, dall'altro implica un problema di rielaborazione dei valori che riguardano le società. Andranno quindi presi in considerazione, non potendo che fare riferimento al conto economico delle società (o al loro conto consolidato, ove queste siano tenute a redigerlo), solo quei costi che hanno una contropartita finanziaria, ad esclusione quindi di ammortamenti, svalutazioni ed accantonamenti a fondi. Per passare da costi a spese, quindi, il conto economico andrà rettificato, depurandolo di quei costi che non hanno contropartita finanziaria".

La norma non spiega invece come le spese di personale debbano essere conteggiate nel caso di società partecipate da una pluralità di enti locali (in proporzione alla partecipazione detenuta, nel loro valore assoluto, ecc.). Né, stante l'esigenza sopra segnalata di avere un quadro corretto della situazione contabile complessiva dell'ente e delle sue partecipate attraverso un bilancio consolidato, chiarisce come debba procedersi al conteggio tanto nel caso di società strumentali (o comunque le partecipate che vivano esclusivamente di risorse provenienti dall'ente locale), quanto nel caso di quelle non strumentali – che non vivono esclusivamente di risorse provenienti dall'ente (ma anche da altri enti pubblici)³⁴.

Ne derivano rilevanti problemi applicativi, sui quali è di recente intervenuta la Corte dei conti, sez. Autonomie, con la deliberazione n. 14/AUT/2011/QMIG del 29 dicembre 2011. La Corte dei conti ha statuito che, ai fini della determinazione della spesa del comparto personale dell'ente locale e delle società partecipate o controllate, si assumono i dati che derivano dai documenti contabili delle società (bilancio di esercizio) e dai questionari allegati alle relazioni dei revisori degli enti locali al rendiconto degli enti, ai sensi dell'art. 1, comma 166 ss., legge 266/2005, senza alcuna detrazione o rettifica, in assenza di specifiche norme che definiscono modalità e termini per il consolidamento dei conti, che risultano attualmente in fase di sperimentazione.

Questa ha inoltre provveduto ad elaborare un metodo sintetico per calcolare la quota delle spese di personale della società partecipata da sommare alle spese di personale degli enti proprietari.

Il metodo di calcolo si basa sulla seguente semplice proporzione: il valore della produzione della società sta alle spese totali del personale della stessa come il corrispettivo sta alla quota del costo di personale attribuibile all'ente, che è l'incognita da calcolare [...] Per il calcolo dell'incidenza previsto dall'art. 76, comma 7, d.l. 112/2008, la quota di spese del personale della società partecipata, così individuata, va a sommarsi alle spese di personale dell'ente, e il

(34) Le questioni sopra richiamate, per la loro particolare complessità e rilevanza, sono state deferite alle sezioni riunite della Corte dei conti dalla sezione regionale di controllo per la Toscana, con deliberazione 10 ottobre 2011, n. 208.

totale si divide per le spese correnti dell'ente. In tal modo si agisce soltanto sul numeratore, come proposto dalla Sezione remittente [Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Toscana, con deliberazione 10 ottobre 2011, n. 208, *N.d.R.*] per l'ipotesi della società partecipata da unico ente pubblico, sicché il metodo ne rappresenta uno sviluppo, in quanto consente di evitare eventuali imprecisioni dovute alla semplice somma di tutte le spese di personale delle società partecipate a quelle dell'ente. Questo calcolo va effettuato per ciascun organismo partecipato, che si tratti di società posseduta da uno o più enti (punto 3, lett. *a*, della presente delibera), ovvero di società miste pubblico privato, controllate dall'ente a norma dell'art. 2359, comma 1, nn. 1 e 2, del codice civile (punto 3, lett. *b*).

4. L'assoggettamento delle società partecipate da Regioni ed enti locali al patto di stabilità

Già prima del 2008, la Corte dei conti aveva evidenziato che la peculiare relazione di “forte correlazione” o addirittura di “sostanziale assimilazione”³⁵ esistente tra enti locali e società miste e *in house* giustificasse un loro concorso al rispetto degli obblighi di finanza pubblica. In questo senso si era espressa ad es. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione 17 gennaio 2007, n. 2, che aveva osservato che considerata la natura di ente pubblico della società a partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria, costituita da un ente territoriale per lo svolgimento di compiti e funzioni di propria competenza con uso prevalente di risorse pubbliche, a nulla rileva, ai fini del rispetto del patto di stabilità interno, la mera distinzione formale della società affidataria rispetto al Comune del quale assumerebbe la veste di ente strumentale allo stesso assimilato; pertanto, le spese sostenute per la società partecipata, pur in assenza di una specifica disciplina che preveda il consolidamento dei risultati gestionali delle predette società di quelli dell'ente costituente, vanno considerate ai fini della verifica del rispetto del patto di stabilità interno³⁶.

(35) Le espressioni sono in Corte dei conti, sez. autonomie, delibera n. 14/SE-ZAUT/2010/FRG del 22 giugno 2010, 37.

(36) Su questo tema si sofferma diffusamente la Corte dei conti, delibera 18 settembre 2008, n. 13, relazione sullo stato dei controlli della Corte dei conti sugli organismi partecipati dagli enti locali. Ancora si può citare Corte dei conti, sez. regionale di controllo

Tale principio è stato, soltanto di recente, trasfuso in una complessa disciplina normativa che fatica ancora ad essere concretamente applicata.

È intervenuto l'ultimo capoverso dell'art. 19, comma 1, del d.l. 78/2009, che ha aggiunto il comma *2-bis* all'art. 18 del d.l. 112/2008, il quale ha previsto che, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, vengano definite le modalità procedurali e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società pubbliche a partecipazione totalitaria (non necessariamente *in house*) e delle società controllate (presumibilmente *ex art.* 2359 c.c.) dagli enti locali, affidatarie dirette di servizi pubblici locali (a rilevanza economica o meno), delle società che svolgono funzioni amministrative che soddisfano esigenze di interesse generale non industriali né commerciali, e delle società strumentali degli enti locali.

È interessante osservare che l'ambito di applicazione della medesima norma sembrerebbe anche più ampio di quello previsto dai due precedenti capoversi del medesimo art. 18, comma *2-bis*, mancando il problematico riferimento alle società pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT)³⁷.

per la Puglia, delibera n. 15/PAR/2008, secondo cui "i risultati economici delle società a partecipazione pubblica non possono non avere ripercussioni sul bilancio dell'ente locale che può essere considerato anche alla stregua di un'azienda capogruppo (*holding*) che, sulla base della rielaborazione dei dati di bilancio di ciascuna partecipata, è in grado di pervenire alla redazione del bilancio consolidato. Peraltro lo stesso art. 152 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL) stabilisce che il regolamento di contabilità degli enti locali "assicura, di norma, la conoscenza consolidata dei risultati globali delle gestioni relative ad enti od organismi costituiti per l'esercizio di funzioni e servizi", mentre l'art. 172, comma 1, lett. *b*), dello stesso testo unico, prevede tra gli allegati obbligatori del bilancio di previsione dell'ente locale, anche le risultanze dei rendiconti o conti consolidati delle aziende speciali, consorzi, istituzioni, società di capitali, costituite per l'esercizio di servizi pubblici, relativi al penultimo esercizio antecedente quello cui il bilancio si riferisce. Si richiama ancora, il successivo art. 230 del TUEL, ove si legge che il regolamento di contabilità possa prevedere la compilazione del conto consolidato patrimoniale per tutte le attività e passività interne ed esterne".

La Corte rimarca, dunque, l'esigenza di un monitoraggio sui soggetti partecipati, funzionale ad un'attenta azione di direzione, coordinamento e supervisione delle attività delle società partecipate, da parte dell'ente locale.

(37) In questo senso, si veda Corte dei conti, sez. regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, deliberazione n. 17/2010/PAR del 26 gennaio 2010.

La norma richiamata, nel rinviare ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, è stata ritenuta comunque non immediatamente applicabile. In questo senso si era espressa la Corte dei conti, sez. regionale di controllo per il Piemonte, che ha osservato che le norme citate prevedano un assoggettamento al patto di stabilità delle società ivi definite, condizionata alla definizione delle modalità e della relativa modulistica. Conseguentemente, non può farsi derivare, dalle stesse norme, l'obbligo, in capo agli enti controllanti, di valutare il rispetto del patto di stabilità attraverso un bilancio consolidato funzionale ad un'analisi della situazione finanziaria della società unitamente a quella dell'ente locale³⁸.

Questa non è però l'unica disposizione che si è occupata del tema. L'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*) del d.l. 112/2008, come modificato dall'art. 15, comma 1, lett. *a*) del d.l. 135/2009 convertito in legge 166/2009, aveva previsto l'assoggettamento degli affidatari *in house* di servizi pubblici locali a rilevanza economica, alle regole del patto di stabilità interno.

L'ambito di applicazione delle due norme richiamate non era però coincidente. Mentre l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*) si riferiva soltanto alle società *in house* che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, l'art. 18, comma 2-*bis*, si riferisce anche alle altre società partecipate dagli enti locali anche in modo non totalitario affidatarie dirette della gestione di pubblici servizi e dello svolgimento di pubbliche funzioni, creando delicati problemi di coordinamento³⁹.

(38) Si veda Corte dei conti, sez. regionale di controllo per il Piemonte, delibera n. 14/2010/SRCPIE/PAR. Nella medesima delibera, questa ha evidenziato comunque che permane l'esigenza di effettuare un monitoraggio sui soggetti partecipati. Il decreto avrebbe dovuto chiarire anche altri profili problematici quali quelli che si ponevano nel caso di società pluripartecipate da enti locali, titolari di quote azionarie anche assai disomogenee.

(39) La Corte dei conti, delibera n. 14/SEZAUT/2010/FRG del 22 giugno 2010, ha osservato che "al di là della mancanza di allineamento tra il comma 10, lett. *a*) dell'art. 23-*bis* e l'art. 18 citati e della loro non sovrapponibilità, sembra piuttosto chiaro come il legislatore non appaia preoccupato di mantenere un'adeguata coerenza delle disposizioni normative con le caratteristiche ontologiche del modello societario, quanto piuttosto di scongiurare, almeno teoricamente, il rischio che utilizzando strumentalmente specifici modelli organizzativi il socio pubblico possa porre in essere manovre elusive

L'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*), rinviava, a sua volta, ad un regolamento governativo, con il compito di disciplinare le modalità secondo cui gli enti locali avrebbero dovuto procedere ad assoggettare le società da essi partecipate alle regole del patto di stabilità interno. Conseguentemente, anche la norma richiamata, analogamente all'art. 18, comma 2-*bis*, non era immediatamente applicabile, essendo la sua operatività rimessa all'adozione del predetto regolamento governativo. L'art. 5 del regolamento 168/2010 confermava l'assoggettamento al patto di stabilità degli affidatari *in house* di servizi pubblici locali rilevanza economica⁴⁰, incaricando gli enti locali di vigilare sull'osservanza del patto di stabilità interno. La nuova formulazione appariva meno rigorosa della precedente, che faceva ricadere direttamente sugli enti locali soci la responsabilità del rispetto dei vincoli che da esso discendono⁴¹.

Anche questa norma risultava, a sua volta, non immediatamente applicabile, poiché rinviava a quanto previsto in sede di attuazione dell'art. 2, comma 2, lett. *b*), della legge 5 maggio 2009, n. 42 in materia di

dei vincoli di finanza pubblica o violare principi giuridici fondamentali, anche di ordine costituzionale, tutelati da precise norme di garanzia", p. 37.

Nella medesima delibera, l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*) era stato criticato, oltre che per ragioni di metodo, anche per ragioni di merito. Si era infatti rilevato che il legislatore "ha proceduto senza valutare del tutto né la reale applicabilità né gli effetti su soggetti e attività di diritto comune di norme conformate a pubbliche amministrazioni [...] appare arduo estendere la disciplina relativa al rispetto del patto di stabilità a soggetti societari, senza prevedere modalità comuni di rilevazione quanto meno delle voci contabili che assumono valenza ai fini del patto stesso. In più, nel caso di mancato rispetto del patto di stabilità da parte dell'amministrazione controllante, l'applicazione automatica ad una società di servizi del divieto di assunzioni e verosimile che determini ricadute negative sulla collettività in termini di livello e qualità delle prestazioni [...] Forse, agli automatismi normativi di difficile applicabilità ed agli specifici obblighi di carattere procedurale ed informativo (*ex art. 3, comma 30 LF 2008*), sarebbe stato probabilmente opportuno affiancare anche effettive e autonome forme di responsabilità delle amministrazioni di controllo sulla gestione societaria delle risorse umane e finanziarie, a garanzia sia del contenimento della spesa che dell'efficacia ed efficienza del servizio reso", p. 38.

(40) Restavano perciò i dubbi circa l'ambito di applicabilità, non coincidente con quello dell'art. 19, comma 1, del d.l. 78/2009. Nella prima versione compariva invece un riferimento a tutti i soggetti individuati con il decreto interministeriale di cui all'art. 18, comma 2-*bis*, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

(41) Nonostante ciò, la precedente formulazione non aveva ricevuto osservazioni nel parere della Conferenza unificata del 29 aprile 2010.

bilanci consolidati, per la definizione delle modalità e della modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti sopra detti⁴².

L'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*) è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza 17 novembre 2010, n. 325. La Corte, accogliendo le obiezioni sollevate dalle Regioni Emilia-Romagna e Piemonte, ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale della norma sul presupposto che l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attenga alla materia del coordinamento della finanza pubblica (come peraltro era stato affermato nelle precedenti sentenze 284/2009, 237/2009 e 267/2006), di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale (tutela della concorrenza), nella quali soltanto l'art. 117, sesto comma, Cost. conferisce allo Stato la potestà regolamentare. La dichiarazione di illegittimità costituzionale ha travolto anche l'art. 5 del regolamento 168/2010, di attuazione del comma 10, lett. *a*) dell'art. 23-*bis*.

Il vuoto determinato dalla sentenza della Corte costituzionale, e dalla successiva abrogazione dell'art. 23-*bis* per effetto del *referendum* del 12-13 giugno 2011, è stato colmato dall'art. 4, comma 14, del d.l. 138/2011. Richiamando la formulazione del comma 10, lett. *a*), la norma ha precisato che le società *in house* affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite da un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto del Ministro per le riforme

(42) La legge 42/2009 ha previsto, tra i criteri della delega, quello di stabilire il principio dell'adozione di regole contabili uniformi, imponendo agli enti locali la redazione di un bilancio consolidato con le proprie aziende, società o altri organismi controllati (art. 2, comma 2, lett. *b*), come modificato dalla citata legge 196/2009).

La norma è stata criticata da G. GUZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., secondo cui "il riferimento al bilancio consolidato esprime plasticamente l'errore in cui è incorso il legislatore delegato. Infatti, com'è stato attentamente osservato, il bilancio consolidato segue una logica completamente diversa da quella del patto di stabilità ed ha un'estensione tale da investire non solo le aziende controllate ma anche le società. Ne consegue che il riferimento contenuto nell'art. 5 avrà un'estensione longitudinale ben più ampia non solo della previsione contenuta nell'art. 23-*bis* ma anche di quella rinvenibile nell'art. 18".

per il federalismo, previo parere della Conferenza unificata, adottato in sede di attuazione dell'art. 18, comma 2-*bis* del d.l. 112/2008. La norma ribadisce l'obbligo gravante sugli enti locali di vigilare sull'osservanza da parte dei soggetti dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno, già contenuto nell'art. 5 del regolamento.

Valgano in proposito due considerazioni. La norma non è immediatamente applicabile, dal momento che dovrà attendersi il decreto ministeriale attuativo, che non è stato ad oggi ancora emanato⁴³.

Inoltre, affidando la definizione delle modalità di assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, la norma rinvia ancora una volta ad una fonte statale di rango secondario la disciplina della materia, e parrebbe perciò esporsi alle medesime obiezioni che avevano già determinato la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 23-*bis*, comma 10, lett. a)⁴⁴. Né la previsione del parere della Conferenza unificata è stata evidentemente giudicata una garanzia sufficiente a compensare il sostanziale esproprio della potestà legislativa concorrente delle Regioni in materia di coordinamento della finanza pubblica⁴⁵.

5. Le procedure per l'acquisto di beni e di servizi da parte delle società in house e delle società miste

L'art. 23-*bis*, comma 10, lett. a), del d.l. 112/2008 aveva stabilito che il regolamento governativo di attuazione prevedesse l'assoggettamento delle società *in house* e delle società miste pubblico-privato che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica alle procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni o di servizi⁴⁶.

(43) A. BARBIERO, *Le problematiche inerenti l'assoggettamento delle Società partecipate al patto di stabilità interno in rapporto al reclutamento di risorse umane*, in www.tessarolo.it, 20 gennaio 2011.

(44) G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica*, cit., osserva che "l'attuale formulazione del comma 14 dell'art. 4 del d.l. 138/2011, nel far riferimento alla definizione delle modalità di assoggettamento al patto di stabilità alla concertazione, sembra escludere ancora una volta le Regioni, con conseguente sospetto di illegittimità costituzionale della norma".

(45) La norma è stata impugnata con ricorso alla Corte costituzionale dalla Regione Emilia-Romagna.

(46) La norma è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale

La norma doveva essere applicata tenendo conto di quanto stabilito dall'art. 32, comma 1, lett. c), del d.lgs. 163/2006, che prevede che le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno a oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati a essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, siano sottoposte alla disciplina del Codice per gli appalti di lavori, servizi e forniture da esse affidati⁴⁷. Alla regola generale segue, al comma 3, una deroga a favore delle società miste limitatamente alla realizzazione delle opere o del servizio per i quali le stesse sono state appositamente costituite a condizione che: 1) il socio sia stato scelto in gara; 2) il socio abbia i requisiti di qualificazione previsti dal codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provveda in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio in misura superiore al 70% del relativo importo.

Sul problema del coordinamento tra le due disposizioni era stato os-

nella sentenza 325/2010 cit. secondo cui "tale disposizione, infatti, attiene, in primo luogo, alla materia della tutela della concorrenza, perché è finalizzata ad evitare che, nel caso di affidamenti diretti, si possano determinare distorsioni dell'assetto concorrenziale del mercato nella fase, successiva all'affidamento del servizio, dell'acquisizione degli strumenti necessari alla concreta gestione del servizio stesso. In secondo luogo, essa attiene anche alla materia dell'ordinamento civile, anch'essa di competenza esclusiva dello Stato, in quanto impone alla particolare categoria di società cui è affidata in via diretta la gestione di servizi pubblici locali una specifica modalità di conclusione dei contratti per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale (sulla riconduzione delle modalità di conclusione dei contratti alla materia dell'ordinamento civile, *ex plurimis*, sentenza 295/2009). Ne consegue che la previsione del semplice parere della 'Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni', anziché dell'intesa, non lede alcuna competenza regionale".

(47) Alle stesse conclusioni era pervenuto anche Cons. St., sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765, con commento di L. DE PAULI, *Gli enti in house e l'evidenza pubblica a valle*, in *Urb. e App.*, 2009, 9, p. 1104 ss. Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato segue un percorso che lo conduce ad assimilare, non senza forzature, le società *in house* agli organismi di diritto pubblico e, in virtù di ciò, ad affermare la regola che obbliga tutti questi soggetti a osservare, per i propri affidamenti "a valle", i principi e le norme dell'evidenza pubblica (art. 3, commi 25 e 26, e 32 del d.lgs. 163/2006).

servato che, con riferimento alle società miste che gestiscono servizi pubblici locali,

la previsione della lett. *a*) del comma 10 dell'art. 23-*bis* dovrebbe [...] riferirsi alle società già esistenti il cui socio non è stato scelto in gara o non è socio operativo, ovvero agli affidamenti che non riguardano lo scopo fondamentale in vista del quale è stata costituita la società mista. Per lo svolgimento delle attività ulteriori, come ha precisato la Commissione Europea, il socio non può giovare della propria posizione privilegiata per ottenere l'affidamento di compiti aggiuntivi senza gara⁴⁸.

Il problema del coordinamento era stato in parte risolto dall'art. 6 del regolamento. La norma ribadiva la regola generale contenuta nel comma 10, lett. *a*), prevedendo contestualmente un'eccezione a favore delle società a capitale pubblico anche maggioritario individuate dall'art. 32, comma 1, lett. *c*) del d.lgs. 163/2006, ove, accanto alle condizioni di cui ai nn. 1) e 2), ricorresse anche una terza condizione, ovvero che il socio privato fosse stato scelto, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, con gara ad oggetto unico ai sensi dell'art. 23-*bis*, comma 2, lett. *b*).

Dopo l'abrogazione dell'art. 23-*bis*, il nuovo art. 4 del d.l. 138/2011 ha ripreso le disposizioni contenute nella norma abrogata e nell'art. 6 del regolamento di attuazione.

Il comma 14 riafferma la regola generale secondo cui le società *in house* e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, sono soggette, per l'acquisto di beni e servizi, alle disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici, con conseguente obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica.

Il comma 15 prevede invece che l'esenzione di cui all'art. 32, comma 3, del medesimo codice, limitatamente alla gestione dei servizi per i

(48) G. Guzzo, *La nuova disciplina "dualistica" dei s.p.l. di rilevanza economica e il nodo gordiano delle società miste alla luce della comunicazione dell'Acqm del 16 ottobre 2008 e dell'art. 2 della bozza dell'emanando regolamento di attuazione*, in www.tessarolo.it, 31 marzo 2009.

quali le società indicate al comma 1, lett. c) sono state specificamente costituite, si applichi ove, accanto alle condizioni previste ai nn. 2 e 3, ricorra anche una terza condizione, ovvero che la selezione del socio privato sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento⁴⁹.

Tale condizione pare più restrittiva, e quindi derogatoria, rispetto a quella indicata dall'art. 32, comma 3, n. 1, del d.lgs. 163/2006. Mentre quest'ultima norma parrebbe prevedere che l'eccezione si applichi alle società miste costituite sia con gara a doppio oggetto, secondo la disciplina prevista allora dall'art. 113 del d.lgs. 267/2000, sia con gara ad oggetto unico, la norma in esame parrebbe avere come destinatarie esclusivamente le società miste costituite con gara ad oggetto unico. In questo senso, essa sembrerebbe motivata da un intento spiccatamente pro-concorrenziale, circoscrivendo la deroga ad un numero più ristretto di soggetti in grado di soddisfare le condizioni ivi previste.

(49) A. AVINO, *Quale destino per le società miste alla luce dell'art. 4 del d.l. 138/2011?*, in www.tessarolo.it, 9 settembre 2011. L'autore osserva che "dal che deriva che, nell'ipotesi in cui la gara abbia avuto per oggetto solamente la qualità di socio e, quindi, non anche l'attribuzione al socio privato di specifici compiti operativi, la società mista sarà pur sempre legittimamente costituita, ma non andrà esente dall'applicazione del codice dei contratti pubblici".

Alcune recenti questioni a proposito di controllo delle società partecipate da parte degli enti pubblici soci

Francesca Palazzi

Sommario

1. I controlli sulle società partecipate nel disegno di legge cd. Carta delle autonomie – 2. Il controllo da parte dell'ente pubblico socio nella giurisprudenza amministrativa: il sistema delle nomine.

1. I controlli sulle società partecipate nel disegno di legge cd. Carta delle autonomie

La progressiva diffusione del modello societario, quale strumento per la gestione di servizi pubblici locali, ha determinato un'attenzione sempre più crescente in merito alla individuazione degli strumenti più idonei a consentire agli enti locali di controllare concretamente le società incaricate di svolgere servizi di fondamentale rilevanza per la collettività.

Sotto questo profilo, la necessità di regole che garantiscano all'ente locale un effettivo controllo sulle società partecipate, è alla base di una nuova norma, rubricata "Controlli sulle società partecipate", contenuta nel disegno di legge cd. Calderoli (S 2259), attualmente in corso di esame presso la Commissione Affari costituzionali del Senato¹.

(1) Il disegno di legge "Individuazione delle funzioni fondamentali di Province e Comuni, semplificazione dell'ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali. Riordino di enti ed organismi decentrati" è stato approvato dalla Camera dei deputati, in prima lettura, il 30 giugno 2010 e trasmesso al Senato il 2 luglio 2010, dove è stato assegnato alla Commissione Affari costituzionali, in sede referente. In seno alla Commissione è stato istituito, nella seduta del 5 aprile 2011, un comitato ristretto con l'incarico di svolgere un esame preventivo degli emendamenti in modo da pervenire a una serie di proposte, possibilmente condivise, per modificare il testo approvato dalla Camera dei deputati.

In particolare, l'art. 24, comma 2, del disegno di legge sostituisce l'art. 147 del d.lgs. 267/2000, dedicato ai controlli interni negli enti locali, con i nuovi articoli da 147 a 147-*sexies*; tra questi, l'art. 147-*quater* disciplina i controlli sulle società partecipate².

Il comma 1 prevede che l'ente locale definisca un sistema di controlli sulle società partecipate dallo stesso ente locale e che tali controlli siano esercitati dalle strutture proprie dell'ente, che ne sono responsabili. A tal fine, il comma 2 demanda all'amministrazione locale:

– la definizione preventiva degli obiettivi gestionali a cui deve tendere la società partecipata, secondo *standard* qualitativi e quantitativi; la norma fa riferimento all'art. 170, comma 6, del d.lgs. 267/2000 che rimette alla Relazione previsionale e programmatica dell'ente locale (allegata al bilancio annuale di previsione) la fissazione degli obiettivi che a livello gestionale si intendono raggiungere, sia in termini di bilancio, che in termini di efficacia, efficienza ed economicità del servizio;

– l'organizzazione di un idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra ente proprietario e società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa delle società, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica; a tal proposito, si ricorda che già il d.lgs. 267/2000 prevede, all'art. 172, lett. *b*), che tra gli allegati al bilancio di previsione dell'ente locale, vi siano le risultanze dei rendiconti o conti consolidati delle società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici, relativi al penultimo esercizio antecedente quello a cui il bilancio si riferisce³;

(2) Si segnala che il contenuto della disposizione in esame (art. 24 del disegno di legge cd. Calderoli) è stato riprodotto nell'art. 7 dell'A.S. 2156, recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" ma poi successivamente stralciato, prima della sua approvazione in Senato il 15 giugno 2011; attualmente è in corso di esame alla Camera, dove è stato assegnato alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia, in sede referente, il 21 giugno 2011.

(3) Su questa materia dovrebbe intervenire, pertanto, la delega al governo per l'adozione di un decreto legislativo recante la "Carta delle autonomie locali" per il coordinamento delle nuove disposizioni con la legislazione vigente (cfr. art. 13 del d.d.l. Calderoli).

– il monitoraggio periodico, in base alle suddette informazioni, sull'andamento delle società partecipate, l'analisi degli scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati e l'individuazione delle opportune azioni correttive, anche in riferimento a possibili squilibri economico-finanziari rilevanti per il bilancio dell'ente.

Il comma 4, infine, prevede che i risultati complessivi della gestione dell'ente locale e delle aziende partecipate siano rilevati mediante bilancio consolidato, secondo il principio della competenza economica. In base a quanto stabilito dal nuovo art. 147-*sexies*, l'applicazione dell'art. 147-*quater* è obbligatoria solo per i Comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti e per le Province.

L'introduzione del controllo sulle società partecipate è forse l'elemento più innovativo della più ampia riforma dedicata ai controlli negli enti locali, legato alla necessità, sempre più avvertita, di mantenere sotto controllo il rispetto degli equilibri finanziari, anche ai fini della realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica di cui al patto di stabilità interno. Da questo punto di vista, il tema delle società partecipate da enti pubblici non può che rivestire indubbia rilevanza, considerato che non di rado le situazioni di dissesto o comunque di rilevante squilibrio nascono proprio da circostanze che vedono coinvolte società di servizi partecipate da enti pubblici.

Secondo la nuova formulazione dell'art. 147 del d.lgs. 267/2000, gli enti locali devono individuare strumenti e metodologie adeguati a garantire, tra i vari obiettivi, proprio gli equilibri finanziari della gestione (cfr. lettera *d*) del nuovo art. 147 cit., come sostituito dall'art. 24, comma 2, del d.d.l. cd. Calderoli). A tal fine, si prevede che l'organo esecutivo approvi, con propria deliberazione, ricognizioni periodiche degli equilibri finanziari, da effettuare con cadenza trimestrale, con la precisazione che "le verifiche periodiche valutano l'andamento economico-finanziario degli organismi gestionali esterni negli effetti che si determinano per il bilancio finanziario dell'ente". Le successive lettere, *e*) ed *f*), stabiliscono che i controlli interni sono finalizzati anche a verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità degli organismi gestionali esterni all'ente ed a garantire il controllo della qualità dei servizi erogati, sia direttamente, sia mediante organismi gestionali esterni, con l'impiego di metodologie dirette a misurare la soddisfazione degli utenti.

È certamente ancora prematuro svolgere considerazioni sulle potenzialità insite nello schema normativo, trattandosi, tra l'altro, di un disegno di legge la cui approvazione in via definitiva appare oggi molto incerta; infatti, parti rilevanti dell'impianto legislativo sono state fatte confluire nelle più recenti manovre economiche approvate dal governo, determinando così un sostanziale svuotamento dei suoi contenuti⁴. In questa sede, preme solo evidenziare che la nuova normativa, prendendo atto della rilevanza del fenomeno societario nella gestione dei servizi pubblici, valorizza l'autonomia normativa ed organizzativa degli enti locali, demandando loro l'individuazione di strumenti e metodologie idonei a perseguire gli obiettivi sopra descritti.

2. Il controllo da parte dell'ente pubblico socio nella giurisprudenza amministrativa: il sistema delle nomine

La nuova prospettiva di attuazione della riforma dei controlli interni, potrebbe rappresentare l'occasione per introdurre nuove regole, a livello locale, volte a disciplinare le molteplici forme di relazione che si possono instaurare tra le amministrazioni locali e le società dalle stesse partecipate; nel frattempo, una rilevante opera di supplenza è svolta, come da tradizione, dalla giurisprudenza, sempre più spesso – in modo esponenziale rispetto alla crescita del fenomeno – chiamata a dirimere controversie in materia societaria, anche sotto il profilo del controllo da parte dell'ente pubblico socio.

Per questo, si ritiene utile focalizzare l'attenzione su un particolare profilo, indubbiamente finalizzato a consentire ai soci pubblici una reale incidenza sulle scelte decisionali delle società. Ci si riferisce, in particolare, al potere di nomina (e revoca) dei rappresentanti comunali presso gli organi delle società partecipate.

(4) Il riferimento è alle misure contenute: *a*) nella legge 191/2009 (legge finanziaria 2010) sul difensore civico, sulle circoscrizioni di decentramento comunale, sul direttore generale, sui consorzi di funzioni e sulle comunità montane; *b*) nel d.l. 78/2010, convertito in legge 122/2010, sulle indennità agli amministratori locali e sull'esercizio obbligatorio in forma associata delle funzioni fondamentali degli enti locali, come modificate dalla successiva manovra approvata con d.l. 98/2011, convertito in legge 111/2011; fino alle misure contenute nella cd. manovra di ferragosto (d.l. 138/2011, convertito in legge 148/2011), sulla riduzione dei costi relativi alla rappresentanza politica nei Comuni e sulla razionalizzazione dell'esercizio delle funzioni comunali (cfr. art. 16).

Tale potere, attribuito al sindaco dall'art. 50, comma 8, del d.lgs. 267/2000, continua a sollevare, nella prassi applicativa, diverse problematiche interpretative, a partire dalla qualificazione della natura di tale potere (privatistica o pubblicistica), con le conseguenze che ne derivano sotto il profilo della giurisdizione sulle relative controversie. Al riguardo, una sentenza del giudice amministrativo (cfr. TAR Puglia, Lecce, sez. I, 24 febbraio 2010, n. 622), esaminando i decreti di nomina dei componenti del Collegio sindacale di una società *in house*, ha evidenziato che il potere attribuito al sindaco di provvedere alla nomina, ai sensi dell'art. 50, comma 8, del d.lgs. 267/2000, dei rappresentanti del Comune presso enti, aziende ed istituzioni – come affermato dalla giurisprudenza amministrativa (TAR Reggio-Calabria, 9 maggio 2005, n. 387; Cons. St., sez. V, 12 agosto 2002, n. 5552) – sussiste innanzitutto nelle ipotesi di rapporto di “strumentalità” o “subordinazione” esistente tra il Comune e l'ente nei cui confronti la nomina ha effetto, che caratterizza, appunto, le società *in house*.

In questi casi il Comune agisce, in occasione della nomina dei predetti organismi societari, non come socio ma come autorità pubblica preposta al controllo ed al coordinamento della società, a nulla rilevando il richiamo nelle disposizioni statutarie della norma di cui all'art. 2449 c.c.

Risponde inoltre a canoni di coerenza e logicità il fatto che, se il rapporto tra i due enti deve essere ricondotto ad un modello organizzativo di dipendenza organica (simile a quello che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione) e dunque di derivazione pubblicistica, allo stesso modo gli atti organizzativi, ossia quegli atti attraverso i quali tale rapporto va regolato (e tra questi le nomine dei membri della società), debbono essere concepiti secondo analoghi schemi di diritto pubblico. Del resto, appare ormai radicata la tendenza a sottoporre alle regole del diritto amministrativo organismi formalmente privati ma sostanzialmente pubblicistici: e ciò per quanto riguarda il rispetto sia dei criteri di evidenza pubblica per la scelta dei contraenti, sia del principio di concorsualità per il reclutamento del personale (cfr. art. 18 del decreto legge 112/2008). Pertanto, è da ritenere coerente con siffatto orientamento la scelta di procedere alla nomina dei membri degli organi di

amministrazione e di controllo delle stesse società mediante l'utilizzo di schemi decisionali propri del diritto amministrativo, ossia attraverso l'adozione di atti provvedimenti ed autoritativi.

Ne deriva che, poiché gli atti di nomina di cui al citato art. 50 sono pacificamente annoverati tra gli atti cd. di alta amministrazione (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. II, 15 maggio 2006, n. 1759), le sottese posizioni eventualmente vantate dai singoli interessati avranno consistenza di interesse legittimo, con ogni conseguenza in termini di giurisdizione del giudice amministrativo.

Inoltre, secondo un indirizzo pressoché unanime in giurisprudenza, la norma contenuta nell'art. 50, comma 8, d.lgs. 8 agosto 2000, n. 267 – in forza del quale “sulla base degli indirizzi stabiliti dal Consiglio il sindaco e il presidente della Provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del Comune e della Provincia presso enti, aziende ed istituzioni” – non si limita a fissare, nella materia, le attribuzioni del sindaco e del presidente della Provincia, ma definisce anche la regola, di portata generale (e prevalente sulle norme statutarie anteriori dei diversi enti, aziende e istituzioni, eventualmente difformi), secondo cui le nomine e le designazioni di rappresentanti delle amministrazioni locali presso altri enti, rispettivamente, di competenza del sindaco e del presidente della Provincia, devono considerarsi di carattere fiduciario, nel senso che riflettono il giudizio di affidabilità espresso attraverso la nomina, ovvero la fiducia sulla capacità del nominato di rappresentare gli indirizzi di chi l'abbia designato, orientando l'azione dell'organismo nel quale si trova ad operare in senso quanto più possibile conforme agli interessi di chi gli abbia conferito l'incarico (cfr. Consiglio di Stato, 12 novembre 2009, n. 7024).

Sulla base di tale premessa, è stato affermato che la cessazione del mandato del sindaco e del presidente della Provincia e lo scioglimento del Consiglio comunale finiscono col travolgere tutte le nomine effettuate durante il mandato elettivo, in applicazione della regola di diritto comune, che esige non solo che i poteri del rappresentante siano conferiti dal rappresentato, ma anche che persista il rapporto fiduciario fra l'uno e l'altro.

Pertanto, a seguito del mutamento degli organi elettivi, deve ritenersi

legittimo il provvedimento del sindaco che dispone la revoca di rappresentanti del Comune in seno al Collegio sindacale di una società a partecipazione pubblica per la gestione di servizi comunali, sul presupposto del venir meno del vincolo fiduciario, considerato che anche la posizione del componente del Collegio sindacale della s.p.a. con partecipazione pubblica viene ad essere caratterizzata dal rapporto fiduciario, atteso che detto soggetto è chiamato ad esercitare la sua funzione tecnica in sinergia con gli interessi dell'ente che gli ha conferito l'incarico, quali legittimamente espressi dagli organi rappresentativi che sono scelti dai cittadini ad ogni tornata elettorale (cfr. TAR Trentino-Alto Adige, Trento, 12 luglio 2007, n. 131).

Di estremo interesse, sotto il profilo dei rapporti fra ente controllante ed ente controllato, con particolare riferimento alle modalità del controllo, è anche il parere reso al Comune di Milano dalla Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia (n. 228/2010) che afferma la compatibilità dell'incarico di presidente del consiglio di amministrazione di una società partecipata dall'ente, che opera secondo il meccanismo dell'*in house*, con quello di segretario del Comune socio di riferimento; nel parere viene precisato che il sindaco, prima di procedere alla nomina, dovrà valutare che l'incarico non pregiudichi: – il mantenimento del livello quantitativo e qualitativo dell'attività istituzionale del segretario, sia in relazione alle funzioni che devono essere svolte nell'ente di appartenenza che quelle connesse all'incarico da assumere; – la funzione di garanzia della trasparenza ed imparzialità che caratterizza l'attività del segretario comunale ai sensi dell'art. 97, comma 2, d.lgs. 267/2000. Prima della nomina, è necessario che la valutazione del sindaco investa anche il profilo che l'incarico di amministrazione nella società *in house* non comporti l'insorgenza di conflitto di interesse tra attività societaria ed istituzionale.

La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti

Antonella Sau

Sommario

1. Gli incerti confini della responsabilità amministrativa per danni cagionati alle società pubbliche – 2. La pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, 19 dicembre 2009, n. 26806.

1. Gli incerti confini della responsabilità amministrativa per danni cagionati alle società pubbliche

La progressiva estensione dei confini della giurisdizione contabile¹ che si è registrata negli ultimi anni è diretta conseguenza delle profonde trasformazioni che hanno riguardato nel nostro ordinamento tanto l'organizzazione che l'attività amministrativa.

Il ricorso sempre maggiore a soluzioni organizzative esterne all'amministrazione, nella forma di società miste pubblico-private e più recentemente *in house providing*, ha infatti posto in primo piano il tema della responsabilità amministrativa connessa alla cattiva gestione del-

(1) Sulla natura giuridica e sui requisiti strutturali della responsabilità amministrativa, tenendo conto delle sole opere successive alla legge di riforma del 1994, si consente di rinviare, senza alcuna pretesa di esaustività a: O. SEPE, *La giurisdizione contabile*, Padova, CEDAM, 1997; F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, CEDAM, 1997; F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 1998; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, Giappichelli, 2002; P. MADDALENA, *Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa nell'attuale evoluzione del diritto amministrativo*, Roma, 2001; E.F. SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002; A. PAJNO, *Il Rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 4, p. 954 ss.; P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2008.

le risorse pubbliche ad esse affidate, dilatando i confini di un istituto che nella legge di contabilità di Stato riguardava esclusivamente l'amministrazione ed il soggetto ad essa legata da un "rapporto organico di impiego".

Sebbene sia del tutto legittimo il timore che l'utilizzo da parte della pubblica amministrazione di formule organizzative di diritto privato consenta di eludere qualsiasi forma di controllo circa il corretto utilizzo di denaro e risorse pubbliche e sia pertanto ragionevole che le società cui l'amministrazione ricorra per lo svolgimento di attività rispondenti ai propri fini istituzionali debbano essere soggette a forme di controllo sulla corretta gestione di tali risorse, la scelta del giudice civile di risolvere tali problemi allargando le "maglie" della responsabilità amministrativa non appare del tutto esente da critiche.

Non lo è, innanzitutto, nella misura in cui configura una responsabilità per danno erariale a carico delle società a partecipazione pubblica nei confronti degli enti partecipanti in ragione del solo utilizzo di risorse pubbliche e prescindendo da un'attenta analisi della natura dell'attività svolta, sino ad estendere la giurisdizione contabile anche ad imprese private destinatarie di finanziamenti pubblici che si rendano responsabili di una cattiva gestione delle medesime².

E non lo è, a maggior ragione, nel momento in cui considerando tali società veri e propri soggetti di diritto pubblico configura in capo ai relativi dipendenti e amministratori un'ipotesi di responsabilità erariale per il danno arrecato al patrimonio societario³.

Si tratta con tutta evidenza di due profili differenti, che tuttavia testimoniano la tendenza nel nostro ordinamento a separare la "veste giu-

(2) Corte conti, sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114; Corte Cass., sez. un., 5 giugno 2008, n. 14825, in *Riv. Corte conti*, 2008, 3, p. 276 ss.

(3) Cfr. C. PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2004; L. TORCHIA (a cura di), *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, in www.astrid-online.it, settembre 2008; M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 2008; P. TESAURO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica a seguito della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in www.giustamm.it, 2010, 7.

ridica” dalla “disciplina sostanziale applicabile” al fine di far prevalere la forma (pubblica) sulla sostanza (privata).

Relativamente al primo dei due profili la Corte di Cassazione, che sin dagli anni cinquanta ritiene assoggettabili al giudizio contabile non solo i soggetti legati alla amministrazione da un rapporto di impiego ma anche quelli che per i quali è configurabile un “rapporto di servizio”⁴, al fine di estendere la responsabilità amministrativa alle società partecipate ha interpretato in termini sempre più estensivi il concetto di “rapporto di servizio” fino a ritenere del tutto “irrelevante il titolo in base al quale la gestione del denaro pubblico viene svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto privato”⁵.

In altri termini il *discrimen* tra giurisdizioni è stato progressivamente spostato dalla natura del soggetto alla natura degli scopi perseguiti e del danno cagionato⁶.

In tale ottica, superando l’annosa questione sulla configurabilità o meno della giurisdizione contabile sugli enti pubblici economici, la Cassazione con ordinanza 22 dicembre 2003, n. 19667⁷, ha giudicato del tutto irrilevante al fine del riparto di giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa l’utilizzazione di strumenti privatistici, ritenendo che si possa parlare correttamente di attività amministrativa “non solo quando [l’amministrazione] esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi ma anche quando persegue le proprie finalità istituzionali mediante un’attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato”. Recentemente la Corte, dilatando ancora la nozione di “rapporto di servizio”, è arrivata a configurarlo in *senso lato* ogniqualvolta un sog-

(4) Corte Cass., sez. un., 5 febbraio 1969, n. 363, in *Foro amm.*, 1969, 1, II, p. 124 ss.

(5) *Ex multis*: Corte Cass., sez. un., ord. 1° marzo 2006, n. 4511, con nota di G. D’AURIA, *Finanziamenti pubblici a privati e responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 9, p. 969 ss.; Corte Cass., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2675; Corte conti, sez. giur. Lombardia, 21 dicembre 2006, n. 712 e Corte conti, sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114, entrambe in www.corteconti.it.

(6) Corte Cass., ord., sez. un., 1° marzo 2006, n. 4511, cit.

(7) Per un commento della sentenza cfr. R. Ursti, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori degli enti pubblici*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 2, p. 695.

getto sia “compartecipe di un’attività amministrativa” e quindi, benché estraneo all’organizzazione amministrativa, venga investito anche di fatto dello svolgimento in via continuativa di una determinata attività in favore della pubblica amministrazione e per ciò stesso inserito nella sua organizzazione⁸.

Non sembra quindi rilevare al fine del radicamento della giurisdizione contabile né la natura pubblica o privata del soggetto (persona fisica o giuridica, ente pubblico economico e non, società pubblica, mista o *in house providing*⁹) né tantomeno la natura dello strumento con il quale il rapporto di servizio tra il soggetto e l’amministrazione viene costituito (provvedimento di concessione, convenzione, contratto d’appalto) e disciplinato, purché da ciò consegua “l’inserimento funzionale ancorché temporaneo del soggetto nell’apparato organizzativo della pubblica amministrazione”¹⁰ e anche se difetti una gestione del denaro secondo moduli contabili di tipo pubblico o secondo modalità di rendicontazione proprie della giurisdizione contabile in senso stretto¹¹.

Anche a voler condividere tale tesi, perplessità ancora maggiori suscita il salto logico compiuto dalla Consulta, seguita a ruota dal giudice contabile, che sulla base di una presupposta (e non dimostrata) equivalenza tra società pubbliche ed enti pubblici, suffragata da alcuni “indici di pubblicità” (natura di servizio pubblico dell’attività svolta,

(8) Corte Cass., sez. un., ord. 3 luglio 2009, n. 15599, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1534 ss.

(9) Per un’analisi dei più recenti orientamenti in materia di società *in house providing* oltre al contributo ivi pubblicato di C. ALBERTI, *Le società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, si consenta di rinviare a G. PIPERATA, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello “a mosaico” della società in house*, in *Le Regioni*, 2009, 3-4, p. 651 ss.

(10) Tra le tante, si rinvia a: Corte Cass., sez. un., 4 dicembre 2009, n. 25495, in *Mass.*, 2009, p. 1491; Corte Cass., 3 luglio 2009, n. 15599, cit.; Corte Cass., 31 gennaio 2008, n. 2289, in *Mass.*, 2008, p. 183; Corte Cass., 1° aprile 2008, n. 8409, in *Riv. Corte conti*, 2008, 2, p. 322 ss.; Corte Cass., 22 febbraio 2007, n. 4112, in *Foro it.*, 2008, I, c. 190 ss.; Corte Cass., sez. un., 27 febbraio 2006, n. 20886, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2483 ss.; Corte Cass., 20 ottobre 2006, n. 22513, in *Riv. Corte conti*, 2006, 5, p. 182 ss.; Corte Cass., 19 febbraio 2004, n. 3351, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2676 ss.

(11) Sul punto si rinvia a Corte Cass., sez. un., 12 ottobre 1004, n. 20132, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2674 ss.

esercizio di poteri autoritativi da parte della società nei confronti di terzi, la sussistenza di poteri speciali riconosciuti in favore dell'azionista pubblico) che al massimo possono giustificare l'esistenza di un rapporto di servizio tra la società e l'ente pubblico al fine del primo dei due profili analizzati e non certo dimostrare la natura "pubblica" delle società, ha esteso la giurisdizione della Corte dei conti anche ai giudizi di responsabilità promossi nei confronti di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica locale, per danni cagionati al patrimonio della società e quindi indirettamente al patrimonio dell'ente locale socio¹².

A prescindere dalla fondatezza dell'equazione società partecipe-enti pubblici su cui si fonda il riconoscimento della giurisdizione contabile, tra l'altro piuttosto controversa tanto in dottrina che in giurisprudenza, ciò che stupisce maggiormente di tale orientamento giurisprudenziale è l'apparente "leggerezza" con cui si snatura un modello (quello delle società) al solo fine di supplire l'incapacità del socio pubblico di controllare l'azione societaria sulla quale sarebbe invece tenuto a vigilare nell'esercizio dei poteri tradizionali di controllo riconosciuti dal diritto societario.

2. La pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, 19 dicembre 2009, n. 26806

Tale ultimo orientamento, che non ha mancato di suscitare aspre critiche nella dottrina, è stato sconfessato dalle Sezioni Unite della Cassazione, 19 dicembre 2009, n. 26806¹³, che pur riconosciuta la

(12) Corte Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, cit.; Corte Conti, sez. I giur. centr., 3 dicembre 2008, n. 532/A, in *Riv. trim. app.*, 2009, 3, p. 633 ss., con nota di A. SAU, *La responsabilità amministrativa per danno erariale di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica*, p. 684 ss., cui si consenta di rinviare per un'analisi più approfondita dell'iter logico-argomentativo seguito dalla Corte.

(13) Pubblicata in www.corteconti.it e commentata da G.F. CARTEI, P. CREA, *La Cassazione, le società partecipe e la responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, p. 935 ss.; G. D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1477 ss. Con motivazioni sostanzialmente identiche anche Corte Cass., sez. un., ord. 15 gennaio 2010, n. 519-525; Corte Cass., 23 febbraio 2010, n. 4309, in www.giustamm.it; Corte Cass., sez. un., 5 luglio 2011, n. 14655, in www.tessarolo.it.

responsabilità erariale di amministratori e dipendenti di società per azioni in mano pubblica nei confronti del socio pubblico in ragione dell'irrelevanza della natura pubblica o privata sia del modello organizzativo che degli strumenti operativi prescelti dall'amministrazione per lo svolgimento delle proprie attività istituzionali, arriva ad una opposta conclusione nel caso in cui l'azione di responsabilità sia proposta per reagire ad un danno cagionato al patrimonio della società. A prescindere da ogni considerazione sulla natura giuridica della società partecipata, le Sezioni Unite della Cassazione ritengono che nel caso in cui il patrimonio della società sia stato leso da un atto di *mala gestio* di un amministratore o di un componente di un organo di controllo non si possa nemmeno parlare di danno erariale, inteso come "pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico socio" in quanto "la ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente: che è e resta privato".

Siamo quindi in presenza di un "danno sofferto da un soggetto privato (la società) riferibile al patrimonio appartenente a quel soggetto e non certo ai soci, pubblici o privati, i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale" e l'unico soggetto legittimato a dolersi dei danni sociali è la società stessa secondo l'azione di responsabilità sociale di cui all'art. 2393 c.c. "di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera in diretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio". Tanto più, ricorda la Suprema Corte, che nell'attuale disciplina societaria l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità in caso di *mala gestio* imputabile agli organi della società non è più monopolio dell'assemblea dei soci ma può essere proposta anche da una minoranza qualificata (art. 2393-*bis* c.c.) e anche da ciascun socio nel caso di società a responsabilità limitata.

Ne consegue che il socio pubblico è in grado, ricorrendo agli ordinari strumenti civilistici, di tutelare i propri interessi economici.

Ciò non toglie che a fronte di un comportamento inerte del rappresentante dell'ente socio che abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione, possa ancora radicarsi un'azione di responsabilità contabile.

Si tratta in tal caso di un'azione di responsabilità contabile non a carico dell'amministratore della società partecipata per il danno cagionato al patrimonio sociale ma dell'amministratore dell'ente socio per il danno cagionato direttamente all'ente.

Si attribuisce così al giudizio contabile il compito di sanzionare quelle amministrazioni/amministratori inerti che non si attivano nei confronti dei privati attraverso i quali hanno scelto di operare, cagionando (in ragione di ciò) un "danno pubblico" e quindi quel pregiudizio alle risorse pubbliche che legittima l'azione contabile.

L'unico aspetto che sembra però non essere stato approfondito con la dovuta attenzione dalla giurisprudenza citata e che viceversa dovrebbe rappresentare il vero *discrimen* tra giurisdizione contabile e ordinaria per quanto concerne la responsabilità della società pubblica (e dei suoi amministratori) nei confronti dell'ente socio riguarda la natura dell'attività effettivamente svolta dal soggetto privato, imprenditoriale o amministrativa, strumentale o esecutiva delle finalità istituzionali dell'ente partecipante, a prescindere dai meccanismi di relazione tra società ed ente e dall'entità della partecipazione pubblica, maggioritaria o minoritaria¹⁴.

(14) Dello stesso avviso L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 7, p. 791 ss., la quale per il radicamento della responsabilità amministrativa rinvia ad una "definizione aggiornata e moderna del criterio dell'attività svolta", rifacendosi alla distinzione operata dalla Corte costituzionale (sentenze 6 agosto 2008, n. 326 e 13 maggio 2009, n. 148) tra "attività amministrativa in forma privatistica" e "attività di impresa di enti pubblici" la quale consente di "guardare alla sostanza della società, non però attraverso la lente deformante dell'interesse pubblico che tutto in sé ingloba, ma riferendosi alla natura dell'attività svolta, imprenditoriale o amministrativa, e alla sua collocazione rispetto all'amministrazione" (pp. 797-798); analogamente M. DUGATO, M.G. CAVALLARI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale nelle società partecipate dagli enti pubblici*, in *Responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro*, a cura di V. CASTIGLIONE e A. PIZZOFRERATO, Padova, CEDAM, 2009, p. 91 ss., in particolare p. 104; G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in www.giust-amm.it, 2008, 6.

La realtà è che non esiste un solo modello di società pubblica ma tanti diversi tipi di società pubbliche, alcune delle quali proprio in virtù dell'attività svolta sono pacificamente assoggettabili alla giurisdizione contabile (società *in house providing*¹⁵, società strumentali¹⁶, società che svolgono attività amministrativa in senso stretto, società caratterizzate da un regime legale *sui generis* come la RAI¹⁷) ed altre che non lo dovrebbero essere (società partecipate che operano nel mercato alla stregua di un qualsiasi imprenditore privato).

Ne consegue quindi che il problema della sussistenza o meno della giurisdizione contabile va necessariamente "risolto esaminando caso per caso se la società per azioni sia un soggetto non solo formalmente ma anche sostanzialmente privato ovvero se essa sia un mero modello organizzatorio del quale si avvalga la pubblica amministrazione al fine di perseguire le proprie finalità"¹⁸, al fine di ricomporre quella

(15) Con riferimento ad una condotta illecita posta in essere da amministratori e dirigenti di una società *in house providing* si registra la recente pronuncia della Corte dei conti, sez. giur. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327, in www.giustamm.it, per la quale "ferma restando l'autonomia imprenditoriale delle aziende *in house* sussiste una sostanziale coincidenza tra il patrimonio del Comune e quello dell'azienda, cosicché ogni illecita riduzione di quest'ultimo, anche sotto il mero profilo di sottrarre al Comune conferente le disponibilità che avrebbe potuto diversamente utilizzare, determina un'ipotesi di responsabilità amministrativa rientrante, come tale, nell'ambito della giurisdizione contabile".

(16) Sul concetto di strumentalità cfr. M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in ID. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 362 ss.; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, CEDAM, 2008, 41 ss. In giurisprudenza, per tutte: TAR Lazio, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514, in www.giustizia-amministrativa.it.

(17) Corte Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092, in www.giustamm.it, che attribuisce al giudice contabile la giurisdizione in ordine alla responsabilità degli amministratori della RAI per gli atti di *mala gestio* compiuti dagli stessi ai danni della società che, in ragione del suo statuto normativo, viene qualificata come organismo di diritto pubblico; con analoghe argomentazioni per i dipendenti di ENAV s.p.a. Corte Cass., sez. un., 3 marzo 2010, n. 5032, in www.giustizia.it.

(18) Così Corte Cass., sez. un., 9 maggio 2011, n. 10063, in www.corteconti.it, che nel caso della società consortile per azioni *Expo Challenge 2008*, costituita interamente da enti pubblici per perseguire finalità proprie degli stessi, ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti per i danni subiti dall'ente a causa della *mala gestio* dei suoi organi sociali.

frattura tra “modello giuridico” e “regime giuridico” che caratterizza la storia stessa delle società in mano pubblica.

Alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali sul riparto di giurisdizione e sui regimi di responsabilità si può quindi concludere che gli amministratori delle società pubbliche “di diritto comune” rispondono al giudice ordinario sia per i danni cagionati alla società (quale che sia il *quantum* della partecipazione pubblica) che per i danni arrecati direttamente all’ente pubblico socio (salvo che, in quest’ultimo caso, il comportamento dannoso non venga posto in essere nell’ambito di un “rapporto di servizio” tra gli amministratori e l’ente configurando una responsabilità amministrativa dei primi nei confronti del secondo¹⁹), mentre rispondono dinnanzi al giudice contabile per il mancato esercizio delle azioni sociali a tutela del patrimonio sociale e quindi della quota di partecipazione dell’ente.

(19) Ravvisato dalla Corte di Cassazione nell’ipotesi in cui gli amministratori pongano in essere condotte fraudolente nei confronti della società o nel proprio personale interesse per realizzare illeciti profitti a danno dell’ente (Corte Cass., ord. 4 novembre 2009, n. 23332, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1534 ss.; Corte Cass., 26 febbraio 2004, n. 3899, cit.).

Chiara Alberti

Dottore di ricerca in Libertà fondamentali nel diritto costituzionale ed amministrativo, comparato e comunitario, Università degli studi di Trento. Funzionario della Regione Emilia-Romagna

Tommaso Bonetti

Dottore di ricerca in diritto amministrativo, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Annamaria De Michele

Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Università IUAV di Venezia

Marco Dugato

Professore ordinario di diritto amministrativo, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Francesca Palazzi

Dottore di ricerca in diritto pubblico, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna. Funzionario della Regione Emilia-Romagna

Antonella Sau

Assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso la Facoltà "Arti, Mercati e Patrimoni della cultura", Università IULM di Milano

Enrico Trenti

Dottorando di ricerca in Diritto dell'economia e delle relazioni industriali, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Carmen Vitale

Ricercatrice di diritto amministrativo, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Istituzioni del Federalismo – articolata nella Rivista e nei Quaderni – pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Segnalazioni bibliografiche.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Segnalazioni bibliografiche. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.