

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo  
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

*Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*

**Direzione scientifica**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**

Gaetano Caputi

**Redazione**

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

**FASCICOLO N. 2/2022**

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



### Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliati, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

### Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Coccozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

### Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



# Delimitazione legislativa alla partecipazione pubblica in società di capitali

di Massimiano Sciascia

(Professore straordinario di Diritto Amministrativo presso la Università Telematica Pegaso.)

## Sommario

1. Introduzione. – 2. I due limiti legislativi all'organizzazione societaria della P.A.: natura giuridica e ricadute applicative. – 3. Il limite della stretta "necessarietà" per il perseguimento di finalità istituzionali. – 4. Il limite dell'esclusività degli ambiti operativi. – 5. Le attività consentite alle società partecipate : Produzione di un servizio di interesse generale. - 6. segue : Progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma di amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 D.Lgs. 50/2016. - 7. segue : Realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 D.Lgs. 50/2016, con un imprenditore privato, selezionato con le modalità di cui all'art. 17, comma 1 e 2, T.U. - 8. segue : Autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento. - 9. segue : Servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici. - 5. Brevi considerazioni conclusive.

## Abstract

The study deepens the two legislative limits set by art. 4 of the Consolidated Text of Public Companies to the corporate organization of the P.A., analyzing its legal nature and its applications.

The first limitation is that of strict need, i.e. public institutions are allowed to set up companies or to acquire (or maintain) shareholdings only where this appears «strictly necessary» for the pursuit of their institutional purposes (art. 4, paragraph 1, Consolidated Text). On the other hand, the second limit is that of the exclusivity of those purposes, in the sense that, where strictly necessary, such corporate bodies may be set up or participated by the Public Administration «exclusively» for the performance of certain types of activities strictly listed by the legislator (art. 4, paragraph 2, Consolidated Text).

With these constraints, confirmed by constitutional jurisprudence, the legislator basically intends to avoid the danger that the use of the corporate instrument could lead to distortions of competition to the detriment of other private economic operators operating on the market, which, on the other hand, do not benefit from privileged positions resulting from public partnership.

In this way, our legislator goes far beyond what is required by Community law, which is concerned that public undertakings should not enjoy privileged schemes.

Finally, the paper analyzes the sanctions imposed by the following articles 7, paragraph 6, and 8, paragraph 2: the absence, nullity or subsequent annulment of the resolution to purchase the company's share holding renders ineffective the contract for the purchase of the same share holding. It also requires the liquidation of the stake or, in the case of an essential participation in the achievement of the object of the company, the liquidation of the entire corporate entity, expressly referring to art. 2332 civil code, as regards the nullity of the act of incorporation of public limited companies.

*\* Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*



### 1. Introduzione.

Nelle economie di mercato l'azione degli Stati moderni tende ad incidere tanto sul piano dell'efficienza che su quello della distribuzione, occupandosi così di quelle aree grigie in cui il mercato non è in grado di regolarsi da sé<sup>(1)</sup>.

L'espansione e poi la crisi delle imprese pubbliche, che ha caratterizzato in Italia la seconda metà del Novecento<sup>2</sup>, ha condotto in tempi recenti il legislatore a porre rimedi alla proliferazione in particolare di quelle in forma societaria, attraverso la previsione di limiti rigorosi, ancorché ampi, alla costituzione ed al mantenimento di esse, mutando, conseguentemente, la struttura dell'impresa pubblica e le regole gestionali della stessa.

In ultimo il Testo Unico in materia di società pubbliche di cui al Decreto legislativo 19/08/2016 n. 175 - *così come modificato ed integrato dal D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100, dalla L. 27 dicembre 2017, n. 205, dalla L. 30 dicembre 2018, n.145, dalla L. 1° ottobre 2019, n. 119 ed infine dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233 -*, se da un lato con l'art. 3 consente agli enti pubblici la partecipazione soltanto in società per azioni o a responsabilità limitata, dall'altro lato, tuttavia, anche per la costituzione o la partecipazione in società di capitali contempla obblighi e condizioni piuttosto stringenti, i quali, come ricordato dallo stesso art. 1, comma 2, sono preordinati non solo a garantire l'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, ma anche a tutelare e a promuovere l'assetto concorrenziale dei mercati ed il contenimento della spesa pubblica.

Sul regime delle società a partecipazione pubblica, sia statale che regionale o locale, avevano profondamente inciso, in passato, anche numerosi interventi legislativi che, specie a seguito dell'aggravarsi della crisi economica, avevano introdotto tutta una serie di limitazioni, orientate al contenimento della spesa pubblica e ad evitare che la partecipazione pubblica potesse essere foriera di sprechi ingiustificati di denaro o di risorse pubbliche; e che la Corte costituzionale<sup>3</sup> ha giudicato legittime proprio in ragione delle esigenze di coordinamento della finanza pubblica che esse mirano a tutelare.

In tale quadro in profonda evoluzione diviene preliminare ad ogni riflessione sulle imprese pubbliche l'esame approfondito ed analitico dei limiti posti dalla suddetta legislazione, in quanto finiscono per caratterizzare la stessa natura e capacità delle

---

<sup>1</sup> U. MATTEI, A. GALLARATI, S. PUGNO, A. ROSBOCH, *I monopoli pubblici, i giudici delle leggi e la Costituzione economica*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica ed intervento dello Stato nell'economia*, Napoli, 2006, pagg. 20 segg.

<sup>2</sup> Sulle analisi delle ragioni dell'impresa pubblica si rinvia a M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, V, Bologna, 1997; R. DI RAIMO e V. RICCIUTO, *Impresa pubblica ed intervento dello Stato nell'economia – Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

<sup>3</sup> Corte cost., sent. 7 giugno 2012, n. 148.



stesse, fornendo chiavi ermeneutiche decisive per la comprensione piena del fenomeno.

## *2. I due limiti legislativi all'organizzazione societaria della P.A.: natura giuridica e ricadute applicative.*

Tali limiti sono oggi compendati, riassunti e rimodulati, all'interno di un più omogeneo quadro sistematico, dall'art. 4 T.U., che, proprio per la sua centralità nel quadro delle società cc.dd. pubbliche, è stato oggetto di numerosi interventi integrativi e modificativi dalla legislazione successiva.

In particolare, il legislatore ha subordinato la possibilità per le amministrazioni pubbliche di costituire società di capitale o di assumere o mantenere partecipazioni societarie ad un duplice ordine di limitazioni di carattere generale: il primo è quello della stretta necessarietà, nel senso cioè che agli enti pubblici è consentito costituire società o assumere (o mantenere) partecipazioni societarie soltanto laddove ciò appaia «strettamente necessario» al perseguimento delle proprie finalità istituzionali (art. 4, comma 1, T.U.); il secondo è invece quello dell'esclusività di tali finalità, nel senso cioè che, laddove strettamente necessario, tali organismi societari possono essere dalla P.A. costituiti o partecipati «esclusivamente» per lo svolgimento di alcune tipologie di attività tassativamente elencate dal legislatore stesso (art. 4, comma 2, T.U. con modifiche apportate dall'art.5 co.1° lett.a) d. lgs. n.100/2017)<sup>4</sup>.

In queste due limitazioni legislative vengono compendiate, semplificate e rimodulate tutta una serie di iniziative legislative che, in passato, erano state varate per apporre limiti all'operatività, all'attività o all'oggetto sociale delle società a partecipazione pubblica, al fine di porre un freno alla loro eccessiva, indiscriminata e spesso ingiustificata proliferazione.

Con tali vincoli il legislatore intende, fondamentalmente, scongiurare il pericolo che l'utilizzo dello strumento societario possa provocare distorsioni concorrenziali a scapito degli altri operatori economici privati operanti sul mercato, che, viceversa, non beneficiano delle posizioni di privilegio derivante dalla compartecipazione pubblica.

Queste disposizioni discendono da un atteggiamento del legislatore italiano di sfavore nei confronti dell'impresa pubblica, che va ben oltre quanto richiesto dal diritto comunitario, che invece assume un atteggiamento di completa neutralità tra proprietà pubblica e proprietà privata delle imprese. Ciò che conta per il diritto

---

<sup>4</sup> Dall'ambito di applicazione delle limitazioni sancite dall'art. 4 T.U., sono escluse le società elencate nell'allegato A, nonché le società aventi come oggetto sociale esclusivo la gestione di fondi europei per conto dello Stato o delle Regioni, ovvero la realizzazione di progetti di ricerca finanziati dalle istituzioni dell'Unione europea (art. 26, comma 2, T.U.). Vi sono altresì escluse le società destinatarie dei provvedimenti di cui al D. Lgs. 159/2011 (codice antimafia), nonché la società di cui all'art. 7 D.L. 59/2016 (art. 26, comma 12-bis, T.U.).



comunitario è soltanto che l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati (art. 106 del Trattato TFUE) a scapito dei principi della libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali (artt. 49 e 63 TFUE), strumentali all'apertura dei mercati alla concorrenza.

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito come le esigenze di implementazione del livello di concorrenzialità dei mercati possono legittimare interventi del legislatore statale non solo in direzione dello smantellamento di ingiustificati privilegi riservati ad alcuni operatori economici, ivi compreso quello pubblico; ma anche in direzione dell'introduzione di misure che, benché non imposte dal diritto comunitario (che fissa infatti soltanto lo *standard* minimo di tutela), sono comunque preordinate ad assicurare maggiori livelli di tutela della concorrenza<sup>5</sup>.

La violazione dei limiti posti dall'art. 4 T.U. riceve sanzione dai successivi art. 7, comma 6, e art. 8, comma 2: l'assenza, la nullità o il successivo annullamento della delibera di acquisto della partecipazione societaria rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima ed impone la messa in liquidazione della partecipazione o, in caso di partecipazione essenziale al conseguimento dell'oggetto sociale, la messa in liquidazione dell'intero ente societaria, espressamente richiamando l'art. 2332 c.c., in materia di nullità dell'atto costitutivo delle società per azioni. Viene in questo modo recepito quell'orientamento giurisprudenziale<sup>6</sup> che, con riferimento alla sorte dell'atto costitutivo in caso di annullamento degli atti di gara per la scelta del socio privato, reputando inapplicabile il regime dettato dagli artt. 121 e ss. c.p.a.<sup>7</sup>, aveva già a suo tempo ritenuto che ciò determinasse l'impossibilità per la società di operare secondo l'originario progetto statutario e, quindi, di conseguire il proprio oggetto sociale: l'annullamento dell'atto amministrativo "a monte dell'atto costitutivo" avrebbe determinato l'impossibilità sopravvenuta dell'oggetto sociale. Sicché, la società "mista", ancorché giuridicamente esistente (in quanto non ancora cancellata dal registro delle imprese), è da considerarsi sciolta e collocata in liquidazione, non essendo più in condizione di perseguire lo scopo per cui era stata creata; la sua estinzione consegue

<sup>5</sup> In tal senso, con riferimento alla materia dei servizi pubblici locali, v. Corte cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325.

<sup>6</sup> Espresso a partire da Cass. civ., SS.UU., sent. 30 dicembre 2011, n. 30167.

<sup>7</sup> La privazione di effetti di un contratto societario (e dei rapporti che allo stesso conseguono) non è in alcun modo assimilabile a quella del contratto di appalto pubblico: a differenza della stipulazione di un contratto di appalto pubblico, la costituzione (pur invalida) di una società di capitale e la sua obbligatoria iscrizione nel registro delle imprese comporta la nascita di un nuovo soggetto giuridico autonomo, la cui attività e le cui vicende soggettive sono interamente assoggettate alla disciplina del diritto societario. L'accertata violazione delle regole da seguire nel procedimento di scelta del socio privato non è in grado di incidere direttamente sull'esistenza giuridica della società di capitali che, a seguito dell'avvenuta iscrizione nel registro delle imprese, assume la configurazione di soggetto giuridico autonomo e distinto dagli stipulanti il contratto associativo.



soltanto dall'avvenuta cancellazione nel registro delle imprese, una volta esaurita la procedura di liquidazione definitiva dei rapporti giuridici pendenti. A sostegno di tale convinzione, venivano richiamati proprio gli artt. 2332 e 2484 c.c., secondo cui, una volta intervenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, per un'elementare esigenza di stabilità e certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento dei terzi, la nullità dell'atto costitutivo di una società di capitali può essere pronunciata soltanto nei casi specificamente e tassativamente indicati dalle suddette disposizioni. A differenza della nullità e/o inefficacia del contratto di appalto, la dichiarazione di nullità dell'atto costitutivo di una società non può pregiudicare l'efficacia degli atti compiuti in nome della società stessa; la relativa dichiarazione ha effetto solo *ex nunc*, operando in modo analogo ad una causa di scioglimento e determinando l'instaurazione del procedimento di liquidazione dei rapporti giuridici pendenti; solo una volta conclusa tale procedura liquidativa, può procedersi alla cancellazione dal registro delle imprese, cui consegue la definitiva estinzione della società.

Ne consegue altresì che le domande di nullità, annullamento o risoluzione dell'atto costitutivo di una società "mista", con apertura della liquidazione, non attengono al rapporto pubblicistico che sta a monte della costituzione della società e non coinvolgono i procedimenti amministrativi, anche ad evidenza pubblica, con cui la P.A. ne decide la costituzione e sceglie i soci privati; ma attengono, sulla scorta della disciplina civilistica delle società di capitali, alla validità ed agli effetti dell'atto costitutivo, stipulato secondo schemi privatistici nella fase di esecuzione della menzionata scelta pubblicistica. Sicché, non potendo le relative controversie essere annoverate tra quelle devolute dall'art. 244 c.c.p. alla giurisdizione esclusiva del G.A., la stessa giurisprudenza aveva affermato che, in base alle ordinarie regole di riparto di giurisdizione, spettano al G.O. le controversie aventi ad oggetto il contratto sociale o l'atto costitutivo, mentre spettano invece al G.A. quelle concernenti gli atti pubblici prodromici alla costituzione della società, non essendo le norme sulla giurisdizione derogabili per motivi di connessione<sup>8</sup>.

Tale orientamento, come accennato e come verrà meglio approfondito *infra*, trova oggi conferma e recepimento negli artt. 7, comma 6, e 8, comma 2, T.U.

### 3. - Il limite della stretta "necessarietà" per il perseguimento di finalità istituzionali.

---

<sup>8</sup> In tal senso si è pronunciata anche Cons. St., Ad. Pl., sent. 10/2011, secondo cui, al di fuori dei casi in cui la legge attribuisce espressamente alla giurisdizione del G.A., la decisione sulla sorte del contratto stipulato a seguito di un procedimento amministrativo viziato, deve trovare applicazione l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione; sicché, spetta al G.A. conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, ed al G.O. dei vizi del contratto, anche quando l'invalidità derivi dall'accertata illegittimità del procedimento amministrativo.



Con riferimento al primo tipo di limitazione, l'art. 4, comma 1, T.U. esordisce stabilendo che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi «non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali», né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

Si tratta di una disposizione che va necessariamente letta ed interpretata con quella contenuta nel successivo art. 5 T.U., che infatti impone un onere di motivazione particolarmente intenso (molto più stringente ed analitico rispetto a quello contemplato, in via generale, dall'art. 3 L. 241/90) per l'adozione dell'atto deliberativo della costituzione (o partecipazione) in un organismo societario (v. *infra*).

Già in passato, la preoccupazione che la veste societaria potesse essere utilizzata per forzare le regole poste a presidio della concorrenza e del mercato, nonché quella di evitare l'utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni dello strumento della partecipazione societaria per svolgere attività imprenditoriali in settori estranei alle proprie missioni istituzionali, aveva indotto il legislatore ad introdurre ulteriori limitazioni di portata generale, in quanto vincolanti per tutte le pubbliche amministrazioni, alla costituzione di società ed all'assunzione di partecipazioni societarie da parte degli enti pubblici.

La ragione di tali restrizioni va ravvisata, infatti, nell'esigenza di arginare le pesanti distorsioni dell'assetto concorrenziale del mercato che questi organismi sono in grado di arrecare, in ragione proprio del vantaggio competitivo che il socio privato può trarre dalla cooperazione con l'ente pubblico nello svolgimento delle attività demandate alla società. Si vuole cioè evitare che gli enti pubblici, attraverso la partecipazione societaria, intervengano in settori dove il mercato è in grado di operare, inquinandolo con la presenza di soggetti che godono di indebito vantaggio concorrenziale per il tramite del finanziamento pubblico<sup>9</sup>. Il fine di tutelare la concorrenzialità dei mercati rende quindi legittime tali limitazioni, anche se limitative della capacità organizzativa degli enti territoriali o interferenti con materie devolute alla legislazione esclusiva regionale<sup>10</sup>.

Ed in tal senso, l'art. 4, comma 1, T.U., riproduce in linea di massima, sebbene con alcune correzioni, l'omologo divieto *illo tempore* introdotto dall'art. 3, commi 27 e ss., L. 244/2007 (legge finanziaria 2008), che già aveva vietato a tutte le amministrazioni pubbliche (statali, territoriali e locali) di costituire società aventi per oggetto attività

<sup>9</sup> R. DE NICTOLIS, *I limiti alla costituzione e all'oggetto delle società pubbliche*, in R. DE NICTOLIS-L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, 76.

<sup>10</sup> Corte cost., sent. 8 maggio 2009, n. 148, in *Giur. cost.*, 2009, 1598 (con nota di BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*).



di produzione di beni e di servizi «non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali», nonché di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, «anche di minoranza», in tali società<sup>11</sup>, con conseguente obbligo di dismettere quelle estranee alle proprie finalità istituzionali<sup>12</sup>. Viene quindi ribadito il principio generale, volto a contenere l'indiscriminata proliferazione di organismi societari a partecipazione pubblica, secondo cui la costituzione o la partecipazione a società di capitali risulta essere ammessa soltanto laddove l'ente pubblico non possa ragionevolmente farne a meno<sup>13</sup>. Ed infatti, l'art. 4, comma 1, T.U. (analogamente all'art. 3, comma 27, L. 244/2007)<sup>14</sup> richiede non la semplice strumentalità rispetto alle finalità istituzionali dell'ente; ma una vera e propria necessità, ossia (se non l'impossibilità quantomeno) l'estrema difficoltà per l'ente pubblico di raggiungere l'obiettivo (finalità istituzionale) senza l'ausilio di quella partecipazione in quella particolare società: svolgere quell'attività (e svolgerla tramite quella società) deve cioè risultare se non assolutamente indispensabile, quantomeno estremamente conveniente ed efficiente per l'ente pubblico<sup>15</sup>, nel senso cioè che tale attività non sarebbe ragionevolmente esercitabile dall'ente pubblico con modalità diverse dalla costituzione o dalla partecipazione azionaria senza compromettere il buon andamento, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità del proprio assetto organizzativo e dell'attività di erogazione del servizio<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Salvo che si fosse trattato di società che producessero «servizi di interesse generale» o che fornissero «servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici» di lavori, servizi e forniture, «nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza», oppure ancora, per le società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati (ma sul punto, v. *infra*). Le partecipazioni azionarie già acquisite prima dell'entrata in vigore della norma avrebbero dovuto essere dismesse entro un termine predefinito, con il divieto di acquisirne di ulteriori. La medesima legge prevedeva poi una procedura di carattere autorizzatorio per verificare l'opportunità o meno del mantenimento delle partecipazioni già esistenti: la permanenza della partecipazione pubblica doveva essere autorizzata dagli organi di governo politico; e le relative delibere dovevano essere trasmesse alla Corte dei conti; le partecipazioni vietate dovevano essere dismesse attraverso la loro cessione a terzi con procedimento di evidenza pubblica; e la mancata dismissione avrebbe comportato responsabilità erariale.

<sup>12</sup> Sulle difficoltà interpretative in passato insorte con riferimento al non agevole coordinamento tra l'art. 3, comma 27 e ss., L. 244/2007 e l'art. 13 D.L. 223/2006, v. Corte conti, Sez. aut., del. 16 settembre 2008 n. 13.

<sup>13</sup> Sul punto, v. M. ATELLI, *Esterneizzazione: no alle società a capitale pubblico "non inerenti"*, in *Dir. e prat. amm.*, 2008, 1, 95 ss.; R. DE NICTOLIS, *I limiti cit.* 76 ss.

<sup>14</sup> Su cui v. Corte conti, Sez. contr. Abruzzo, par. 5 aprile 2013, n. 16; Corte conti, Sez. contr. Liguria, par. 21 dicembre 2015, n. 79; Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 6 novembre 2015, n. 387; Id., par. 4 marzo 2016, n. 72; TAR Piemonte, Sez. I, sent. 4 dicembre 2015, n. 1739.

<sup>15</sup> In tal senso, TAR Puglia, Bari, Sez. II, sent. 17 maggio 2010, n. 1898 ha stabilito che non può ritenersi «strettamente necessaria» l'attività di pulizia degli immobili e degli uffici, in quanto trattasi di attività strumentali all'esercizio di qualsiasi attività, pubblica o privata che sia. In dottrina, v. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011, 1; GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1364 ss.; URBANO, *Le società cit.*, 26.

<sup>16</sup> Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 195/2009; Corte conti, Sez. contr. Veneto, par. 5/2009.



Il legislatore ha voluto cioè condizionare la capacità negoziale degli enti pubblici, in tale ambito, all'effettiva sussistenza di un interesse pubblico rientrante tra quelli dalla legge demandati alla loro cura, assegnando rilievo determinante alla necessaria ed imprescindibile sussistenza di un nesso di stretta funzionalità tra scopo perseguito attraverso la costituzione o la partecipazione alla società e la competenza istituzionale dell'ente pubblico<sup>17</sup>. La costituzione di società o l'assunzione di partecipazioni societarie può dirsi legittima soltanto laddove il fine istituzionale dell'ente non sarebbe in altro modo ragionevolmente perseguibile; donde, il carattere residuale (da suffragare con idonea motivazione in ordine alla mancanza di alternative) della scelta<sup>18</sup>.

Detto altrimenti, il requisito della stretta necessarietà va inteso non in senso assoluto, ossia come insuperabile impossibilità oggettiva di procedere all'affidamento se non attraverso la costituzione o l'acquisizione della partecipazione societaria. Ma in senso relativo, vale a dire come sussistenza di elementi di fatto e di diritto, ossia di condizioni ambientali, sociali, finanziarie, economiche e giuridiche, tali per cui la scelta del modulo societario si presenta come la più razionale, efficiente e ragionevole possibile per l'ente pubblico.

Del resto, se la stretta necessarietà venisse interpretata come indispensabilità assoluta, senza alcun margine, neppure minimo di scelta per l'ente pubblico, non si vede per quale ragione il successivo art. 5 T.U. imponga l'assoggettamento della delibera di costituzione o acquisto della partecipazione societaria ad un onere motivazionale aggravato particolarmente stringente e al vaglio di preventive forme di consultazione popolare, di chiara impronta politica.

La stretta necessarietà va quindi intesa non nel senso di assenza ontologica di soluzioni alternative, ma nel senso economico-aziendalistico, quale soluzione tecnicamente preferibile sul piano dell'efficienza gestionale. Se da un lato non è sufficiente né un mero nesso di coerenza o pertinenza con le finalità istituzionali dell'ente partecipante, né la mera utilità in tal senso della partecipazione, necessario essendo un rapporto di strumentalità o funzionalità particolarmente qualificato, dall'altro non basta neppure la sola convenienza o efficienza economica, necessaria essendo la sua insostituibilità sotto il profilo organizzativo.

Da questo punto di vista, il carattere della stretta necessarietà sembrerebbe atteggiarsi quale risolto applicativo del principio di sussidiarietà orizzontale,

---

<sup>17</sup> ROSTAGNO, *Finalità istituzionali e oggetto sociale* cit.

<sup>18</sup> Cfr. Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 6 maggio 2009, n. 187. In tal senso, utili indicazioni possono derivare dal bilancio dell'ente e dagli altri fondamentali documenti di programmazione gestionale e finanziaria, e precisamente dalle funzioni, che individuano in modo articolato le spese in relazione alla tipologia delle attività espletate, e dai servizi, che individuano le attività che fanno capo alle varie compagini organizzative dell'ente (cfr. Corte conti, Sez. contr. Veneto, par. 15 gennaio 2009, n. 5). V. anche TAR Sardegna, Sez. I, sent. 5 aprile 2013, n. 269. In dottrina, R. DE NICTOLIS, *I Limiti* cit., 72.



sancito oggi dall'attuale art. 118, comma 2, Cost., in base al quale l'intervento pubblico per lo svolgimento di attività di interesse generale è consentito soltanto laddove l'autonoma iniziativa degli operatori privati non sia in grado di farlo adeguatamente<sup>19</sup>.

Ed anche la giurisprudenza costituzionale<sup>20</sup> aveva maturato al riguardo un orientamento particolarmente restrittivo, giungendo ad affermare che, siccome anche la legislazione regionale è tenuta a rispettare i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione e dell'organizzazione amministrativa ex art. 97 Cost., la scelta di un'amministrazione territoriale di avvalersi di una società di capitali a partecipazione mista o della creazione di un organismo *in house* per lo svolgimento delle proprie funzioni o per l'erogazione dei propri servizi può essere considerata legittima solo laddove ciò risponda ad effettive e concrete esigenze di carattere organizzativo, tenuto anche conto dei relativi oneri finanziari.

Anche con riferimento all'art. 4, comma 1, T.U. si pone l'identico interrogativo sorto, sotto la vigenza del precedente art. 3, comma 27, L. 244/2007, con riferimento all'estensibilità del divieto anche alle c.d. società "legali", vale a dire alle ipotesi in cui la partecipazione pubblica è espressamente imposta o autorizzata da specifiche e precedenti norme di legge: ci si chiede se, in questi casi, debba trovare applicazione il criterio temporale (secondo cui *lex posterior derogat priori*) ovvero quello di specialità (secondo cui *lex specialis derogat generalis*). Il fatto che tanto l'abrogato art. 3, comma 27, L. 244/2007 quanto l'odierno art. 4 T.U. vietino non solo la costituzione, ma anche il mantenimento della partecipazione azionaria, lascia propendere per l'applicazione del criterio cronologico, sicché il divieto di partecipazione ed il conseguente obbligo di dismissione dovrebbero trovare applicazione anche laddove la partecipazione sia stata assunto in ottemperanza a previgenti norme di legge speciali. Ciò sembra essere confermato anche dal fatto che lo stesso art. 4, commi 9, 9-bis, 9-ter e 9-quater T.U. (con modifiche e aggiunte introdotte dal D.Lgs. n.100/2017) contempla peculiari meccanismi autorizzatori non solo per la costituzione, ma anche per il mantenimento delle partecipazioni non (più) necessarie, nonché dall'intento stesso che ha ispirato gli interventi legislativi sia del 2007 che del 2016, ossia quello di ridurre drasticamente, per esigenze di contenimento della spesa pubblica e di tutela della concorrenza dei mercati, la pletora degli enti a partecipazione pubblica<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> In tal senso, v. anche, in passato, Corte conti, Sez. contr. Veneto, par. 27 gennaio 2010, n. 16, secondo cui l'adozione della delibera di autorizzazione alla costituzione o all'acquisto della partecipazione azionaria va motivata non solo con riferimento alla tipologia dei bisogni da soddisfare, ma anche con riferimento alle risorse gestionali e finanziarie disponibili. Nello stesso senso, v. anche Corte conti, Sez. contr. Piemonte, par. 8 settembre 2009, n. 33; Corte conti, Sez. contr. Puglia, par. 15 ottobre 2009, n. 100; Corte conti, Sez. contr. Veneto, par. 15 gennaio 2009, n. 5.

<sup>20</sup> Corte cost., sent. 277/2005 e 29/2006.

<sup>21</sup> MAZZONI, *Limiti legali cit.*, 75.



Un ulteriore aspetto problematico attiene all'estensione del divieto anche alle c.d. partecipazioni indirette, analogamente a quanto in passato contemplato dall'originaria formulazione dell'art. 3, comma 27, L. 244/2007, il quale infatti vietava alle amministrazioni pubbliche di assumere o mantenere, «direttamente o indirettamente», partecipazioni, anche di minoranza. Capire però cosa il legislatore avesse voluto intendere per partecipazione "indiretta", non era stato affatto semplice: essendo oggetto del divieto anche le partecipazioni di minoranza, non era chiaro se ad essere vietata fosse qualsiasi partecipazione indiretta, ossia qualsiasi partecipazione detenuta da un soggetto a sua volta partecipato, anche minoritariamente, da un ente pubblico, ovvero se, invece, il divieto fosse da riferire soltanto alle partecipazioni detenute da soggetti su cui l'ente pubblico esercitasse un potere di controllo<sup>22</sup>. Sul punto intervenne il legislatore: la L. 69/2009 eliminò dall'art. 3, comma 27, L. 244/2007 l'avverbio «indirettamente», sicché l'ambito applicativo del divieto veniva ristretto alle sole partecipazioni dirette<sup>23</sup>. L'art. 4, comma 1. T.U. ha però oggi ripristinato l'estensione del divieto anche alle partecipazioni indirette, riaprendo così nuovamente il problema. Ora, proprio alla luce delle criticità emerse in passato, e di cui non appare plausibile che il legislatore non abbia voluto tener conto, è probabile che il divieto di partecipazione indiretta sia applicabile anche a soggetti su cui l'ente pubblico non eserciti poteri di controllo, fermo restando, ovviamente, l'onere di motivazione aggravata ex art. 5 T.U. come modificato dal D.Lgs. n.100/2017. Tuttavia, tale soluzione, sebbene imposta dal chiaro tenore letterale della disposizione, potrebbe lasciare intravedere profili di illegittimità costituzionale, nella misura in cui la partecipazione pubblica (anche minimale) al capitale sociale sia in grado di precludere alla società partecipata di acquisire a sua volta partecipazioni (anche di minoranza) in altri enti. In sostanza, desta perplessità il fatto che la decisione dell'ente pubblico di acquistare (magari anche illegittimamente, ossia al di fuori dei casi consentiti dalla legge) una partecipazione azionaria possa determinare una conseguenza negativa a carico di un altro soggetto (ossia la società partecipata), al quale viene così preclusa un'attività (cioè la possibilità di acquistare partecipazioni in altri enti) che, viceversa, sarebbe invece consentita a qualsiasi altro operatore economico, vale a dire a tutte le altre società non partecipate da enti pubblici. Insomma, appare dubbia la ragionevolezza di una norma che vieti ad una società la possibilità di acquisire partecipazioni in altri enti soltanto in ragione del fatto che tra i suoi azionisti figurino un ente pubblico. Ciò potrebbe apparire ragionevole soltanto in caso di partecipazione di controllo (o comunque dotata di una certa influenza o rilevanza)

<sup>22</sup> COLANGELO, *Nuove questioni in tema di società a partecipazione pubblica*, in [www.dircomm.it](http://www.dircomm.it), 2008; ROSTAGNO, *Finalità istituzionali* cit.

<sup>23</sup> GUERRERA, *Lo statuto delle nuove società "a partecipazione mista" pubblico-privato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2009; CHIEPPA, *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, ibidem.



oppure laddove (ma così non è) alla società venisse offerta la possibilità di opporsi all'ingresso dell'ente pubblico nel proprio azionariato.

Per stabilire se la partecipazione sociale sia o meno strettamente necessaria, è poi necessario definire quali siano le «finalità istituzionali» dell'ente partecipante. In virtù del principio di legalità, sancito dall'art. 97 Cost., non vi è alcun dubbio che le finalità istituzionali degli enti pubblici debbano essere determinate dalla legge<sup>24</sup>. Tuttavia, molto spesso accade che il legislatore non sia in grado di delineare in maniera sufficientemente precisa, compiuta e dettagliata le finalità istituzionali di un ente pubblico. Ciò si verifica, in particolare, per gli enti pubblici dotati di autonomia politica, quali in primo luogo gli enti territoriali: ad essi l'ordinamento riserva infatti un generalizzato potere di autodeterminazione delle proprie finalità istituzionali, soprattutto per quanto attiene i bisogni della collettività stanziata sul proprio territorio (art. 114 Cost.). Per tali enti è impossibile la dettagliata e precisa predeterminazione *ex ante* in via legislativa delle rispettive finalità istituzionali, anche in considerazione del fatto che l'attuale art. 118 Cost. (come riformulato dalla L. cost. 3/2001) riserva ai Comuni, in via generalizzata, tutte le «funzioni amministrative», salvo quelle che, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, debbano essere assegnate ad enti territoriali di livello superiore, al fine di «assicurarne l'esercizio unitario». Ed in tal senso, l'art. 13 TUEL attribuisce genericamente ai Comuni «tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze». L'ampiezza della previsione legislativa è tale che per identificare puntualmente le finalità istituzionali di ciascun singolo ente non può che avvenire anche in considerazione e sulla base dello statuto dell'ente stesso, nel cui ambito sono solitamente specificate nel dettaglio le finalità istituzionali di cui l'amministrazione locale si fa carico, in aggiunta alle ordinarie e più tipiche finalità istituzionali, che possono anche rimanere sottintese<sup>25</sup>. Sicché, spetta in ogni caso al singolo ente valutare quali siano le necessità della comunità locale e, nell'ambito delle compatibilità finanziarie e gestionali, avviare le politiche necessarie al loro soddisfacimento<sup>26</sup>. Ne consegue che la sussistenza del nesso di stretta necessità è riscontrabile ogniqualvolta, con valutazione discrezionale ma comunque assunta entro i limiti della ragionevolezza, lo statuto locale contempra una certa missione tra

<sup>24</sup> Può trattarsi, ovviamente, anche di una legge regionale.

<sup>25</sup> In tal senso, testualmente, MAZZONI, *Limiti legali* cit., 83.

<sup>26</sup> *Ex plurimis*, Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 6 febbraio 2008, n. 23; Corte conti, Sez. contr. Piemonte, par. 33/2008; Corte conti, Sez. contr. Basilicata, par. 30/2008. In dottrina, v. ALBO, *L'applicazione dell'art. 3 commi 27 e seguenti della legge n. 244 del 2007 negli enti locali*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2009, 10.



le finalità dell'ente partecipante e, in ragione di ciò, l'ente locale avvii un programma di iniziative, per la realizzazione delle quali si renda, appunto, strettamente necessario l'utilizzo della partecipazione societaria: autodeterminando l'ente locale come propria finalità istituzionale un programma o un obiettivo che esige l'assunzione di partecipazioni societarie, viene ad insorgere *ipso iure* il nesso di stretta necessità tra la realizzazione del programma d'intervento o dell'obiettivo in questione e l'assunzione della suddetta partecipazione societaria<sup>27</sup>. Oggi, tale possibilità di manovra è stata dall'art. 4, comma 2, T.U. (se non eliminata quantomeno) notevolmente ridimensionata, in quanto il legislatore ha consentito la partecipazione azionaria degli enti pubblici soltanto laddove strettamente necessaria al perseguimento non di qualsiasi finalità rientrante tra le competenze istituzionali dell'ente pubblico partecipante, ma soltanto di quelle espressamente elencate dal legislatore stesso<sup>28</sup>.

In passato, il problema si era principalmente posto con riferimento a tutte quelle iniziative dei Comuni e degli enti locali orientate alla realizzazione di interventi genericamente finalizzati alla promozione e allo sviluppo economico e sociale delle collettività stanziate sul proprio territorio, quale ad esempio per gli enti fieristici o per la gestione di particolari infrastrutture di trasporto pubblico (es.: impianti funicolari o di risalita sciistica). Anche su tale aspetto ha preso oggi posizione il legislatore. In particolare, l'art. 4, comma 6, T.U., così come modificato dal D.Lgs. n.100/2017, fa espressamente salva la possibilità di costituire società o enti in attuazione dell'art. 34 Reg. UE 1303/2013 (il quale prevede la costituzione di gruppi di azione locale per l'elaborazione e l'attuazione di strategie di sviluppo locale di tipo partecipativo) e dell'art. 61 Reg. UE 508/2014 (che prevede la costituzione di gruppi di azione locale nel settore della pesca). Sempre nello stesso senso, l'art. 4, comma 7, T.U., così come modificato dal D.Lgs. n.100/2017, ammette altresì le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale esclusivo la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane, nonché la produzione di energia da fonti rinnovabili. L'art. 4, comma 8, T.U., così come modificato dal D.Lgs. n.100/2017, fa inoltre salva la possibilità di costituire, ai sensi degli artt. 2 e 3 D.Lgs. 297/99, «le società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari» previste dall'art. 6, comma 9, L. 240/2010, «nonché quelle analoghe degli enti di ricerca. E' inoltre fatta salva la possibilità, per le università, di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche».

<sup>27</sup> MAZZONI, *Limiti legali cit.*, 84.

<sup>28</sup> DE GIROLAMO, *Le finalità perseguibili dalle società pubbliche*, in AA.VV., *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura Garofoli-Zoppini e coord. da Massa Felsani), Roma, 2018, 67.



Altra deroga al vincolo di stretta inerenza della partecipazione societaria alle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante, è riportata nell'art. 26, comma 12-*sexies*, T.U., ai sensi del quale le pubbliche amministrazioni possono acquisire o mantenere partecipazioni in società che, alla data di entrata in vigore del D. Lgs. 175/2016, risultino, ai sensi della legislazione vigente, già costituite e autorizzate alla gestione di case da gioco.

Alla regola di carattere generale, sancita dall'art. 4, comma 1, T.U., fa eccezione anche la deroga contemplata dall'art. 4, comma 3, T.U., ai sensi del quale «al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio», le amministrazioni pubbliche possono, altresì, «acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di qualsiasi operatore di mercato». Pure in questo caso, la costituzione o la partecipazione societaria è consentita all'ente pubblico anche laddove non «strettamente necessaria» al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, purché essa venga acquistata a mezzo di conferimento immobiliare, finalizzato alla realizzazione di un (non meglio precisato) investimento alla stessa stregua di un qualsiasi altro operatore di mercato; e purché la società partecipata abbia come oggetto sociale esclusivo quello di valorizzare il patrimonio dell'ente pubblico conferente<sup>29</sup>.

Nel rispetto della disciplina europea, l'art. 4, comma 9-*bis*, T.U. (interpolato dal D.Lgs. 100/2017) fa salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che «producono servizi economici di interesse generale a rete» (di cui all'art. 3-*bis* D.L. 138/2011) «anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento (in deroga alle previsioni di cui al precedente art. 4, comma 2, lett. a), T.U.), «purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica»<sup>30</sup>.

Infine, l'art. 4, comma 9-*ter*, T.U. (interpolato dall'art. 1, comma 891, L. 205/2017), fa salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di «acquisire o mantenere partecipazioni, comunque non superiori all'1% del capitale sociale, in società

---

<sup>29</sup> Le funzioni di valorizzazione consistono invece in «attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura» e comprende anche «la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale», nonché «la riqualificazione degli immobili e delle aree paesaggistiche compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati», secondo forme e modalità compatibili con le esigenze di tutela, anche attraverso la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati (art. 6 c.b.c.).

<sup>30</sup> L'art. 4, comma 9-*bis*, T.U. precisa che per tali partecipazioni trovano piena applicazione gli artt. art. 20, comma 2, lett. e) (che impone la razionalizzazione di quelle palesanti un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti) e 16 T.U. Sul punto, v. CENTRONE, *Controlli sulle partecipazioni pubbliche*, in AA.VV., *I controlli della Corte dei conti sugli enti territoriali e gli altri enti pubblici* (a cura di Gribaudo-Patumi), Rimini, 2018, 503



bancarie di finanza etica e sostenibile», come definite dall'art. 111-*bis* TUB, «senza ulteriori oneri finanziari rispetto a quelli derivanti dalla partecipazione medesima». Nonostante il legislatore non lo espliciti in maniera espressa, non dovrebbero sussistere dubbi in ordine al fatto che il requisito della stretta necessità debba investire non solo l'*an*, ma anche il *quantum* della partecipazione pubblica, nel senso cioè che l'entità della partecipazione non deve risultare eccessiva rispetto a quanto (appunto) strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante. Ciò sta a significare che, in sede di motivazione della deliberazione di costituzione o assunzione della partecipazione societaria (art. 5 T.U.), l'ente pubblico dovrà adeguatamente dare conto non solo del perché la partecipazione è (strettamente) necessaria, ma anche del perché la partecipazione debba essere di quella entità, di quella percentuale. Ne consegue altresì che non solo l'entità percentualistica della partecipazione, ma anche l'ammontare complessivo del capitale sociale del costituendo organismo societario non deve risultare di ammontare eccessivo rispetto a quanto strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali: sono quindi vietate anche le partecipazioni in società sovracapitalizzate rispetto al loro oggetto sociale. Detto altrimenti, il nesso di stretta necessità deve sussistere non solo con riferimento alle ragioni del conferimento, ma anche in relazione all'entità del conferimento stesso, il cui ammontare non può eccedere quanto strettamente necessario al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante.

Tuttavia, non appare agevole individuare i parametri in base ai quali l'entità della partecipazione o del conferimento debba essere determinata.

Il problema si pone non solo laddove all'organismo societario partecipi un solo socio pubblico, ma ancor di più laddove vi partecipino una pluralità di soggetti pubblici, magari collocati a diversi livelli territoriali di governo, nel qual caso appare ragionevole ipotizzare che il nesso di stretta necessità imponga che ciascun ente pubblico partecipante sottoscriva una quota di capitale tendenzialmente proporzionale alla propria domanda di beni o servizi richiesti. Se così è, ci si chiede allora se tale proporzionalità tra quota partecipativa e livello di servizi richiesti debba sussistere soltanto al momento della sottoscrizione del capitale sociale o debba invece essere preservato pure successivamente, andando così ad incidere direttamente anche sulla dinamica degli assetti proprietari. Ci si chiede altresì se, anche a fronte di una congrua partecipazione precedentemente assunta, l'ente pubblico partecipante abbia comunque il diritto potestativo di alienare o di recedere e di ottenere la liquidazione della propria quota, laddove successivamente non intenda più giovare dei beni o servizi erogati dalla società o, comunque, decida di dismettere la propria partecipazione per fare cassa o in quanto costretto da cogenti vincoli di bilancio. Si tratta di aspetti delicatissimi, su cui



dottrina e giurisprudenza non potranno in futuro fare a meno di interrogarsi, ma che allo stato attuale, in attesa che la nuova normativa possa, col tempo, essere sufficientemente metabolizzata dagli operatori, appare sconsigliabile prospettare soluzioni interpretative troppo nette ed univoche.

#### 4. - *Il limite dell'esclusività degli ambiti operativi.*

Non basta però che l'attività svolta dalla società partecipata si presenti come strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante. Fermo restando tale presupposto, l'art. 4, comma 2, T.U. impone un ulteriore requisito, ossia quello dell'esclusività degli ambiti operativi, stabilendo che le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni societarie «esclusivamente per lo svolgimento delle attività» dalla norma stessa tassativamente elencate.

In altri termini, gli enti pubblici possono costituire o partecipare in organismi societari soltanto laddove la costituzione o partecipazione sia preordinata allo svolgimento di una di tali attività, tassativamente elencate, e sempre a condizione che tale costituzione o partecipazione sia «strettamente necessaria» al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico partecipante.

L'art. 4, comma 2, T.U. elenca quindi, tassativamente, le tipologie di attività per lo svolgimento delle quali è consentito agli enti pubblici utilizzare lo strumento della costituzione o della partecipazione azionaria, sempre laddove ciò risulti strettamente necessario per poterlo fare. Viene quindi confermato il postulato teorico secondo cui il divieto di costituire società non coerenti con lo scopo istituzionale dell'ente pubblico sarebbe anche da inquadrare nell'ambito del principio di legalità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost.<sup>31</sup>.

L'intento del legislatore è quello di non reputare sufficiente il solo "vincolo di scopo pubblico" e di non voler più consentire la costituzione o la partecipazione di amministrazioni pubbliche in società che svolgono attività di impresa in aperta concorrenza con altri operatori economici, confermando quindi l'assunto teorico secondo cui gli enti pubblici non godrebbero di capacità giuridica di diritto societario al di fuori dei casi espressamente e tassativamente previsti dalla legge. Ciò sta anche a significare che (in assenza di espressa disposizione di legge che lo autorizzi: cfr. art. 4, commi 3, 6, 7 e 8, T.U.) gli enti pubblici, a qualsiasi livello territoriale di governo, non possono istituire enti societari a scopi puramente

<sup>31</sup> In tal senso si era espresso, in passato, anche Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 131,



commerciali<sup>32</sup>, ossia finalizzati all'approvvigionamento di risorse economico-finanziarie attraverso lo svolgimento di attività imprenditoriali in mercato aperto<sup>33</sup>. Il divieto legislativo è infatti formulato in modo tassativo, nel senso cioè che la partecipazione pubblica è vietata anche laddove sia possibile dimostrare che, in concreto, non arrechi alcun *vulnus* alle dinamiche concorrenziali del mercato. Vero che la mera presenza di operatori pubblici sul mercato non è di per sé fattore distorsivo della concorrenza, ad esempio laddove il capitale pubblico non affluisca direttamente nel capitale di rischio dell'impresa operante sul mercato, lasciando così impregiudicata la parità di condizioni con gli altri operatori. Tuttavia, se ciò è vero in linea puramente astratta e teorica, all'atto pratico ed in concreto non è sempre così, perché molto spesso alla creazione di organismi partecipati si accompagna l'intento non di operare in regime di concorrenza con gli altri operatori economici privati, ma di creare forme più o meno larvate di monopolio o di mercato artificialmente protetto, anche in settori in cui non se ne ravvisa la necessità. La drasticità del divieto (che, di per sé, andrebbe ben oltre quanto imposto dall'ordinamento comunitario, per il quale è indifferente la natura pubblica o privata dell'impresa ai fini del rispetto dell'assetto concorrenziale del mercato) si giustifica in ragione della constatazione empirica secondo cui la partecipazione pubblica al capitale sociale finisce, direttamente o indirettamente, per favorire l'insorgere di pulsioni anticoncorrenziali o, quantomeno, per frenare o rallentare i processi di apertura e liberalizzazione dei mercati<sup>34</sup>.

Il carattere aprioristico del divieto rinviene implicitamente ma inequivocabilmente conferma anche nel fatto che l'assunzione delle partecipazioni azionarie è generalmente vietata a prescindere dall'entità e dalla natura della partecipazione stessa. Il divieto colpisce infatti anche le partecipazioni di minoranza. L'intento del legislatore è proprio quello di evitare che l'apporto di capitale pubblico entri a far

---

<sup>32</sup> In tal senso, v. anche Cons. St., Ad. Pl., sent. 3 giugno 2011, n. 10, in *Urb. e app.*, 2011, 1465 (con nota di SPUNTARELLI, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle università*). laddove ribadisce l'impossibilità per le Università di costituire società per azioni per erogare servizi sul mercato, direttamente in concorrenza con i privati.

<sup>33</sup> In tal senso, Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 6 novembre 2015, n. 387; Corte conti, Sez. contr. Veneto, par. 20 febbraio 2017, n. 110; TAR Molise, sent. 3 ottobre 2017, n. 331.

<sup>34</sup> In tal senso, v. MAZZONI, *Limiti legali cit.*, 71, secondo cui il divieto in questione sarebbe costruito sulla falsariga di un illecito di pericolo, laddove il pericolo viene ravvisato nel fatto stesso che l'apporto di capitale pubblico possa finire per favorire pulsioni anticoncorrenziali da parte dell'organismo partecipato, il quale potrebbe ad esempio confidare nei periodici intervento di ricapitalizzazione ripianamento delle perdite societarie da parte del socio pubblico. *Contra*, tuttavia, Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, ove si ebbe modo di affermare che l'analogo divieto contenuto nell'oggi abrogato art. 3, comma 27, L. 244/2007 avrebbe posto un limite all'impiego dello strumento societario non tanto per assicurare la tutela della concorrenza quanto per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico.



parte della struttura finanziaria della società, inquinandone le scelte di politica aziendale o immunizzandola in tutto o in parte dal rischio economico d'impresa<sup>35</sup>.

La rigidità di questa elencazione è tuttavia stemperata dall'apposita e peculiare previsione contenuta nell'art. 4, comma 9, T.U., ai sensi del quale con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del MEF o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, «motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolarne la quotazione», può essere deliberata «l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica». Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti. In sostanza, il legislatore ha voluto tener conto della possibilità che, in futuro possano presentarsi esigenze nuove e del tutto peculiari, non prevedibili o tipizzabili a priori, che possano richiedere o quantomeno giustificare la creazione di organismi societari anche per finalità o esigenze diverse da quelle elencate, evitando così l'eccessivo irrigidimento del quadro normativo. La decisione in tal senso non viene rimessa alla mera discrezionalità e alla valutazione di merito dell'ente pubblico partecipante, ma viene condivisa tra l'organo di vertice dell'amministrazione partecipante ed il Governo, onde evitare forme di abusi o strumentalizzazioni rivolte all'elusione o al surrettizio aggiramento delle limitazioni legislative.

E altrettanto l'art. 4, comma 9, T.U. (come mod. dal D. Lgs. 100/2017) consente di fare anche ai Presidenti di Regione e delle province autonome di Trento e Bolzano, i quali «con provvedimento adottato ai sensi della legislazione regionale e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, possono, nell'ambito delle rispettive competenze, deliberare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione della Regione o delle province autonome di Trento e Bolzano», sempre «motivata con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1». Il predetto provvedimento è trasmesso alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, alla struttura di cui all'art. 15, comma 1, T.U., nonché alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti.

Con riferimento all'ambito applicativo e alla latitudine di tale potere di deroga, va innanzitutto osservato che esso è esercitabile soltanto con riferimento a «singole società»: non è quindi possibile il rilascio di un'autorizzazione generalizzata che

---

<sup>35</sup> In tal senso MAZZONI, *Limiti legali cit.*, 76, secondo cui nel concetto di «partecipazione» sarebbero sussumibili anche gli strumenti finanziari di carattere partecipativo o comunque riconducibili alle fattispecie descritte dall'art. 2411, comma 3, c.c.



prenda in considerazione determinate tipologie di società, ma è necessario che il decreto di autorizzazione prenda in considerazione esclusivamente quella specifica, particolare ed individuale ipotesi di deroga; occorre cioè il rilascio di un apposito decreto ministeriale di autorizzazione con riferimento a ciascun ente societario; ed è altresì quindi necessario che le motivazioni della deroga vengano analiticamente illustrate con specifico riferimento a quella singola società.

La motivazione deve essere rivolta a mettere in evidenza le specifiche ragioni per le quali non solo si rende necessaria la creazione o l'acquisizione della partecipazione azionaria, ma anche e soprattutto perché si rende necessario, ed entro quali termini, derogare alle specifiche disposizioni legislative riportate nell'art. 4 T.U.

Pur richiedendo un'ulteriore aggravio motivazionale (rispetto a quello richiesto dall'art. 5 T.U.) e procedimentale, la norma non tipizza, tuttavia, le ragioni o gli interessi pubblici per i quali le deroghe al regime legislativo possono dal Governo essere autorizzate, sicché, sotto tale aspetto appare quantomeno dubbia la sua legittimità costituzionale, ed in particolare la sua compatibilità con il principio di legalità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, sancito dall'art. 97 Cost. e da intendere in senso non meramente formale, ma in senso sostanziale: affinché il principio di legalità ex art. 97 Cost. possa dirsi rispettato, non basta una qualsiasi previsione di legge attributiva del potere organizzatorio, ma è anche necessario che, per quanto ampi possano essere i margini di discrezionalità riservati alla P.A., il legislatore specifichi i limiti, le finalità, le modalità, i tempi e le condizioni con cui tale potere può essere esercitato; non basta cioè una mera delega "in bianco", ma è necessario che il legislatore circoscriva i margini di discrezionalità entro cui le scelte di merito possono essere esercitate, evitando così che, in assenza di limiti e criteri, la discrezionalità deragli in arbitrio.

Sotto tale aspetto, emerge oltretutto l'ambiguità lessicale dell'inciso «anche al fine di agevolare la quotazione», nella misura in cui appare poco chiaro se l'obiettivo della quotazione possa da solo essere reputato sufficiente, ed entro quali limiti, a legittimare deroghe all'art. 4 T.U. Fermo restando ovviamente che la motivazione del decreto ministeriale deve dare specifica e dettagliata dimostrazione delle ragioni per le quali il fine di agevolare la quotazione renderebbe necessario derogare, ed entro quale misura, alla disciplina legislativa. La norma appare del resto discutibile anche sotto un altro aspetto: se è vero che le limitazioni legislative alla capacità giuridica di diritto societario sono rivolte, come più volte accennato, non solo al contenimento della spesa pubblica e all'effettività dei controlli sull'azione amministrativa, ma anche alla tutela dell'assetto concorrenziale dei mercati, non si vede come e per quale ragione ed in che misura tali esigenze di tutela possano considerarsi recessive rispetto all'esigenza di agevolare la quotazione sul mercato della società partecipata. Sicché, appare plausibile ritenere che l'obiettivo di



agevolare la quotazione non possa considerarsi di per sé idoneo e sufficiente a legittimare deroghe alla disciplina legislativa, ma può al più fungere da elemento di rafforzamento delle esigenze di deroga, che però deve essere necessariamente accompagnato anche da altre finalità di rilevanza pubblica (che tuttavia il legislatore omette di puntualizzare e circoscrivere), come del resto sembrerebbe larvamente suggerire la stessa formulazione testuale dell'inciso «anche al fine di agevolare la quotazione», il quale lascerebbe presagire proprio che il legislatore, pur avendo voluto reputare la quotazione una finalità meritevole di tutela e, in linea di massima, idonea a giustificare deroghe alla suddetta disciplina legislativa, tuttavia sembra voler anche lasciare intendere che eventuali deroghe non possano essere motivate soltanto sulla base della mera esigenza di agevolazione della quotazione, necessitando invece la compresenza anche di altri obiettivi ed interessi di rilievo pubblicistico.

Una possibile chiave di lettura del meccanismo di deroga enunciato dall'art. 4, comma 9, T.U. potrebbe essere quella di ritenere che, siccome le limitazioni alla capacità giuridica di diritto societario sono dall'art. 4 T.U. contemplate (anche) al fine di scongiurare distorsioni all'assetto concorrenziale dei mercati (materia, oltretutto, dall'art. 117 Cost. devoluta alla competenza legislativa esclusiva statale e che, quindi, può legittimare la "chiamata in sussidiarietà" anche della competenza amministrativa statale in merito a siffatto potere autorizzatorio)<sup>36</sup>, tali disposizioni legislative possono essere derogate soltanto nella misura in cui l'ordinamento comunitario (cfr. artt. 14 e 106 TFUE) consenta di apportare deroghe ai principi della concorrenza ed al divieto di erogazione degli aiuti di Stato.

Va inoltre precisato che non tutte le disposizioni contenute nell'art. 4 T.U. appaiono derogabili. In particolare, lo stesso art. 4, comma 9, T.U., nell'imporre l'aggravamento dell'onere motivazionale, stabilisce che il «tipo di attività svolta» dalla società per la quale la deroga viene concessa deve essere «riconciliabile alle finalità di cui al comma 1», ai sensi del quale la partecipazione societaria è consentita solo per la produzione di beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente partecipante: ciò sta quindi chiaramente a significare che il requisito della "stretta necessità" per il perseguimento delle finalità istituzionale non è suscettibile di deroga, neppure ad opera del decreto di autorizzazione ministeriale adottato ai sensi dell'art. 4, comma 9, T.U.

Salve quindi le possibilità di deroga contemplate dall'art. 4, comma 9, T.U. e fermo il limite della stretta necessità al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società «esclusivamente»

<sup>36</sup> Vedi Corte cost., sent. 303/2003.



per lo svolgimento di specifiche attività indicate testualmente dallo stesso testo unico, che vanno esaminate partitamente.

5. *Le attività consentite alle società partecipate: Produzione di un servizio di interesse generale.*

La prima tipologia di attività per la quale l'art. 4, comma 2, T.U. consente la costituzione o la partecipazione societaria, è data dalla «produzione di un servizio di interesse generale», ivi inclusa «la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi».

La produzione di servizi di interesse generale è senz'altro l'ipotesi più frequente in cui gli enti pubblici, soprattutto quelli locali, fanno ricorso allo strumento della partecipazione societaria per l'espletamento dei propri compiti istituzionali.

La nozione di «servizi di interesse generale» (SIG) è derivata nella prassi comunitaria<sup>37</sup> dall'espressione «servizi di interesse economico generale» (SIEG), di cui costituisce un ampliamento. Ed è stata sviluppata nell'ambito delle politiche di progressiva liberalizzazione di settori di interesse economico generale, tradizionalmente sottratti alle logiche di mercato e alle disposizioni in materia di concorrenza. Essa evoca quella di servizio pubblico, con la quale presenta evidenti profili di stretta contiguità; ma si tratta di nozioni distinte e tra loro non perfettamente sovrapponibili.

Il diritto europeo non si occupa direttamente della materia dei servizi pubblici, ma lo fa soltanto indirettamente, laddove possa cioè interferire con la materia della concorrenza tra i vari operatori economici, pubblici e privati, chiamati ad erogarli<sup>38</sup>: nel prendere atto che determinate attività non possono essere *sic et simpliciter* assoggettate unicamente alle regole concorrenziali del mercato, ma necessitano di una specifica regolamentazione idonea a garantire il diritto di accesso universale a beni e servizi fondamentali, il diritto comunitario reputa irrilevanti (per il principio di neutralità delle forme giuridiche), ai fini dell'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza, le modalità con cui il servizio viene erogato, ben potendo esso essere gestito o erogato, indifferentemente, da soggetti pubblici o privati, purché in entrambi i casi venga però garantito il rispetto delle norme sulla concorrenzialità dei mercati e sulla tutela dei livelli essenziali delle prestazioni erogate<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Per la prima volta menzionata nel *Libro verde sui servizi di interesse generale* adottato da Comm. UE, com. def. 21 maggio 2003, n. 270 e ripreso da Comm. UE, com. def. 12 maggio 2004, n. 374.

<sup>38</sup> Sul punto, v. *funditus* SALVIA, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, 523; MAMELI, *Servizi pubblici e concessioni. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998, *passim*; CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, n. 1, 7; CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 ss.

<sup>39</sup> Cfr. Corte giust. UE, sent. 18 giugno 1998, in causa c-35/96; Id., sent. 10 gennaio 2006, in causa c-222/04, Id., sent. 16 marzo 2004, in cause riunite; Id., sent. 21 settembre 1999, AIBV; nonché, Cons. St., Ad. Gen., par. 12 marzo



In particolare, a partire dagli anni '90 numerose direttive europee di settore (comunicazioni elettroniche, energia elettrica, gas, poste, ecc.) hanno imposto la liberalizzare di servizi di interesse generale e lo smantellamento dei regimi monopolistici nella gestione e nell'erogazione di specifici settori, facendo venire meno la riserva originaria di attività nei confronti del soggetto pubblico, ma allo stesso tempo imponendo agli operatori pubblici (nazionali e comunitari) la regolazione di tali attività e la definizione di *standard* minimi relativi ai servizi, alla fissazione delle tariffe, alla definizione dei sistemi di autorizzazione o di concessione, dei contratti di servizio, degli obblighi a contrarre a carico dei gestori, etc.

L'ordinamento comunitario utilizza l'espressione «servizi di interesse generale» anche in ragione delle ambiguità che da sempre caratterizzano le nozioni di servizio pubblico e di funzione pubblica, non solo nell'ordinamento italiano, ma anche in quello europeo ed in quello degli ordinamenti nazionali dei singoli Stati membri<sup>40</sup>. Anche a livello sovranazionale, il concetto di servizio pubblico sembra infatti assumere una portata ambigua ed un significato non univoco: a volte viene inteso come servizio rivolto alla collettività, altre volte come servizio erogato da soggetti pubblici, ed altre volte ancora persino come servizio di rilevante interesse pubblico. In altri termini, il concetto di pubblicità del servizio viene, a seconda del contesto di riferimento, riferito ora alla collettività degli utenti o dei fruitori, ora all'interesse perseguito con la sua erogazione, ora alla natura giuridica del soggetto che lo eroga<sup>41</sup>. Ciò spiega anche perché l'ordinamento europeo, proprio per evitare di cimentarsi in ardue (e forse velleitarie) operazioni definitorie ed evitare possibili equivoci interpretativi, abbia volutamente scelto di non usare l'espressione servizio pubblico, preferendo impiegare altre espressioni, quale ad esempio quella di «servizi di interesse economico generale» (SIEG), cui alludono gli artt. 14 e 106, comma 2, TFUE. In particolare, l'art. 14 TFUE stabilisce che UE e Stati membri sono chiamati, nell'ambito delle rispettive competenze, ad assicurare che i «servizi di interesse economico generale» (SIEG) funzionino «in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti», in considerazione della loro importanza nell'ambito dei valori comuni europei, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale. Dal canto suo, l'art. 106, comma 2, TFUE si preoccupa di assoggettare le imprese incaricate della gestione di «servizi di interesse economico» alle «regole della

---

1998, n. 80; Cons. St., Sez. V, sent. 1 luglio 2005, n. 3672. In dottrina, v. CAIA, *op. ult. cit.*, 176; FIGORILLI, *op. ult. cit.*, 515; VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2008, 123 ss.

<sup>40</sup> VOLPE, *Le società affidatarie di servizi pubblici locali*, in AA.VV., *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura Garofoli-Zoppini e coord. da Massa Felsani), Roma, 2018, 67.

<sup>41</sup> Per una dettagliata analisi comparatistica, v. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003.



concorrenza» nei limiti in cui ciò «non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata».

Le disposizioni del Trattato rispondono a due esigenze di fondo: da un lato, quella di garantire che i SIEG siano effettivamente uno strumento di rafforzamento della coesione sociale, sicché, in tale prospettiva, agli Stati membri è consentito provvedere alla compensazione degli oneri sostenuti dalle imprese per effettuare quelle prestazioni che esse sono obbligate ad erogare per adempiere ai loro obblighi di servizio pubblico (criterio della compensazione); e dall'altro, quella di assicurare che il finanziamento pubblico di servizi non produca effetti distorsivi sull'assetto concorrenziale di quel settore di mercato, fungendo surrettiziamente da strumento di elusione del divieto di erogazione di aiuti di Stato alle imprese, attribuendo cioè vantaggi economici superiori a quanto necessario a remunerare l'impresa per i maggiori costi imposti dal rispetto degli obblighi di servizio (cfr. art. 107 TFUE).

Nessuna di queste norme enuncia però una nozione di servizio di interesse economico generale (SIEG), rimettendone di fatto l'identificazione alla prassi e alla legislazione europea derivata, le quali ne hanno sviluppato una definizione che si inquadra nella più ampia categoria del «servizio di interesse generale» (SIG). La distinzione tra SIEG e SIG viene dagli organi comunitari fondata sull'elemento dell'economicità del servizio: sono definiti economici (SIEG) quei servizi che «consistono nell'offerta di beni o servizi in un determinato mercato»; e non economici quelli che invece si pongono «fuori dal mercato». Detto altrimenti, i SIEG sono servizi che si prestano ad essere esercitati in forma imprenditoriale in regimi concorrenziali: sono, forniti dal gestore agli utenti dietro corresponsione di un corrispettivo in denaro.

La stessa giurisprudenza europea<sup>42</sup> precisa che si tratta, tuttavia, di una distinzione non rigida, ma di carattere «dinamico ed evolutivo», in quanto la rilevanza economica o meno di un servizio viene necessariamente a dipendere, in termini relazionali, dal grado e dal livello di sviluppo che quel particolare mercato o settore merceologico ha raggiunto in un preciso e determinato momento storico. La verifica in ordine alla sussistenza dell'interesse economico del servizio va condotta alla stregua di vari indici sintomatici, quali ad esempio le modalità imprenditoriali con cui il servizio viene gestito o erogato, lo scopo lucrativo eventualmente perseguito dal gestore, i finanziamenti pubblici eventualmente destinati alla conduzione di tali attività, nonché l'assunzione da parte del gestore dei rischi economici derivanti dalla gestione stessa del servizio. È quindi possibile che un certo servizio, oggi privo di interesse economico, possa in futuro acquisire rilievo economico, per effetto dello sviluppo tecnologico o socio economico intervenuto in quel particolare settore di attività; e parallelamente è, viceversa, possibile che un servizio possa presentare

<sup>42</sup> Cfr. Corte giust. CE, sent. 12 settembre 2000, *Pavlov*.



oggi un rilievo economico e perderlo in futuro, per effetto di sopravvenuti mutamenti del contesto economico e sociale<sup>43</sup>.

La distinzione tra servizi di interesse economico generale (SIEG) e servizi privi di interesse economico è destinata ad assumere un'importantissima rilevanza ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie in materia di evidenza pubblica e di tutela dell'assetto concorrenziale dei mercati, laddove l'autorità pubblica decida, per ragioni di buon andamento gestionale interno, di non gestire interamente il servizio in proprio, ossia utilizzando le strutture logistiche presenti al suo interno, ma scelga invece di avvalersi in tutto o in parte della collaborazione di altri soggetti privati, dotati di particolari competenze tecniche o finanziarie o di strutture organizzative più adeguate e più efficienti per la gestione o l'erogazione del servizio, dando luogo a forme di c.d. Partenariato Pubblico-Privato (PPP), tra cui possono essere fatte rientrare, appunto, le società a partecipazione pubblica.

I servizi di interesse economico generale (SIEG), in quanto erogati e gestiti secondo logiche imprenditoriali di mercato, sono dal diritto europeo e dalla legislazione nazionale di recepimento assoggettati alle regole ed ai principi generali in materia di tutela della concorrenza, nonché al divieto generale di concessione degli aiuti di Stato alle imprese<sup>44</sup>. Il diritto europeo consente di apportare deroghe alle norme ed ai principi generali in materia di concorrenza del mercato soltanto entro i limiti in cui ciò risulti necessario ed indispensabile ad assicurare l'universalità del servizio. Il diritto europeo riconosce agli Stati membri ampia libertà nel definire quali servizi, anche di interesse economico, assumano rilevanza generale, tale da richiedere l'intervento pubblico per garantirne accessibilità ed universalità di fruizione<sup>45</sup>. Tuttavia, l'intervento pubblico non deve essere svolto in maniera tale da falsare indebitamente l'assetto concorrenziale del mercato interno e, pertanto, sotto tale aspetto, deve risultare proporzionato, vale a dire strettamente limitato a quanto funzionalmente necessario al perseguimento dell'interesse pubblico, e cioè per poter garantire accessibilità e universalità di fruizione del servizio stesso<sup>46</sup>. Le imprese

---

<sup>43</sup> A titolo esemplificativo, sulla base delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, la Commissione Europea è giunta a qualificare come SIEG i grandi servizi "di rete" (telecomunicazioni radio televisive, servizio postale o di telefonia, trasporto pubblico, somministrazione di energia elettrica, acqua, gas, smaltimento di rifiuti, ecc.). Incertezze sono invece state ravvisate in merito ai servizi di cultura, assistenza sanitaria, istruzione e servizi sociali.

<sup>44</sup> CAIA, *I servizi pubblici* cit., 135.

<sup>45</sup> Sul punto, v. anche gli artt. 1 e 2 Prot. 26 all. al TFUE, ai sensi dei quali i valori comuni dell'UE con riguardo al settore dei SIEG» comprendono, in particolare, «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare SIEG il più vicini possibile alle esigenze degli utenti.

<sup>46</sup> Cfr. Corte giust. UE, sent. 24 luglio 2003, *Altmark*, secondo cui le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato se sono rispettate specifiche condizioni, fra cui la previa individuazione di parametri sulla cui base viene calcolata la compensazione in modo obiettivo e trasparente, affinché si eviti che essa possa comportare un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese



incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme del Trattato, e, in particolare, al regime della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento della specifica missione loro affidata<sup>47</sup>. Occorre però evitare che la situazione di vantaggio concorrenziale riconosciuta all'impresa erogatrice del servizio si estenda al di là di quanto necessario<sup>48</sup>, perché ciò si tradurrebbe altrimenti in un'elusione del divieto di fornire aiuti di Stato alle imprese.

Più in generale, nella nozione comunitaria di SIG sono annoverabili tutti i servizi (sia quelli *market* che quelli *non market*) che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e, pertanto, assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico, vale a dire requisiti specifici imposti dalle autorità pubbliche al fornitore del servizio per garantire il conseguimento di alcuni obiettivi di interesse pubblico, ad esempio in materia di trasporti aerei, ferroviari e stradali e di energia<sup>49</sup>. La distinzione tra SIEG e SIG va quindi ravvisata nell'essere i primi, a differenza dei secondi, suscettibili di gestione in regime d'impresa e di mercato, sebbene entrambi attengano a bisogni primari dei cittadini. In sostanza, dal riferimento alla nozione positiva di SIEG, contenuto in alcune norme del Trattato, si è giunti ad enucleare la più ampia nozione di SIG, formalmente assente.

Le nozioni di SIG e SIEG elaborate dalla prassi e dalla giurisprudenza comunitarie sono state oggi recepite e tradotte nell'art. 2, lett. g) ed h), T.U., secondo cui i SIG vengono definiti come «le attività di produzione e fornitura di beni e servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale». In essi sono espressamente inclusi anche i SIEG, definiti come «i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato».

---

concorrenti; l'entità della compensazione va depurata dell'eventuale presenza di inefficienze dell'impresa nella gestione o nell'erogazione del servizio e non deve eccedere quanto necessario per coprire tutti o parte dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi, al netto di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di tali obblighi.

<sup>47</sup> In tal senso, v. il «Libro bianco sui servizi di interesse generale (SIEG)», pubblicato dalla Commissione europea il 12 maggio 2004; nonché, la Comunicazione «Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea» del 2006.

<sup>48</sup> In tal senso, v. anche Corte giust. CE, sent. 19 maggio 1993, *Corbeau*, la quale ha ravvisato la violazione della normativa comunitaria nel caso in cui un gestore del servizio postale abbia una esclusiva anche in relazione al servizio di posta celere.

<sup>49</sup> Tali obblighi possono essere imposti sia a livello comunitario che nazionale o regionale.



È quindi consentita alle pubbliche amministrazioni la costituzione o la partecipazione societaria anche per i SIEG, e non solo per i servizi privi di interesse economico.

Va infine sottolineato come la norma faccia riferimento soltanto alla «produzione» del servizio, ma non anche alla sua «organizzazione e gestione», che invece sono prese in considerazione nella successiva lett. c) dell'art. 4, comma 2, T.U. Ciò sta a significare che, laddove la partecipazione societaria sia finalizzata all'organizzazione e alla gestione del servizio, la scelta del socio privato deve necessariamente avvenire attraverso il sistema della c.d. gara "a doppio" oggetto (art. 17, comma 1 e 2, T.U.), in cui cioè la partecipazione del privato è non meramente finanziaria, ma anche operativa, ossia funzionale all'effettivo affidamento della gestione e dell'organizzazione del servizio; viceversa, laddove la partecipazione societaria sia finalizzata soltanto alla produzione del servizio, la cui gestione ed organizzazione resta comunque incardinata in capo all'ente pubblico partecipante, la selezione del socio privato può, sempre nel rispetto dei principi di concorrenzialità, avvenire anche sulla base di criteri di ordine puramente finanziario. La ragione di ciò va ravvisata, probabilmente, nel fatto che solo dalla mutua compartecipazione e collaborazione alla gestione e all'organizzazione del servizio, dando luogo ad una forma di c.d. partenariato istituzionale pubblico-privato (IPPP) ed essendo, quindi, la partecipazione societaria del privato funzionalizzata allo svolgimento di compiti di natura operativa, la selezione del socio deve necessariamente avvenire in funzione delle caratteristiche tecniche oggettive del servizio da gestire e non sulla base di criteri puramente finanziari, come invece sarebbe possibile laddove la partecipazione societaria sia orientata soltanto alla produzione di un servizio sulla cui gestione ed organizzazione il socio privato non è chiamato ad interloquire o ad interagire. Fermo restando ovviamente che laddove alla partecipazione meramente finanziaria si accompagni anche l'affidamento diretto della «produzione» del servizio ed il controllo pubblico sulla società stessa, la società controllata affidataria diretta della produzione del servizio deve avere anche oggetto sociale esclusivo e deve operare in via prevalente con gli enti pubblici partecipanti o affidanti (art. 4, comma 4, T.U.), onde scongiurare che la partecipazione sociale possa restituire al socio privato un vantaggio competitivo spendibile nei confronti degli altri concorrenti di mercato. Tale vantaggio competitivo discenderebbe proprio dal fatto che il criterio di selezione del socio privato non è strumentalmente orientato in funzione dell'affidamento del servizio, ma soltanto dell'apporto di capitale, cioè al reperimento di una provvista finanziaria per la produzione di un servizio sulla cui gestione ed organizzazione, riservata all'ente pubblico, né il socio privato né la società partecipata possono interloquire o cooperare.



*6. segue: Progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma di amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 D.Lgs. 50/2016.*

Tale disposizione si riferisce alle società pubbliche di progetto, quali forma di partenariato pubblico/privato, che operano nell'ambito della finanza di progetto.

L'art. 193 D.Lgs. 50/2016 prevede la stipula di un accordo di programma tra soggetti pubblici e, ove opportuno, la costituzione di una società pubblica di progetto senza scopo di lucro, allorché il progetto preliminare prevedesse, ai fini della migliore utilizzazione dell'infrastruttura e dei beni connessi, l'attività coordinata di più soggetti pubblici. Alla società pubblica di progetto sono attribuite le competenze necessarie alla realizzazione dell'opera e delle opere strumentali o connesse, nonché alla espropriazione delle aree interessate, e all'utilizzazione delle stesse e delle altre fonti di autofinanziamento indotte dall'infrastruttura. Il suo scopo è quello di garantire il coordinamento tra i soggetti pubblici volto a promuovere la realizzazione ed eventualmente la gestione dell'infrastruttura, e a promuovere altresì la partecipazione al finanziamento.

*7. segue: Realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 D.Lgs. 50/2016, con un imprenditore privato, selezionato con le modalità di cui all'art. 17, comma 1 e 2, T.U.*

Le società a partecipazione pubblica sono annoverate tra le forme più comuni e diffuse di partenariato pubblico-privato (PPP)<sup>50</sup>, ed in particolare tra le forme di partenariato c.d. istituzionali (IPPP)<sup>51</sup> e la loro utilizzabilità, quali canali di finanziamento di interventi pubblici alternativi a quelli tradizionali, è stata anch'essa oggetto di ripetuti interventi legislativi nazionali restrittivi, in funzione

---

<sup>50</sup> Il contratto di partenariato pubblico privato (PPP) è dall'art. 3 lett. eee) D. Lgs. 50/2016 definito come «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore». Il contratto può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere o dei servizi connessi (art. 180 D. Lgs. 50/2016).

<sup>51</sup> Il IPPP è definito dalla prassi comunitaria come una cooperazione tra parte pubblica e soggetto privato alla realizzazione di un interesse pubblico, che implica la costituzione di un soggetto a capitale misto, che esegue appalti o concessioni pubblici; ma l'apporto privato deve consistere anche nella partecipazione attiva all'esecuzione del progetto, sicché, non sono IPPP le partecipazioni consistenti in semplici apporti di capitale fatti da investitori privati. Per maggiori approfondimenti, v. *infra*, sub art. 17 T.U.



dell'esigenza di garantire il mantenimento dell'assetto concorrenziale dei mercati ed il contenimento della spesa pubblica<sup>52</sup>.

La formulazione della disposizione in questione<sup>53</sup> costituisce la cristallizzazione legislativa della tortuosa evoluzione giurisprudenziale e dottrinale sviluppatasi nell'ultimo ventennio con riferimento alla legittimità comunitaria degli affidamenti diretti effettuati a favore di società a partecipazione mista, ove, anche in assenza dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la configurabilità del c.d. *in house providing*<sup>54</sup>, il socio privato sia stato comunque selezionato attraverso il previo esperimento di procedure di evidenza pubblica.

Fermo restando l'obbligo di selezionare il socio privato a mezzo di procedure di evidenza pubblica<sup>55</sup>, il principale problema postosi sotto il vigore dell'originario quadro normativo era quello relativo alla necessità o meno di espletare un'ulteriore gara per l'affidamento del contratto: ci si chiedeva cioè se fosse necessaria l'indizione di due gare, una per la scelta del socio e l'altra per l'affidamento del contratto<sup>56</sup> ovvero se, invece, la gara espletata a monte per la scelta del socio privato, fosse sufficiente a legittimare l'affidamento diretto alla neocostituita società mista<sup>57</sup>.

Inizialmente si era giunti ad affermare che, a prescindere dalla loro natura privatistica o pubblicistica, le società a partecipazione pubblica, pur essendo soggetti formalmente terzi rispetto alla P.A., in sostanza ne avrebbero rappresentato organi, propaggini organizzative, seppur dotate di autonoma personalità giuridica di diritto privato, purché però la P.A. ne avesse il controllo ed esercitasse sugli stessi una pregnante influenza. Secondo tale ricostruzione<sup>58</sup>, una volta costituita la società mista, si sarebbe potuto procedere ad affidamento diretto del servizio (o dell'appalto), se non altro perché, altrimenti, la stessa procedura di gara per la scelta del socio privato e la successiva costituzione della società mista non avrebbe avuto

---

<sup>52</sup> Sul punto, v. MUSSELLI, *Affidamento diretto dei servizi a società a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 2175 ss.; DE NICTOLIS, *Le società in house e miste*, in DE NICTOLIS-CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, 38 ss.

<sup>53</sup> Nella quale è parzialmente confluito il contenuto dell'art. 116 TUEL (espressamente abrogato dall'art. 29 T.U.), che prevede la possibilità, per gli enti locali, di costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, anche in deroga ai vincoli derivanti da disposizioni di legge specifiche, per l'esercizio di servizi pubblici privi di rilevanza economica e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio, nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti.

<sup>54</sup> I connotati e l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale dell'istituto dell'*in house providing* verranno approfonditi *infra*, sub art. 16 T.U.

<sup>55</sup> Cons. St., Sez. V, sent. 4 marzo 2008 n. 889, in *Urb. e app.*, 2008, 1132 (con nota di BALDI, *Principio generale della gara e scelta del socio privato*).

<sup>56</sup> In tal senso, v. Cons. giust. amm. Sicilia, sent. 27 ottobre 2006, n. 589; TAR Lombardia, Brescia, sent. 4 aprile 2001, n. 222, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1127 (con nota di DUGATO, *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*).

<sup>57</sup> In tal senso, Cons. St., Sez. V, sent. 13 dicembre 2005, n. 7058.

<sup>58</sup> Cass. civ., SS.UU., sent. n. 6 maggio 1995, n. 4989, *Siena Parcheggio*.



alcun senso<sup>59</sup>. Era del resto fin da subito apparso contraddittorio che l'ente locale decidesse di optare per la costituzione di una società di capitale, bandendo apposita gara per la scelta del socio privato (il quale oltretutto non avrebbe avuto alcun interesse a parteciparvi se non in vista del futuro affidamento del servizio), senza che poi a questa società, una volta costituita, non potesse essere direttamente affidata la gestione del servizio, dovendosi perciò al riguardo procedere all'indizione di un'ulteriore gara<sup>60</sup>.

Quest'orientamento era però divenuto insostenibile allorché, a partire dal 1999, con la celeberrima sentenza *Teckal*, la Corte di giustizia UE<sup>61</sup> iniziò a definire in maniera molto più restrittiva e stringente i contorni ed i requisiti del c.d. *in house providing* (v. *infra*), giungendo ad affermare che la partecipazione azionaria (anche maggioritaria) non è da sola sufficiente a qualificare l'organismo societario come mera articolazione interna dell'ente pubblico partecipante, necessari essendo a tal fine i due noti requisiti dell'esercizio da parte della P.A. sulla società di un controllo analogo<sup>62</sup> a quello da essa esercitato sui propri organi e dello svolgimento da parte della società della propria attività prevalentemente con la P.A. di appartenenza<sup>63</sup>. Solo con la congiunta presenza di questi due presupposti viene meno la duplicità delle soggettività e, quindi, delle volontà contrattuali; e pertanto, la P.A. può essere esonerata dal rispetto delle procedure negoziali di evidenza pubblica per l'affidamento dell'appalto o del servizio. In particolare, per aversi controllo analogo sarebbe necessaria una relazione di subordinazione gerarchica, sotto il profilo strutturale, gestionale e finanziario, talmente pervasiva da atteggiarsi a vero e

<sup>59</sup> Tale tesi appariva confermata dallo stesso tenore letterale dell'art. 22 L. 142/90 (poi art. 113 TUEL), che sembrava configurare l'affidamento diretto del servizio alla società a capitale misto, appositamente costituita, quale conseguenza naturale della scelta di avvalersi del modello societario.

<sup>60</sup> Cons. St., Sez. V, sent. 6 maggio 2002, n. 2418, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2002, 1231 (con nota di CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*); TAR Toscana, Sez. II, sent. 4 ottobre 2002, n. 2366, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1061 (con nota di GIOMI, *La gestione dei servizi*

*pubblici locali mediante forme associate: l'affidamento diretto a società per azioni multicomunali maggioritarie, fra diritto interno e diritto comunitario*); TAR Piemonte, Sez. II, sent. 14 ottobre 1999, n. 529, in *Nuove aut.*, 2000, 695 (con nota di PALMISANO, *Le società miste con compartecipazione pubblica minoritaria fra affidamento diretto del servizio pubblico locale e pubblica gara*); TAR Sicilia, Catania, Sez. II, sent. 14 luglio 2000, n. 1772.

<sup>61</sup> Corte giust. CE, sent. 18 novembre 1999, *Teckal*. Nella pronuncia vengono sviluppate argomentazioni già contenute, a livello embrionale, in Corte giust. CE, sent. 10 novembre 1998, *Arnhem* ed in *Id.*, sent. 9 settembre 1999, *Risan*.

<sup>62</sup> Sulle implicazioni sistematiche del requisito del c.d. "controllo analogo", v. VARANI, *L'in house providing: il concetto di "controllo analogo" tra disciplina comunitaria e normativa interna*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2008.

<sup>63</sup> Il requisito in questione è richiesto al fine di evitare che i vantaggi finanziari derivanti dall'attività con i soci pubblici vengano impiegati sul mercato per attività con soggetti privati: Corte giust. UE, sent. 11 maggio 2006, *Carbotermo e Alisei*, in *Foro it.*, 2006, IV, 510 (con nota di URSI, *Brevissime considerazioni sul vincolo di destinazione dell'attività delle società in house*); in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 841 (con nota di LACAVA, *In house providing e tutela della concorrenza*); in *Urb. e app.*, 2006, 1047 (con nota di LOTTI, *Corte di giustizia e involuzione dell'in house providing*); nonché, Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giur., sent. 4 settembre 2007 n. 719, in *Urb. e app.*, 2008, 211 (con nota di COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*).



proprio rapporto di delegazione interorganica tra P.A. e società: il solo controllo "sull'attività" non è né necessario, né sufficiente; occorre un controllo strutturale su tutto l'apparato organizzativo e gestionale dell'ente. La giurisprudenza comunitaria giunse persino ad escludere che una partecipazione pubblica totalitaria potesse essere da sola sufficiente a garantire tale controllo analogo<sup>64</sup>: le prerogative della

<sup>64</sup> Tale aspetto è stato ben evidenziato da Corte Giust CE, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 666 (con nota di SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*); in *Foro it.*, 2005, IV, 134 (con nota di URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*); in *Gior. dir. amm.*, 2005, 271 (con nota di GUCCIONE, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*); in *Urb. e app.*, 2005, 288 (con nota di DE NICOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*); ed in *Giur. comm.*, 2007, II, 63 (con nota di OCCHIOLO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*) che, con riferimento alle società per azioni a partecipazione pubblica, ha ritenuto configurabile l'istituto dell'*in house providing* (e, quindi, legittimo l'affidamento diretto senza gara) soltanto a condizione che l'ente societario presenti una partecipazione pubblica originaria e totalitaria. Nello stesso senso, v. anche Corte giust. CE, Sez. I, sent. 21 luglio 2005, *Consorzio CONAME*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 2004 (con nota di GAVERINI, *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di "controllo" sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*); in *Foro it.*, 2006, I, 76 (con nota di URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società in house*); nonché, Id., sent. 18 gennaio 2007, *Jean Auroux*). E ancor più rigoroso è stato l'orientamento espresso da Corte giust. UE, sent. 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, in *Giust. amm.*, 2005, 1061 (con nota di CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*); in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1915 (con nota di GOISIS, *I giudici comunitari negano la "neutralità" delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*); in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 44 (con nota di GILBERTI, *In house providing: questioni vecchie e nuove e di CALZOLARO, S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*); in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 133 (con nota di PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*); ed in *Urb. e app.*, 2006, 31 (con nota di LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*) (ribadita anche da Corte giust. UE, sent. 6 aprile 2006, *Enav*), la quale aveva escluso la configurabilità del controllo analogo persino laddove la partecipazione pubblica totalitaria non fosse stata accompagnata, tra l'altro, anche dall'impossibilità di ampliare l'oggetto sociale, di cedere il pacchetto azionario o di partecipare al capitale di altre società. In termini analoghi, Cons. St., Ad. Pl., sent. 3 marzo 2008, n. 1 aveva affermato che la partecipazione pubblica totalitaria è condizione necessaria ma non sufficiente per la sussistenza del controllo analogo, dovendo altresì lo statuto dell'ente contenere anche apposite clausole volte ad escludere espressamente ogni possibile futura cessione di quote del capitale sociale a terzi soggetti privati e a riconoscere in capo all'azionista pubblico poteri più ampi rispetto a quelli che ordinariamente spetterebbero a qualsiasi altro azionista (anche unico) privato. Non solo. Corte giust., sent. 11 maggio 2006, in causa c-340/04 era giunta addirittura ad escludere il controllo analogo anche nell'ipotesi in cui la totalità del pacchetto azionario sia detenuta, anziché direttamente dall'ente pubblico, indirettamente da una s.p.a., anch'essa assoggettato al controllo analogo dell'ente stesso. E ciò perché tale forma di partecipazione azionaria potrebbe comunque andare ad indebolire il controllo esercitabile dalla P.A. sulla società affidataria; ma *contra*, v. successivamente Corte giust. UE, Sez. II, sent. 19 aprile 2007, *Tragga*, in *Urb. e app.*, 2007, 1479 (con nota di CARANTA, *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*); Id., sent. 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*. La rigidità di questo orientamento venne però smussata da Corte giust. UE, Sez. II, sent. 10 novembre 2009, *SETCO*, secondo cui una certa apertura al capitale privato non sembra possa escludere la sussistenza del controllo analogo ed il conseguente affidamento diretto: la presenza di soci privati nel capitale sociale che non abbia alcuna influenza su atti e decisioni rilevanti per la società *in house*, non dovrebbe di per sé escludere la sussistenza del controllo analogo da parte degli enti pubblici, soci maggioritari. Tale più mite orientamento era stato infine recepito e cristallizzato dall'art. 12, comma 3, Dir. 24/2014/UE e dall'art. 17, comma 1, lett. b) Dir. 23/2014/UE, ammettendo «forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto», né «un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata». Tali disposizioni sono state recepite ed attuate dall'art. 16 T.U. (v. *infra*).



P.A. sulla *governance* societaria non possono essere solo quelle che competerebbero a qualsiasi azionista privato, anche unico; il controllo analogo richiede una vera e propria relazione interorganica, che si estrinseca in penetranti ed assorbenti poteri di ingerenza, *sub specie* di direzione, coordinamento, supervisione su tutta la gestione e l'attività dell'ente medesimo; solo così la società può essere considerata propaggine organizzativa esterna della P.A. e, quindi, l'obbligo di gara escluso<sup>65</sup>.

In sostanza, il controllo analogo è qualcosa di molto più pervasivo ed incisivo della mera influenza dominante che, in base alla ordinaria disciplina civilistica, il socio di maggioranza è in grado di esercitare sulla compagine sociale, necessario essendo che la partecipazione societaria sia accompagnata anche da un vero e proprio potere di comando da parte del socio pubblico sulle scelte imprenditoriali e sulla politica aziendale dell'intero ente societario, esorbitante rispetto a quelli immanentemente connaturati alla partecipazione azionaria, fosse pure quella dell'azionista unico, ed assimilabile a quello della subordinazione gerarchica.

In tutti gli altri casi, viene meno il requisito del controllo analogo, e la stazione appaltante è tenuta all'evidenza pubblica.

Alla luce degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza comunitaria, quindi, si era giunti ad affermare che, siccome la mera partecipazione pubblica al capitale sociale non sarebbe, di per sé, sufficiente ad escludere l'autonomia soggettiva dell'ente societario, trattandosi di soggetti terzi rispetto alla P.A., l'affidamento diretto contrasterebbe ormai irrimediabilmente con gli obblighi comunitari di evidenza pubblica<sup>66</sup>, anche in considerazione del fatto che, sebbene il socio privato fosse stato scelto mediante procedure di evidenza pubblica, i criteri con cui egli viene selezionato non coincidono con quelli di selezione del contraente affidatario dell'appalto o del servizio: mentre il socio viene scelto secondo criteri di affidabilità economico-finanziaria, l'affidatario dell'appalto o del servizio viene invece scelto in base alle capacità tecnico-operative necessarie all'adempimento della prestazione richiesta.

In senso contrario si era però obiettato che, se la società nasce con quella specifica missione, la capacità imprenditoriale ed operativa viene già presa in considerazione nel momento stesso in cui viene indetta la gara per la scelta del socio privato<sup>67</sup>. E

---

<sup>65</sup> Sull'assenza di un'alterità soggettiva tra ente pubblico controllante e società *in house*, v. di recente anche Corte cost., sent. 20 marzo 2013, n. 46.

<sup>66</sup> Cons. giust. amm., Sicilia, sent. 27 ottobre 2006, n. 589; TAR Piemonte, Sez. II, sent. 4 giugno 2007, n. 2539.

<sup>67</sup> Cons. St., Sez. V, sent. 13 dicembre 2005, n. 7058, in *Urb. e app.*, 2006, 586 (nota di GOSO, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e in house providing*); Id., sent. 30 aprile 2002, n. 2297, in *Foro it.*, 2002, III, 553 (con nota di SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*) ed in *Riv. trim. app.*, 2002, 776 (con nota di GUIDARELLI, *Le società multicomunali per la gestione dei servizi pubblici locali. Tutela della concorrenza e "qualità" della partecipazione pubblica locale*); Id., sent. 1 marzo 2003, n. 1145; Id., sent. 18 settembre 2003, n. 5316, in *Urb. e app.*, 2003, 1417 (con nota di MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*).



pertanto, l'obbligo di gara sarebbe stato configurabile solo per affidamenti ulteriori rispetto a quello per il quale fu inizialmente operata la scelta del socio privato<sup>68</sup>.

L'opinione giurisprudenziale prevalente<sup>69</sup> si attestò su un orientamento intermedio, proponendo la distinzione tra socio meramente finanziario e socio d'opera. L'affidamento diretto a società mista sarebbe stato compatibile con il diritto comunitario nella misura in cui la scelta del socio privato non fosse ispirata a criteri di natura prettamente economica o finanziaria, ma fosse finalizzata all'individuazione del soggetto privato maggiormente idoneo allo svolgimento di quella particolare missione che la società sarebbe stata chiamata poi a realizzare. In altri termini, non solo la scelta del socio privato deve rispondere a criteri non meramente finanziari ma operativi, che tengano conto delle competenze tecniche richieste per l'erogazione di quel particolare servizio per cui la società viene costituita, ma l'affidamento diretto può avere ad oggetto solo quel singolo e particolare servizio per il quale la società è stata originariamente costituita e per il quale il socio privato è stato scelto. Deve cioè trattarsi non di un mero socio finanziario, ma di un vero e proprio socio di lavoro, un socio industriale o d'opera. Solo in questo caso sarebbe stata ravvisabile quella stretta connessione tra la scelta del socio e l'affidamento del servizio, tale per cui la società si sarebbe venuta a configurare quale mero strumento operativo per attuare la collaborazione col privato. Deve trattarsi inoltre di un affidamento a tempo determinato, al termine del quale si procederà ad una nuova gara. Pertanto, secondo tale orientamento, l'affidamento diretto a società mista sarebbe legittimo alle seguenti condizioni: la scelta del socio privato non deve essere condotta secondo criteri di natura meramente finanziaria; sia adeguatamente motivata la scelta di tale modulo organizzativo; il socio privato deve apportare un contributo non meramente finanziario, ma concretamente operativo ed organizzativo; sia ragionevolmente determinata la durata del rapporto sociale<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> DE NICTOLIS, *Società cit.*, 41.

<sup>69</sup> In tal senso, Cons. St., Sez. II, par. 18 aprile 2007, n. 456, in *App. e contr.*, 2007, 1377 (con nota di CAPACCI-MORETTI, *Il requisito del "controllo analogo" nella gestione dei servizi pubblici locali. Aspetti interpretativi del vincolo di subordinazione*); in *Dir. e prat. amm.*, 2007, n. 6, 10 (con nota di ATELLI, *Società miste: sì all'in house se il socio è "d'opera o di lavoro"*); in *Foro it.*, 2007, III, 611 (con nota di SIMONETTI, *Recenti orientamenti in tema di società miste*); in *Urb. e app.*, 2007, 984 (con nota di GIOVANNELLI, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*); V. pure URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, 2006, 1420 ss. Tale orientamento venne poi ribadito da Cons. St., Sez. V, sent. 26 agosto 2009, n. 1345; Id., sent. 3 febbraio 2009, n. 591; Cons. St., Sez. VI, sent. 16 marzo 2009, n. 1555. In forma dubitativa, la stessa soluzione era stata adombrata anche da Cons. St., Ad. Pl., sent. 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1126 (con nota di PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*); in *Dir. e prat. amm.*, 2008, 4, 10 (con nota di SCOCA, *Gli affidamenti diretti sotto la scure del giudice amministrativo*); ed in *Urb. e app.*, 2008, 1008 (con nota di ROTIGLIANO, *Le società miste secondo la plenaria e la Corte europea*).

<sup>70</sup> Maggiori approfondimenti in DE NICTOLIS, *Gli elementi connotanti le società miste*, in DE NICTOLIS-CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, 172 ss.



Tale orientamento ricevette l'avallo anche della giurisprudenza comunitaria<sup>71</sup>, la quale riconobbe la compatibilità con i principi comunitari degli affidamenti diretti a favore di società a partecipazione pubblica, a condizione che: la società sia stata appositamente costituita per l'espletamento di quel solo determinato affidamento; che tale affidamento presenti rilevanza economica; che la società in questione abbia un oggetto sociale esclusivo, non suscettibile di ampliamento mediante successive modifiche statutarie; che il socio privato sia chiamato a svolgere compiti di natura "industriale" ed "operativa", e non meramente finanziaria; che tale socio sia selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle specifiche prestazioni da fornire (c.d. gara "a doppio oggetto"); che l'affidamento sia a tempo determinato; e che la durata dell'affidamento sia circoscritta entro ragionevoli limiti di tempo.

In ultima analisi, la giurisprudenza comunitaria e nazionale era pervenuta a ritenere che, in assenza dei presupposti dell'*in house providing*, l'affidamento diretto può essere considerato legittimo soltanto laddove la società mista rappresenti null'altro che una modalità organizzativa con cui la P.A. controlla e rafforza la propria influenza sull'affidamento disposto, con gara, al socio operativo della società, monitorandone dall'interno la gestione, nel senso cioè che il socio privato, oltre a dover essere scelto con gara, deve necessariamente essere coinvolto nell'esecuzione operativa del contratto oggetto di affidamento e non deve quindi trattarsi di una partecipazione di natura puramente finanziaria (c.d. gara "a doppio oggetto").

Restava aperto però il problema relativo alla necessità o meno di un'espressa autorizzazione legislativa affinché la P.A. potesse utilizzare il modello della società mista<sup>72</sup> o se, invece, una tale facoltà fosse implicitamente connotata ai più o meno ampi margini di autonomia organizzativa riconosciuti a qualsiasi ente pubblico, nonché alla loro capacità negoziale di diritto privato, che li legittimerebbe a stipulare, anche in assenza di espressa indicazione legislativa, qualsiasi tipologia di contrattuale, purché compatibile con le finalità istituzionali assegnategli dalla legge<sup>73</sup>.

Ed infatti, mentre l'orientamento comunitario considera la società mista, al pari dell'*in house providing*, modello organizzativo perfettamente alternativo ed equipollente all'esternalizzazione tramite gara a soggetti terzi, reputando entrambi i modelli organizzativi ininfluenti ai fini del rispetto delle norme e dei principi comunitari in materia di concorrenza, viceversa, la giurisprudenza amministrativa

<sup>71</sup> Corte giust. UE, sent. 15 ottobre 2009, *Acoset*, in *Urb. e app.*, 2010, 43 (con nota di VOLPE, *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*). Nello stesso senso si era espressa anche Comm. UE, com. 5 febbraio 2008, sulle forme di IPPP.

<sup>72</sup> In tal senso, Cons. St., Sez. VI, sent. 16 marzo 2009, n. 1555.

<sup>73</sup> In tal senso, Cons. St., Sez. V, ord. 23 ottobre 2007, n. 5587.



nazionale richiedeva una motivazione specifica per il ricorso alla società mista rispetto all'affidamento a terzi tramite gara. E ciò in ragione del fatto che, come già ricordato, nel corso degli ultimi anni si era assistito ad un fenomeno di creazione indiscriminata e spesso immotivata di organismi societari (soprattutto da parte delle amministrazioni territoriali), non di rado ispirato esclusivamente da intenti elusivi delle forme di controllo pubblicistico esterno sulla spesa pubblica.

Oltretutto, tali organismi societari, nella misura in cui possono beneficiare di affidamenti diretti di commesse pubbliche, creando un'area di esclusiva immune ai meccanismi e alle dinamiche concorrenziali di mercato, si traducono anche in un ostacolo, soprattutto nel settore dei servizi pubblici (c.d. *public utilities*), alle politiche economiche di liberalizzazione e di apertura concorrenziale dei mercati e, quindi, la loro indiscriminata proliferazione viene anche percepita come un freno alla crescita e alla competitività del sistema economico<sup>74</sup>.

Sicché, come già ricordato, a partire dal 2008, specie con l'aggravarsi della crisi economica e finanziaria e con i sempre più stringenti limiti finanziari alle politiche di bilancio nazionali imposti dall'Unione europea attraverso il Patto di stabilità, il legislatore è intervenuto a più riprese proprio per limitare la possibilità per le amministrazioni di ricorrere alla creazione di questi organismi societari quale mezzo per adempiere ai loro compiti istituzionali<sup>75</sup>.

Ed anche la giurisprudenza costituzionale<sup>76</sup> aveva maturato al riguardo un orientamento particolarmente restrittivo, giungendo ad affermare che, siccome anche la legislazione regionale è tenuta a rispettare i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione e dell'organizzazione amministrativa ex art. 97 Cost., la scelta di un'amministrazione territoriale di avvalersi di una società di capitali a partecipazione mista o alla creazione di un organismo *in house* per lo svolgimento delle proprie funzioni o l'erogazione dei propri servizi potesse essere considerata legittima solo laddove ciò rispondesse ad effettive e concrete esigenze di carattere organizzativo, tenuto anche conto dei relativi oneri finanziari.

Con specifico riferimento all'affidamento della gestione e dell'organizzazione dei servizi pubblici locali, la possibilità di ricorrere alla creazione o alla partecipazione in organismi societari da parte degli enti locali, originariamente sancita dagli artt. 22 L. 142/90 e 113 TUEL, era stata notevolmente limitata dall'art. 23-bis D.L. 112/2008

---

<sup>74</sup> GOISIS, *I limiti all'attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 560 ss.

<sup>75</sup> È già stato ricordato (v. *supra*) che l'art. 3, comma 27 ss., L. 244/2007 ha vietato alle amministrazioni di costituire o partecipare in società per finalità non strettamente necessarie alle proprie funzioni istituzionali, espressamente eccettuando quelle costituite per la gestione di servizi di interesse generale o di committenza. Ulteriori restrizioni erano state introdotte anche ad opera dell'art. 14, comma 32, D.L. 78/2010 (conv., in L. 122/2010) che ha vietato la costituzione o la partecipazione in società di capitale per i Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, imponendo la dismissione di quelle già esistenti.

<sup>76</sup> Corte cost., sent. 277/2005 e 29/2006.



(conv. in L. 133/2008, successivamente modificato dall'art. 15 D.L. 135/2009<sup>77</sup> ed attuato dal D.P.R. 168/2010)<sup>78</sup>, al dichiarato scopo di «favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza»: mentre l'affidamento *in house* veniva consentito, in alternativa all'esternalizzazione, soltanto laddove ricorressero «situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato», sempre purché «nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria» e dando adeguata e pubblicizzata motivazione della scelta, «in base ad un'analisi del mercato», accompagnata da una relazione tecnica, da trasmettere all'AGCM e all'autorità di regolazione del settore, ove costituite, chiamate a verificarne la correttezza», l'affidamento diretto a società mista era invece contemplato come modalità ordinaria, alternativa alla gara pubblica, senza particolari motivazioni, purché la gara per la scelta del socio privato avesse ad oggetto sia la qualità di socio, sia l'attribuzione dei «compiti operativi connessi alla gestione del servizio» (c.d. "gara a doppio oggetto"), e purché al socio privato venisse attribuita una partecipazione non inferiore al 40% (al fine di rendere la partecipazione appetibile per il privato e favorire la progressiva liberalizzazione del settore)<sup>79</sup>. Infine, anche alle società miste affidatarie dirette di servizi pubblici locali veniva esteso il divieto (già introdotto dall'art. 13 D.L. 223/2006 per le società strumentali: v. *infra*) di partecipare a gare o di acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, oppure di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, direttamente o tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, a meno che non si tratti di società quotate in mercati regolamentati (c.d. divieto di *extra moenia* o di cumulo di attività).

In sostanza, gli interventi legislativi del 2008 e del 2009 avevano inteso limitare il più possibile l'uso di forme di affidamento diretto non concorrenziale della gestione di servizi pubblici che, in ragione della loro rilevanza economica, fossero appetibili sul mercato e potessero influenzare i rapporti concorrenziali tra i vari operatori economici di quello specifico settore merceologico<sup>80</sup>. In virtù del principio di

<sup>77</sup> Maggiori approfondimenti in GILIBERTI-PERFETTI-RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 257 ss.; SCARAFIOCCA, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2010.

<sup>78</sup> Su cui v. DELLO SBARBA, *Il regolamento attuativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Urb. e app.*, 2011, 22 ss.

<sup>79</sup> Reputata costituzionalmente legittima da Corte cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325 in ragione della sua ratio pro-concorrenziale (v. *supra*). Ma in senso critico, sul punto, v. URBANO, *Le società cit.*, 40. Ci si chiedeva però se fosse possibile una partecipazione privata superiore al 50% e, in caso affermativo, quali potessero essere gli eventuali strumenti di controllo sulla gestione da parte del socio pubblico.

<sup>80</sup> Il legislatore mostrava in questo modo di voler assegnare alle amministrazioni pubbliche locali il compito non tanto di gestione attiva dell'erogazione del servizio (c.d. *producer*), quanto piuttosto quello di autorità pubblica preposta alla regolazione, al controllo e alla vigilanza del servizio (c.d. *provider*) nell'interesse della comunità locale, come del resto messo in evidenza dall'attenzione con cui era stato disciplinato il contenuto dei contratti di



sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.), la P.A. è chiamata ad intervenire nella gestione e nell'erogazione diretta del servizio solo laddove i meccanismi di mercati non siano in grado, attraverso l'interazione tra domanda ed offerta, di soddisfare le esigenze pubblicistiche di qualità, accessibilità ed universalità delle prestazioni, secondo criteri di valutazione essenzialmente politici e legati alla situazione sociale, culturale ed economica che contraddistingue il particolare e necessariamente contingente momento storico<sup>81</sup>.

La disciplina introdotta dall'art. 23-bis D.L. 112/2008 e s.m.i. era stata reputata costituzionalmente legittima<sup>82</sup> anche nella parte in cui poneva limitazioni a tutela della concorrenza più restrittive rispetto a quelle imposte dall'ordinamento comunitario in tema di affidamento diretto della gestione di servizi pubblici: se è vero che una normativa nazionale più restrittiva non è imposta dal diritto comunitario, è anche vero però che non per questo essa debba considerarsi vietata; la normativa comunitaria impone soltanto delle misure minime ed indefettibili di tutela della concorrenza, vietandone la deroga ad opera delle legislazioni nazionali; ma non preclude ai singoli Stati di introdurre normative più incisive. La tutela della concorrenza è cioè materia di competenza legislativa esclusiva statale (art. 117 Cost.) non solo sotto il profilo statico, ossia di misure volte a garantire che la concorrenzialità del mercato non venga inquinata; ma anche sotto il profilo dinamico, ossia di misure volte ad incrementare il livello di concorrenzialità del mercato stesso, con il solo limite della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità dell'intervento statale<sup>83</sup>.

Maggiori critiche aveva invece sollevato l'estensione del divieto di extraterritorialità anche alle società miste: se è vero che l'affidamento a società mista con partecipazione privata di carattere non puramente finanziaria e con socio scelto mediante procedure di gara a c.d. "doppio oggetto" viene a configurarsi, anche per il diritto comunitario, come modello organizzativo perfettamente equipollente, sotto il profilo del rispetto dei principi concorrenziali, all'esternalizzazione verso terzi, non si vede per quale ragione debba a tali società miste essere esteso il divieto di extraterritorialità, che invece appare giustificato in termini pro-concorrenziali soltanto con riferimento alle società *in house* ai fini della configurabilità del requisito

---

servizio e delle carte dei servizi pubblici, che gli affidatari sono tenuti ad adottare (cfr. STADERINI- CARETTI-MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2011, 275).

<sup>81</sup> In questo modo, mano a mano che il servizio viene liberalizzato, il provvedimento di affidamento tende progressivamente ad assumere la fisionomia dell'atto autorizzatorio, finalizzato a verificare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti tecnici affinché il gestore possa correttamente essere ritenuto idoneo all'erogazione del servizio e a regolarne le modalità di svolgimento, in sostituzione dell'atto concessorio, al fine di garantire il rispetto degli obblighi di servizio e dei livelli essenziali delle prestazioni.

<sup>82</sup> Corte cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325.

<sup>83</sup> Cfr. anche Corte cost., sent. 20 marzo 2013, n. 46.



della c.d. "attività prevalente"<sup>84</sup>: estendere anche alle società miste (oltre che a quelle *in house*) con socio operativo (scelto mediante gara a doppio oggetto) il divieto di extraterritorialità (e/o cumulo di attività) si presentava come irragionevolmente ed immotivatamente limitativo dell'autonomia organizzativa dell'ente pubblico, in quanto non imposto dai principi comunitari in materia di tutela della concorrenza ed in quanto trattasi di forma di affidamento perfettamente sovrapponibile ed equiparabile all'esternalizzazione a terzi mediante gara. Tale anomalia venne dapprima corretta dall'art. 9, comma 2, lett. h), i) e l) L. 183/2011, che modificò la norma escludendo dal divieto di extraterritorialità (o cumulo di attività) le società miste regolarmente costituite secondo il modello della gara a doppio oggetto; e poi risolto in radice per effetto della declaratoria d'incostituzionalità che ha colpito l'art. 4 D.L. 138/2011 (v. *infra*).

Gli interventi legislativi varati a cavallo tra il 2008 ed il 2009 avevano tuttavia fatto paventare, a livello politico, il rischio che la drastica accelerazione imposta al processo di privatizzazione dei servizi pubblici locali potesse comportare una grave alterazione del già delicato equilibrio tra le esigenze di tutela dell'utenza e quelle di garanzia e promozione dell'assetto concorrenziale del mercato delle *public utilities*<sup>85</sup>. L'intento dei promotori del *referendum* era quello di ottenere la "ripubblicizzazione" di alcuni servizi ritenuti di vitale importanza per la collettività, sottraendoli quindi alle regole del mercato concorrenziale, per riservarli alla inderogabile gestione della mano pubblica, senza alcuna possibilità di partecipazione di soggetti privati<sup>86</sup>.

Ma a dispetto delle intenzioni referendarie<sup>87</sup>, tale effetto non si produsse. L'esito positivo del *referendum* ha infatti determinato l'integrale abrogazione dell'art. 23-*bis* cit. e l'abrogazione derivata del successivo regolamento attuativo D.P.R. 168/2010. Sicché, venute meno le stringenti limitazioni e condizionamenti contenuti nell'art. 23-*bis* cit., l'ente pubblico avrebbe riacquisito, alla luce della disciplina comunitaria (ed in particolare sul PPP), la possibilità di scegliere discrezionalmente tra la gestione *in house* del servizio pubblico, l'esternalizzazione a terzi mediante gara ovvero affidamento diretto a società "mista" il cui socio (d'opera) fosse stato scelto

<sup>84</sup> In tal senso, cfr. Cons. St., Sez. V, sent. 11 aprile 2011, n. 2222.

<sup>85</sup> Era stata sollevata la preoccupazione che un frettoloso processo di liberalizzazione potesse comportare il rischio di creazione di perniciose forme di oligopolio da parte delle imprese economicamente più forti e dominanti sul mercato, specie con riferimento a servizi pubblici di carattere primario per la collettività, quale ad esempio il servizio idrico integrato. L'art. 23-*bis* D.L. 112/08 (come mod. dall'art. 15 D.L. 135/09) era stato allora assoggettato a *referendum* abrogativo, nel timore che l'obbligo di partecipazione privata superiore al 40% potesse dar luogo a forme surrettizie di privatizzazione di servizi locali di natura essenziale, quale appunto il servizio idrico, imponendo agli enti locali l'obbligo di dismissione parziale del relativo pacchetto azionario, ove eccedente tale soglia. Il quesito referendario prevedeva però l'abrogazione integrale dell'art. 23-*bis* cit.

<sup>86</sup> SASSO-SIRONI, *Acqua pubblica, il referendum tradito*, in *Micromega*, 2013, 6.

<sup>87</sup> RODOTÀ, *La battaglia dell'acqua*, in *la Repubblica*, 17 marzo 2016.



con gara a "doppio oggetto"<sup>88</sup>. L'abrogazione dell'art. 23-bis cit. aveva cioè determinato il venir meno delle limitazioni introdotte da tale disposizione per la scelta da parte delle amministrazioni locali delle modalità di gestione del servizio pubblico, posto che tali limitazioni erano state dalla giurisprudenza costituzionale<sup>89</sup> ritenute non imposte dai principi dell'ordinamento comunitario, sebbene rientranti nella competenza legislativa statale in materia di concorrenza ex art. 117 Cost. L'unica fonte di disciplina dei servizi pubblici locali risultava essere quindi quella prevista a livello generale dall'art. 106 TFUE<sup>90</sup>.

Questo vuoto normativo si era però protratto soltanto fino all'introduzione dell'art. 4 D.L. 138/2011 (con. in L. 148/2011), ai sensi del quale, fatta eccezione per alcuni particolari servizi pubblici locali<sup>91</sup>, era stata reintrodotta una disciplina in larga parte analoga a quella precedentemente contenuta nell'abrogato art. 23-bis cit.: gli enti locali, nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario, sarebbero stati chiamati a verificare periodicamente se il servizio pubblico di rilevanza economica fosse gestibile in forma concorrenziale e a liberalizzarlo ove compatibile con le esigenze di universalità ed accessibilità; e ove ciò non fosse risultato possibile, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, si sarebbero potute adottare forme diverse di gestione, chiarendo e motivando le ragioni di esclusione della liberalizzazione, nonché definendo preliminarmente gli obblighi di servizio in capo ai gestori; la relativa delibera sarebbe stata adeguatamente pubblicizzata ed inviata all'AGCM.

Tuttavia, proprio in quanto riproduttivo, nei sui tratti essenziali, dell'art. 23-bis D.L. 112/2008 e s.m.i., precedentemente abrogato in via referendaria, l'art. 4 D.L. 138/2011 e s.m.i., è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'art. 75 Cost.<sup>92</sup>.

Per effetto della declaratoria di incostituzionalità, sono quindi tornati ad essere direttamente applicabili gli assai meno restrittivi principi del diritto europeo,

---

<sup>88</sup> BARISANO, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a seguito del referendum abrogativo dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *Riv. Corte conti*, 2011, 5-6, 475 ss.

<sup>89</sup> V. Corte cost., sent. 17 novembre 2010, n. 325.

<sup>90</sup> Non solo. L'abrogazione dell'art. 23-bis cit. e quella conseguenziale del D.P.R. 168/2010 aveva altresì comportato: l'eliminazione del parere interlocutorio dell'AGCM; l'integrale riespansione della portata applicativa delle discipline di settore, per quanto attiene ai servizi di gas, energia elettrica, servizio ferroviario regionale, farmacie comunali; l'eliminazione del divieto per gli enti *in house* di svolgere attività *extra moenia*, purché di carattere marginale; l'eliminazione del limite minimo del 40% della partecipazione privata; nonché, l'eliminazione per le società miste dell'obbligo di gara o di concorso per l'acquisto di beni o servizi o per l'assunzione di personale, salvo comunque il disposto dell'art. 18 L. 133/08, ai sensi del quale le società miste che gestiscono servizi pubblici locali devono adottare le procedure del pubblico concorso per l'assunzione di personale.

<sup>91</sup> Quale, appunto, nel rispetto della volontà referendaria, il servizio idrico, quello farmaceutico, gas, energia elettrica e trasporto ferroviario regionale.

<sup>92</sup> Corte cost., sent. 20 luglio 2012, n. 199, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 155 (con nota di BERCELLI, *Servizi pubblici locali e referendum*).



elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di affidamenti diretti, la quale, come più volte ricordato, considera esternalizzazione, *in house* e società mista "a doppio oggetto" strumenti operativi equipollenti ai fini del rispetto dell'assetto concorrenziale dei mercati.

Viene così a riaprirsi il problema attinente alla possibilità o meno per la P.A. di utilizzare il modello della società a partecipazione pubblica, anche in assenza di un'esplicita norma di legge che lo espressamente lo consenta. Secondo alcuni, la diretta applicazione delle norme e dei principi comunitari avrebbe integralmente ripristinato la possibilità (in precedenza contemplata dall'originaria formulazione dell'art. 113 TUEL) per la P.A. di scegliere liberamente tra varie modalità di gestione dei servizi pubblici, alternative rispetto alla esternalizzazione mediante gara, ivi comprese la gestione *in house* e l'affidamento diretto a società mista con socio selezionato mediante gara a "doppio oggetto", secondo valutazioni di opportunità riservate alla stessa P.A., ma senza più le ulteriori e stringenti limitazioni che invece erano state introdotte dall'art. 23-bis D.L. 112/2008 prima e dall'art. 4 D.L. 138/2011 e s.m.i. poi. Sicché, anche nella materia dei servizi pubblici locali, esternalizzazione, affidamento *in house* e affidamento diretto a società mista con socio operativo scelto mediante gara a doppio oggetto erano tornati ad essere, in applicazione dei principi di estrazione comunitaria, modelli organizzativi tra loro perfettamente equipollenti e succedanei, la cui scelta è integralmente rimessa alle valutazioni di opportunità della P.A., come tali insindacabili in sede giurisdizionale.

Secondo invece un orientamento (rimasto tuttavia minoritario), non potendo aversi la reviviscenza dell'art. 113 TUEL<sup>93</sup> (che espressamente contemplava la società a partecipazione pubblica quale strumento di gestione ed organizzazione servizio pubblico) e non essendo riscontrabile in capo alla P.A. una generalizzata capacità giuridica di diritto societario (v. *retro*), l'utilizzo della società a partecipazione pubblica era da ritenersi, in virtù del principio di legalità dell'azione e (soprattutto) dell'organizzazione amministrativa (art. 97 Cost.), ormai non più consentito: il modello societario sarebbe utilizzabile soltanto laddove un'espressa disposizione legislativa nazionale lo consenta; la giurisprudenza comunitaria<sup>94</sup> ha infatti affermato la legittimità comunitaria delle norme interne che contemplino tale modalità di affidamento; ma non ritiene affatto che tale modalità sia possibile sulla sola base dei principi comunitari, ossia anche in assenza di apposite disposizioni di

---

<sup>93</sup> Sul punto, l'art. 113 TUEL era stato abrogato dall'art. 23-bis D.L. 112/2008 (come mod. dall'art. 15 D.L. 135/2009), il quale è stato a sua volta abrogato in via referendaria. Ora, siccome, per il principio generale di irretroattività della legge (art. 11 disp. prel. c.c.), l'abrogazione della norma abrogante non determina la reviviscenza della norma abrogata, ne consegue che l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis D.L. 112/2008 non fa tornare in vigore il precedentemente abrogato art. 113 TUEL.

<sup>94</sup> Corte giust. UE, sent. 15 ottobre 2009, *Acosef*.



legge interna, pena altrimenti la violazione del principio di legalità (da intendere in senso sostanziale) dell'azione e dell'organizzazione amministrativa (art. 97 Cost.).

La materia era stata quindi per l'ennesima volta ridisciplinata dall'art. 34, commi 20 e ss., D.L. 179/2012 (conv. in L. 221/2012), stabilendo che l'affidamento dei servizi di rilevanza economica sarebbe potuto avvenire soltanto sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito *internet* dell'ente affidante, che avesse conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisse i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste. Sicché, alla luce di tale ennesimo intervento legislativo, sembrava riconosciuta la possibilità per le amministrazioni locali di procedere all'affidamento del servizio secondo le modalità classiche contemplate dal diritto europeo e dalla giurisprudenza costituzionale, ossia: esternalizzazione a privati concessionari scelti mediante gara pubblica; affidamento a società di capitale a partecipazione pubblica, il cui socio operativo e non meramente finanziario venga scelta previo esperimento di gara pubblica; affidamento *in house*<sup>95</sup>.

Restava però da chiarire se vi fosse o meno una "gerarchia" tra queste forme di affidamento, nel senso cioè se l'opzione per l'una piuttosto che per l'altra o per l'altra ancora fosse rimessa o meno all'insindacabile apprezzamento discrezionale dell'amministrazione locale. Secondo alcuni<sup>96</sup>, la scelta per l'affidamento *in house* o a società mista, in ragione della complessità organizzativa che contraddistingue tale soluzione, avrebbe dovuto essere sorretta da adeguata motivazione, giustificata in ragione delle connotazioni tipologiche del servizio da erogare o delle caratteristiche del bacino di utenza che si intende soddisfare<sup>97</sup>. In ogni caso, la disciplina imponeva che la scelta di affidamento (diretto o tramite gara) fosse il risultato di un'istruttoria e fosse supportata da adeguata motivazione.

Lungo la medesima direttrice si colloca quindi l'odierno art. 4, comma 2, lett. c) T.U., il quale testualmente ammette l'affidamento diretto nei confronti di società mista sia per la realizzazione e gestione di opere, sia per l'organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale in regime di partenariato col socio privato, purché selezionato attraverso gara "a doppio oggetto", alle condizioni descritte dall'art. 17 T.U., ai sensi del quale, nelle società costituite per tali finalità, la quota di partecipazione del privato non può essere inferiore al 30% e la selezione del medesimo deve svolgersi con procedure di evidenza pubblica a norma dell'art. 5, comma 9, D. Lgs. 50/2016 ed avere ad oggetto, al contempo, «la sottoscrizione o

<sup>95</sup> In tal senso, CASSETTA, *Manuale cit.*, 750.

<sup>96</sup> CASSETTA, *Manuale cit.*, 750.

<sup>97</sup> In tal senso sembrava militare anche la disposizione contenuta nel sopravvissuto art. 3-*bis* D.L. 138/2011, ai sensi del quale la scelta per l'esternalizzazione del servizio costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli enti territoriali ai fini dell'applicazione del PSI.



l'acquisto della partecipazione azionaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività stessa»<sup>98</sup>.

Per non incorrere in nuove censure di illegittimità costituzionale e rispettare l'esito della consultazione referendaria del 2011, il legislatore ha quindi voluto mantenere il regime di perfetta alternatività tra esternalizzazione, affidamento *in house* e affidamento a società mista "a doppio oggetto", quali strumenti equipollenti di gestione ed organizzazione del servizio, la cui opzione per l'uno piuttosto che per gli altri viene quindi rimessa all'apprezzamento discrezionale della P.A., sebbene l'esercizio di tale potere di scelta, pur attenendo a valutazioni di merito riservate alla P.A. e non suscettibili di sindacato giurisdizionale (artt. 4 e 5 LAC), viene assoggettato dal successivo art. 5 T.U. non solo ad un onere motivazione aggravato e particolarmente stringente, ma anche a tutta una fitta rete di controlli esterni (di cui si darà conto nel proseguo della trattazione)<sup>99</sup>.

Sulle ragioni per cui tale onere di motivazione aggravato, accompagnato da un nuovo e peculiare sistema di controlli delle scelte organizzative della P.A. (art. 5 T.U.) non può ritenersi in contrasto con gli esiti del *referendum* abrogativo del 2011, ci si soffermerà *infra* nel proseguo della trattazione.

*8. segue : Autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento.*

La norma in questione consente la partecipazione societaria pubblica laddove finalizzata ad autoprodurre beni o servizi «strumentali»<sup>100</sup> all'ente o agli enti pubblici partecipanti, in alternativa cioè all'esternalizzazione mediante gara, purché ciò avvenga nel rispetto dei principi concorrenziali dettati dal diritto comunitario e dal diritto nazionale.

Per la decodificazione del concetto di «beni o servizi strumentali» è necessario fare riferimento agli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in passato maturati con riferimento alla delimitazione dell'ambito applicativo del previgente art. 13 D.L. 223/2006 (v. *infra*), il quale, da un lato, imponeva l'esclusività dell'oggetto sociale di tali società «strumentali» e, dall'altro, vietava loro lo svolgimento di attività nei confronti di soggetti diversi dagli enti pubblici partecipanti. Dall'ambito applicativo della disposizione erano espressamente escluse le società affidatarie di servizi di

---

<sup>98</sup> Sul punto, v. anche NERI, *La società mista pubblico privato*, in AA.Vv., *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura Garofoli-Zoppini e coord. da Massa Felsani), Roma, 2018, 131 ss.

<sup>99</sup> Per una trattazione approfondita, v. anche STANIZZI, *Le società in house*, in AA.Vv., *Manuale delle società a partecipazione pubblica* (a cura Garofoli-Zoppini e coord. da Massa Felsani), Roma, 2018, 73 ss.

<sup>100</sup> L'autoproduzione di beni o servizi di carattere non strumentale rientra già nell'ipotesi contemplata dalla precedente lett. a).



committenza e quelle affidatarie di servizi pubblici, finalizzate cioè ad erogare prestazioni non in favore dell'ente, bensì in favore della collettività degli utenti.

In particolare, nel delineare l'ambito applicativo del suddetto divieto, la giurisprudenza<sup>101</sup> ha chiarito che società strumentali sono quelle costituite per lo svolgimento di attività essenzialmente rivolte alla P.A. e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione di servizi pubblici, le quali mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività. Sono strumentali all'attività dell'ente pubblico tutti quei beni e servizi erogati a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali<sup>102</sup>. Trattasi cioè di quegli organismi societari chiamati a svolgere non attività di impresa, bensì "attività amministrativa in forma privatistica", ossia che erogano beni o servizi direttamente a favore dell'ente territoriale controllante e strettamente necessari all'espletamento delle loro attività istituzionali<sup>103</sup>, vale a dire a diretto ed immediato supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività e servizi rivolti essenzialmente alla stazione appaltante e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività, anche se occasionalmente fruiti dall'ente locale<sup>104</sup>.

A differenza di quanto stabilito alla precedente lett. c) per la «realizzazione e gestione di un'opera pubblica» ovvero per l'«organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale» in regime di partenariato, per l'ipotesi in questione il legislatore non contempla l'obbligo di selezionare il socio privato mediante procedura di gara a c.d. "doppio oggetto". Ciò in ragione del fatto che, avendo la società ad oggetto soltanto la produzione del servizio strumentale, ma non anche la sua organizzazione e gestione, nulla esclude che la partecipazione privata possa avere anche natura puramente finanziaria, sicché non vi è alcuna ragione per imporre lo svolgimento di una gara a "doppio oggetto", laddove il socio privato non venga chiamato a svolgere compiti operativi di rilevanza pubblicistica: la sua partecipazione sarebbe in questo caso null'altro che uno strumento di

---

<sup>101</sup> Corte conti, Sez. contr. Puglia, par. 27 febbraio 2008 n. 3; Corte conti, Sez. contr. Lombardia, par. 11 aprile 2008 n. 23; Cons. St., Sez. VI, sent. 16 gennaio 2009, n. 215; Cons. St., Sez. V, sent. 10 settembre 2010, n. 6527, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 412 (con nota di MENTO, *Società strumentali e tutela della concorrenza*).

<sup>102</sup> TAR Lazio, Sez. II, sent. 5192/2007, in *Urb. e app.*, 2007, 1518.

<sup>103</sup> In tal senso, v. Cons. St., Sez. V, sent. 22 febbraio 2010, n. 1037; Id., sent. 16 novembre 2010, n. 8069. Sul punto, v. *funditus* URSL, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da regioni ed enti locali*, Napoli, 2013.

<sup>104</sup> Cons. St., sent. 1600/2008, n.3766/2009, TAR Liguria n. 3989/2009.



approvvigionamento finanziario messo a disposizione dell'ente pubblico per la produzione del bene o del servizio strumentale.

9. segue : *Servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.*

La partecipazione pubblica in società ricomprese in tale categoria si giustifica in ragione della meritevolezza dello scopo, ossia quello di favorire risparmi di spesa attraverso la realizzazione di economie di scala, grazie alle quali il committente pubblico, aggregando la domanda, è in grado di implementare la propria forza contrattuale e, quindi, ottenere condizioni contrattuali più vantaggiose, rispetto a quelle altrimenti ottenibili dai singoli committenti laddove negoziassero individualmente.

Il servizio di committenza è definibile come l'attività di centralizzazione aggregata per l'approvvigionamento di beni o servizi di uso corrente compiuti dalle pubbliche amministrazioni, attraverso la creazione di appositi organismi (detti centrali di committenza: art. 3, lett. i) D.Lgs. 50/2016) in capo ai quali convogliare e concentrare una pluralità di commesse per conto di più soggetti, al fine di ottenere un sensibile risparmio di spesa legato alle conseguenti economie di scala e all'abbattimento dei costi di gestione per l'espletamento di gare pubbliche. Si tratta cioè di soggetti terzi (pubblici o privati) cui più amministrazioni pubbliche, anche in forma associata o consorziata, esternalizzano le procedure di selezione degli operatori economici privati da cui acquistare lavori, forniture o servizi. Sotto il profilo procedurale, le amministrazioni pubbliche demandano alla centrale di committenza il compito di selezionare, previo espletamento di gara pubblica, gli operatori economici privati cui le stesse andranno poi a rivolgere i propri ordinativi per l'acquisto di beni o servizi<sup>105</sup>. Si tratta, in sostanza di uno strumento di centralizzazione degli acquisti delle pubbliche amministrazioni che consente, soprattutto per grandi volumi di acquisti, di risparmiare sia in termini di prezzi che di costi di gestione delle procedure. Il maggior risparmio deriva dal fatto che anziché procedere ad indire tante singole gare le amministrazioni interessate si rivolgono all'operatore economico individuato dalla centrale di committenza, comunque all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con il quale si procede alla stipula del contratto.

La centralizzazione permette anche una riduzione del numero di entità organizzative coinvolte nell'esercizio della funzione amministrativa e, così facendo, porta a diminuire il costo del controllo sulla regolarità formale delle procedure, nonché ad accrescere l'efficacia dei controlli interni. I centri di responsabilità, infatti,

<sup>105</sup> TOMEI-SCIANCELEPORE, voce «Centrali di committenza (dir. amm.)», in *Dig. disc. pubb.*, agg., I, Torino, 2000, 177 ss.; FIORENTINO, *Le centrali di committenza*, in AA.VV., *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici* (a cura di Fiorentino-Lacava), Milano, 2004, 63 ss.; CARANTA, *Le centrali di committenza*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di M. A. Sandulli-Garofoli-De Nictolis), t. II, Milano, 2008, 607 ss.



sono in questo modo più chiaramente individuati, favorendo così anche la prevenzione di fenomeni corruttivi e di *mala gestio*<sup>106</sup>.

La principale centrale di committenza è la CONSIP s.p.a., istituita dall'art. 26 L. 488/99 (finanziaria 2000), cui è stato demandato l'acquisto centralizzato di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche. Il modello CONSIP è un sistema centralizzato di acquisto di beni e di servizi per la P.A., gestito dal MEF mediante una società concessionaria appositamente istituita (CONSIP s.p.a.) e da esso interamente partecipata, e si configura quale convenzione-quadro per l'acquisizione di beni e servizi. I singoli contratti di fornitura devono considerarsi conclusi a tutti gli effetti con l'emissione dell'ordinativo di fornitura da parte della P.A. interessata<sup>107</sup>. La disciplina del modello CONSIP è oggi contenuta nel codice dei contratti pubblici (art. 37 D. Lgs. 50/2016).

Recenti interventi legislativi (art. 1, comma 158, L. 266/2005; art. 1, comma 455, L. 296/2006; art. 13 D.L. 223/2006; art. 11 D.L. 98/2011; art. 7, comma 2, D.L. 52/2012; art. 1, comma 7, D.L. 95/2012; L. 228/2012), emanati per esigenze di contenimento della spesa pubblica, per alcune tipologie di enti o categorie merceologiche hanno progressivamente ampliato le ipotesi in cui risulta obbligatorio, anche per gli enti territoriali (art. 14, comma 28, D.L. 78/2010), l'utilizzo di tale strumento, in alternativa al ricorso al mercato elettronico<sup>108</sup>.

#### 10. Brevi considerazioni conclusive.

Il T.U. sulle partecipate, con le successive modifiche ed integrazioni, ha segnato il punto di arrivo del processo di riordino delle società a partecipazione pubblica.

L'esigenza di razionalizzazione viene evidenziata nella stessa introduzione allo schema di decreto, che si propone di superare la frammentarietà del quadro normativo precedente in tema di società pubbliche.

Venendo, nello specifico, al campo di applicazione, l'art. 1 del suddetto decreto stabilisce che le disposizioni in esso contenute si applicano "alla costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché all'acquisto ed alla gestione

<sup>106</sup> VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in AA.VV., *Le gare pubbliche: il futuro di un modello* (a cura di Comporti), Napoli, 2011, 294; RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in AA.VV., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione* (a cura di B. G. Mattarella-Pellisero), Torino, 2013, 125 ss.; DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2012, 177 ss.; M.A. SANDULLI-CANCRINI, *I contratti pubblici*, in AA.VV., *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi* (a cura di Merloni-Vandelli), Firenze, 2010, 437 ss.; NAPOLITANO-ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 95.

<sup>107</sup> Sull'argomento, v. ZUCCOLOTTI-MINGANTI, *Evoluzione storica del processo di acquisto della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2007, 47 ss.

<sup>108</sup> Maggiori approfondimenti in PIGNATELLI, *La centrale di committenza unica dei piccoli Comuni: la gestione obbligatoriamente associata delle gare ad evidenza pubblica*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2012, 3; DI LASCIO, *La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 205 ss.



di partecipazioni, da parte di tale amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica diretta o indiretta”.

L’ambito applicativo, quale incipit da cui partire ogni volta in cui si tratta di capire a quali fattispecie concrete si applica l’intervento legislativo, non si limita a disciplinare l’ipotesi della costituzione di società partecipate, ma si estende anche ai casi di acquisto o gestione di partecipazioni all’interno della società interessata, a dimostrazione dell’intento di completezza del nuovo testo unico, che si applica tanto alle una quanto alle altre.

Comunque l’analisi dei limiti in cui il legislatore consente la costituzione di società pubbliche pone in chiara evidenza che nel nuovo corpo normativo, via via formatosi ed ora ben consolidato nel Testo Unico con i suoi successivi adeguamenti, si tende a riportare l’azione delle pubbliche amministrazioni entro binari precisi e ben determinati, attraverso un rilevante ridimensionamento della loro autonomia negoziale<sup>109</sup>.

Non risulta estraneo a tale discorso le normativa comunitaria, preoccupata di garantire la libera concorrenza<sup>110</sup>.

Tale impostazione non può non portare a riflettere sulla circostanza se le anzidette limitazioni incidano o meno sulla stessa capacità negoziale degli enti pubblici, riattivando l’antico dibattito in teoria generale, che ruota intorno all’interrogativo circa la necessità o meno che l’opzione organizzativa in forma societaria, esercitata dallo Stato o altro ente pubblico, avvenga solo in presenza di una norma che lo consenta ovvero se l’utilizzo sia ascrivibile alla più generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione<sup>111</sup>; questione di certo non marginale, la cui soluzione necessita dell’analisi di dati empirici.

Un aspetto dirimente è rappresentato dalla possibilità, ammessa dalla legge, di derogare dagli stretti limiti di legge in ordine alla partecipazione pubblica.

L’ampiezza di tali deroghe, che sono state esaminate nel discorso che precede, non può invero non incidere sulla soluzione del problema anzi posto del riflesso dei

<sup>109</sup> E. CARDI,  *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell’economia*, Torino, 2005, pagg. 160 ss.

<sup>110</sup> R. CARANTA,  *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in  *Le Regioni*, n. 4, 2004 e F. PIZZETTI,  *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2004. Si vedano inoltre: G. FRANSONI,  *Gli aiuti di Stato tra autonomia locale e capacità contributiva*, in  *Riv. dir. trib.*, 2006, p. 249; L. DEL FEDERICO,  *Agevolazioni fiscali nazionali ed aiuti di Stato, tra principi costituzionali ed ordinamento comunitario*, in  *Riv. dir. trib. internaz.*, n. 3, 2006, p. 19 ss. e A. CARINCI,  *Autonomia impositiva degli enti substatali e divieto di aiuti di Stato*, in  *Rass. trib.*, 2006, p. 1760. Per una dettagliata analisi del problema, ancora, C. BARBATI,  *Territori e interessi economici*, cit., p. 251 ss.; nonché E. LANZA,  *Trasversalità ed uniformità della tutela della concorrenza nel rapporto fra Stato e Regioni*, in [www.issirfa.cnr.it/5991,908html](http://www.issirfa.cnr.it/5991,908html), con riferimento alle “vicende giurisprudenziali legate alla definizione della materia ‘tutela della concorrenza’ ”.

<sup>111</sup> F. GOISIS,  *Società a partecipazione pubblica*, in  *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M. Clarich e G. Fonderico), 2007, p. 729; C. IBBA,  *Dall’ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), gennaio 2011.



limiti generali de quibus sulla stessa capacità privatistica degli enti pubblici; infatti, a fronte di tale ampiezza di deroghe, appare più agevole ammettere una generale capacità giuridica di essi, mentre le limitazioni afferirebbero alla capacità di agire, che soffrirebbe confini rimuovibili attraverso un procedimento aggravato anche da specifiche motivazioni.