CARLA ACOCELLA

Limiti alla costituzione e alla partecipazione di società di diritto privato da parte degli enti pubblici

1. *L'attuale estensione dell'azionariato pubblico*

Il diffuso impiego da parte delle amministrazioni pubbliche dello strumento societario è fenomeno noto e ampiamente indagato, tra l'altro in molteplici ambiti disciplinari, fattore, quest'ultimo, che ha sicuramente contribuito ad alimentare l'interesse per il tema[1]. Nondimeno, nella percezione di chi è tornato

[1] La letteratura in materia è amplissima. Per tutti cfr. M.S. GIANNINI, *Persone giuridiche pubbliche e private*, in *Stato dir.*, 1940, pp. 128 ss.; S. CASSESE, *Azionariato di Stato*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, pp. 776 ss.; ID., *Le privatizzazioni arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, pp. 579 ss.; F. MERUSI, D. IARIA, *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXII, 1993, p. 1; C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, Giappichelli, 1992; M. CAMMELLI, *Società pubbliche*, in *Enc. Dir., Annali*, V, 2012, pp. 1190–1211; A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1942; F. CAMMEO, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, Pubblicazione della Università degli studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza,1947; F. GALGANO, *Partecipazioni statali, direttive governative e principio di legalità*, in *Riv. soc.*, 1982, pp. 433 ss.; G. ALPA, A. CARULLO, A. CLARIZIA, *Le spa comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Milano, Pirola, 1998; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.*, 1995, pp. 526 ss.; ID., *Società di mercato e quasi–amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 253 ss.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, pp. 221 ss.; M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino, Giappichelli, 2004; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè,

recentemente a praticare l'argomento, al carattere multidisciplinare dell'impegno profuso in punto di società a partecipazione pubblica si affianca l'assenza di una significativa comunicazione tra le diverse prospettive di indagine[2] – comprensibilmente anche all'interno della medesima disciplina, solo a voler evocare l'indifferenza, nell'ambito di quella giuridica, tra le rispettive impostazioni in proposito di amministrativisti e commercialisti[3] – tanto che in più occasioni si è sottolineata l'opportunità di coltivare il dialogo tra le prime[4].

Si tratta oltretutto di un fenomeno piuttosto risalente – atteso che le prime figure di società per azioni in mano pubblica hanno iniziato a comparire con una certa continuità sul finire degli anni '20 del ventesimo secolo[5] – che nel suo dispiegarsi ha

2004; F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, pp. 641 ss.; G. GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, pp. 701 ss.; F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, pp. 247 ss.; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Ipsoa, 2001; M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008; M. P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 1115 ss.

[2] Cfr. V. DOMENICHELLI, *Introduzione*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Atti del Convegno svoltosi a Padova l'8.6.2007, Padova, Cedam, 2008, 1; M. DUGATO, *Considerazioni giuridiche sul tema delle società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista*, in *Munus*, 2/2011, 501 ss.

[3] Cfr. ancora M. DUGATO, *Considerazioni giuridiche sul tema delle società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista*, cit.

[4] In questo senso V. DOMENICHELLI, *Introduzione*, cit..

[5] Cfr. infatti M. CAMMELLI, *Società pubbliche*, cit., p. 1191, secondo il quale la prima ipotesi significativa in proposito può essere rinvenuta nella legge n. 449/1893 istitutiva della Banca d'Italia che, tuttavia, rimase un caso isolato per quasi un trentennio. Il modello dell'impresa pubblica ordinata in forma di società di diritto privato si sviluppa secondo S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari, Laterza, 2006, p. 121, negli anni '30 del XX secolo; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 4/2003, p. 801 ss.; E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 3947.

intercettato una pluralità di spinte, come l'obiettivo di riorganizzare la sfera pubblica in maniera più efficiente; o di intervenire in economia con forme giuridiche più agili e idonee, rispetto ai modelli del passato (si pensi, a livello nazionale, alla formula dell'ente pubblico economico, e a quella dell'azienda speciale in sede locale) a realizzare una distinzione di ruoli; o ancora di reperire nuove risorse finanziarie da destinare ai propri fini istituzionali o risorse tecniche per lo svolgimento di attività di servizio pubblico e/o meramente economiche.

La natura composita del sistema dell'azionariato pubblico suggerisce, ove si provi a sintetizzarne i processi di definizione, una certa cautela, l'adozione di un approccio interpretativo analitico e, dunque, l'opportunità di respingere letture uniformanti[6]. L'impossibilità di ricondurre *ad unum* le dinamiche evolutive del sistema non ha comunque impedito alla letteratura che si è occupata del tema, di svolgere una comune constatazione circa il carattere espansivo del modello, e cioè di sottolinearne, sin dalle prime apparizioni nel secolo che è appena trascorso, l'avanzamento[7]. Espansione non sempre e non necessariamente caratterizzata da un incedere graduale[8], né lineare, soprattutto se si considerano, oltre alle differenze tipologiche desumibili da criteri di ordine soggettivo (natura del socio pubblico) o strutturale (assetto proprietario della società), le distinzioni delineate secondo una prospettiva funzionale, in

[6] Sottolinea la difficoltà di enucleare "una definizione giuridicamente soddisfacente di società pubblica" attesa la pluralità dei tipi societari disciplinati dal legislatore e l'esistenza di diritti speciali e singolari M. CAMMELLI, *Società pubbliche*, cit., 1190. Circa la molteplicità dei regimi di specialità delle società a partecipazione pubblica si veda M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, cit., 254 ss.

[7] Si parla di sempre più frequente ricorso nella normazione amministrativa alle forme civilistiche e commercialistiche: G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, cit.

[8] C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Munus*, 2/2011, pp. 427 ss., nel tracciare il bilancio in proposito degli ultimi vent'anni parla di "accelerazione esponenziale".

quanto riconducibili alle diverse finalità (oggetto sociale) delle società a partecipazione pubblica. In linea di principio il ricorso allo strumento societario potrebbe perciò rivelare un diverso andamento in relazione a tipi caratterizzati da diverse finalità. In tale prospettiva è stata sottolineata la progressiva perdita di importanza delle "società a partecipazione pubblica che gestiscono attività di impresa" e la contemporanea diffusione delle "società per azioni come modulo organizzativo di funzioni e servizi pubblici"[9]. Per altro verso, il tentativo di scorgere nell'evoluzione del fenomeno tendenze lineari si complica ove si consideri che il ricorso, nell'ambito dell'organizzazione dei pubblici poteri, a formule importate dal diritto comune non sempre e non necessariamente si risolve nell'applicazione di regole privatistiche, ma potrebbe innescare reazioni inverse dell'ordinamento nella direzione di una pubblicizzazione della disciplina, in ragione degli interessi protetti e, dunque, per assecondare particolari esigenze di tutela, in sintesi richiedendo coerenza tra le regole applicabili e la doverosità dell'azione svolta[10]. Infine, è la stessa configurazione come termini

[9] M.CAMMELLI, M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale,* in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., p. 7.

[10] Così G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?,* cit. nel descrivere l'estensione delle discipline pubbliche ai moduli privatistici penetrati nell'organizzazione amministrativa. Rileva altresì una espansione piuttosto che una contrazione della presenza pubblica nella gestione di attività produttive C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 4/2001, pp. 464 ss. Per più ampie considerazioni sulle questioni e sulle finalità sottese ai movimenti, nel senso della privatizzazione del pubblico e della pubblicizzazione del privato, che descrivono la dialettica interna al diritto amministrativo si veda G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003. Quanto alle implicazioni dei due regimi – di diritto pubblico e di diritto privato – in termini di tecniche di tutela, e all'impossibilità di ritenerle pienamente fungibili si vedano le riflessioni svolte da F. LIGUORI, *La funzione amministrativa, l'autoritatività e il diritto privato*, in F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, ES, 2010, pp. 17 ss., spec. p. 22, e 29– 31. In merito alle ragioni che inducono a respingere l'indistinzione tra pubblico e privato e in

contrapposti dei fenomeni di privatizzazione, da un lato, e diffusione di società pubbliche, dall'altro lato, a confermare la complessità del quadro in cui ci si muove. In questo senso è stato affermato che alle privatizzazioni su scala nazionale "hanno fatto riscontro numerosi provvedimenti legislativi istitutivi di singole società con soci (e scopi) pubblici, mentre a livello locale c'è stata una vera e propria corsa alle società a partecipazione pubblica"[11]. Sennonché all'interno del perimetro delle privatizzazioni s'impongono dei distinguo: in particolare appare del tutto evidente che i processi di privatizzazione solo formale incoraggiano, anziché frenare, l'espansione dell'azionariato pubblico, nonché la conservazione di una natura "differenziata e speciale" da parte delle società privatizzate[12], soprattutto ove si accolga l'idea che la forma societaria non sia di per sé idonea a condizionare la condotta del soggetto agente[13]. A tale rilievo si affianca la considerazione che non sempre tali processi sono strumentali ad una successiva dismissione, secondo il noto meccanismo per cui la privatizzazione formale è condizione

particolare la trasfigurazione delle categorie privatistiche attraverso il regime speciale degli atti amministrativi si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 4/2004, pp. 661 ss.

[11] C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., p. 427.

[12] In questo senso cfr. C. Cost., 28.12.1993 n. 466, p.to 6 cons. dir., che sul rilievo fonda una lettura favorevole all'esercizio da parte della Corte dei Conti dei poteri di controllo contabile nei confronti delle società sorte dalla trasformazione dei precedenti enti pubblici economici (IRI, ENI, INA e ENEL).

[13] Sul punto C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., p. 428, segnala, infatti, il contrasto tra coloro che hanno accolto con favore l'adozione della forma societaria per lo svolgimento di attività soggette al controllo pubblico in quanto idonea – attraverso la disciplina del capitale, delle partecipazioni, degli utili, delle perdite, delle responsabilità – ad influenzare positivamente la gestione delle attività stesse: in questo senso si vedano N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in *Riv. soc.*, 1993, pp. 465 ss., e quanti, all'opposto, hanno sottolineato l'inidoneità della privatizzazione formale a influenzare i criteri di gestione delle imprese e a garantire i vantaggi di trasparenza sperati (in questo senso P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, pp. 990 ss.), e in definitiva l'attitudine della stessa a rendere meno visibile e controllabile la persistente presenza pubblica (S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, cit.).

necessaria per la cessione del controllo dalla mano pubblica a quella privata (privatizzazione sostanziale)[14]. Attingere sul piano soggettivo[15] a forme giuridiche del diritto privato, può infatti, più semplicemente, assecondare obiettivi di efficienza (*ratio* che sottende, per esempio, i processi di aziendalizzazione dello svolgimento dei compiti istituzionali dell'amministrazione pubblica), e/o essere funzionale al conseguimento di risorse di cui la pubblica amministrazione non dispone al suo interno (giustificando la scelta di percorrere, fra le altre, la strada del c.d. partenariato istituzionalizzato e non puramente convenzionale)[16]. In altri termini, le ipotesi in cui non si verificano privatizzazioni sostanziali[17] alimentano il sistema delle partecipazioni pubbliche, il quale, fra l'altro, non si inserisce esclusivamente nel solco delle trasformazioni di enti pubblici

[14] Così, ancora, E.FRENI, *Le privatizzazioni*, op. cit., p. 3947.

[15] Atteso che le privatizzazioni, da intendersi come passaggio da un regime giuridico di diritto pubblico ad uno di diritto privato, possono investire tanto i beni, quanto i soggetti e le attività: E. FRENI, *Le privatizzazioni*, cit., p. 3947.

[16] Si rammenta in proposito la distinzione elaborata in sede comunitaria, che fa capo al Libro verde del 30.4.2004 della Commissione europea COM(2004)327, tra partenariato puramente contrattuale – "basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti" ... "nei quali uno o più compiti più o meno ampi vengono affidati al partner privato" – e forme di partenariato istituzionalizzato – "che implicano una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad un'entità distinta" – alla quale peraltro non tutta la letteratura attribuisce lo stesso valore: in questo senso si veda M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 56 ss., volume nel quale si esaminano le molteplici tipologie di società e dinamiche di collaborazione tra pubblico e privato e al quale si rinvia perciò per più ampi riferimenti in materia. Da ultimo in argomento cfr. M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *federalismi.it*, 2012.

[17] Casi ai quali vanno assimilate le ipotesi in cui viene circoscritta la portata delle privatizzazioni sostanziali, in ragione del fatto che il processo non interessa la totalità della compagine azionaria: C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, cit., riferendosi alla previsione di riservare almeno il 51% del capitale della RAI.

preesistenti[18], ma si delinea anche attraverso la costituzione *ex novo* di società per azioni o l'assunzione di pacchetti azionari in imprese private[19].

Dal quadro qui sommariamente tratteggiato emerge un bilancio degli orientamenti assunti dal legislatore che è, nonostante l'eterogeneità del contesto e l'assenza di una tendenza univoca alla quale ricondurre il fenomeno in esame, complessivamente favorevole alla diffusione del sistema delle partecipazioni pubbliche. Risultato raggiunto, oltre che con provvedimenti istitutivi di singole società, di rilievo per lo più nazionale[20], attraverso misure, variamente incidenti sia a livello nazionale che locale, caratterizzate da un più ampio perimetro applicativo, o perchè incentivanti la trasformazione in società per azioni di entità di natura pubblicistica[21], o in quanto espressamente dirette a consentire alle pubbliche amministrazioni di avvalersi dello strumento societario. E', a titolo esemplificativo, ascrivibile a tale ultima categoria la

[18] Con l'ulteriore precisazione che il mutamento di forma giuridica può essere non solo favorito, ma imposto o disposto coattivamente dal legislatore secondo C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, cit.

[19] Cfr. F. MERUSI, D. IARIA, *Partecipazioni pubbliche*, cit.

[20] Per una esemplificazione delle ipotesi di questo tipo si rinvia alla sintesi operata da ultimo da CAMMELLI, *Società pubbliche*, cit., 1191 nonché da C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., p. 430. Cfr. altresì il Dossier di documentazione del Servizio Studi della Camera dei deputati "*Le società a partecipazione pubblica*" n. 237 del 27.5.2011.

[21] Ci si riferisce, come è evidente, all'imponente processo di privatizzazione avviato negli anni '90 del XX secolo: in particolare alle privatizzazioni formali di enti pubblici economici e aziende autonome statali – che si accompagnano a procedure di dismissione – che vanno in direzione apparentemente contraddittoria con le prime secondo M. CAMMELLI, *Società pubbliche*, cit., 1191 – di quote di patrimonio pubblico dirette a fronteggiare la crisi della finanza pubblica – nonché alla trasformazione, in ambito locale, delle aziende speciali in società di capitali ai sensi dell'art. 27, c. 51, l. n. 127/1997 (a mente del quale "I comuni, le province e gli altri enti locali possono, per atto unilaterale, trasformare le aziende speciali costituite ai sensi dell'art. 22, comma 3, lettera c), della legge 8 giugno 1990, n. 142, in società per azioni, di cui possono restare azionisti unici per un periodo comunque non superiore a due anni dalla trasformazione") e dell'art. 115 d. lgs. n. 267/2000 recante il TUEL.

previsione contenuta nell'art. 22 della legge sulle autonomie locali (l. n. 142/1990) che individuava quella societaria tra le possibili forme di gestione dei servizi pubblici locali[22], di guisa da fornire – in relazione allo specifico ambito materiale della fornitura di servizi di interesse generale – adeguata copertura giuridica alla possibilità di costituire società di capitali. Facoltà che frequentemente la scienze giuridica ha giustificato attraverso il richiamo alla generale capacità di diritto privato degli enti pubblici[23], alla quale pure il citato art. 22, evidentemente, si collega. La conseguenza è una diffusa presenza nell'economia nazionale di società controllate da soggetti pubblici, in "dimensioni anomale nel confronto internazionale". Del fenomeno – che è stato dettagliatamente ricostruito anche in ordine alle implicazioni di ordine quantitativo[24] – è stata

[22] Nella stessa direzione si muove la disposizione di cui all'art. 116 del d. lgs. n. 267/2000 cit. che identifica nelle società a partecipazione pubblica minoritaria (senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria) locale un modulo organizzativo, non solo per l'esercizio dei servizi pubblici locali, ma anche 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 ... nelle competenze istituzionali di altri enti". Previsioni che consentono la diffusione del modello societario da parte delle Regioni sono contenute per esempio nella legge n. 502/1992, all'art. 9-*bis*, a mente del quale "Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano autorizzano programmi di sperimentazione aventi ad oggetto nuovi modelli gestionali che prevedano forme di collaborazione tra strutture del Servizio sanitario nazionale e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato". Tra le più recenti in questo senso si veda la l. n. 448/2001, art. 29, c. 1, lett. b) che autorizza "le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, anche in deroga alle vigenti disposizioni a costituire, nel rispetto delle condizioni di economicità ... soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento dei servizi svolti in precedenza".

[23] Sull'insufficienza di tale riferimento si veda ancora CAMMELLI, *Società pubbliche*, cit.

[24] Cfr. il Rapporto di Assonime del settembre 2008 "Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche" che riporta la presenza in Italia, a quella data, di più di cinquemila società a partecipazione pubblica, di cui circa 400 oggetto di partecipazione diretta o indiretta dello Stato (attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze) e altre 4874 partecipate da regioni e amministrazioni locali. Le stesse società erano circa 1000 alla fine degli anni Ottanta, secondo la

rimarcata una notevole intensificazione, ancora nel corso del primo decennio del XXI secolo, più elevata in ambito regionale e locale rispetto a quanto si sia riscontrato a livello nazionale, dove la presenza di società pubbliche è dovuta in misura rilevante al rallentamento, già negli anni Novanta, delle dismissioni allora avviate e alla contestuale ripresa dei processi creazione di società partecipate dallo Stato con funzioni di supporto a quelle svolte dall'amministrazione[25].

Nel panorama normativo degli ultimi tempi si registrano, tuttavia, interventi inclini a limitare, piuttosto che ad incoraggiare, il ricorso da parte dei pubblici poteri allo strumento societario[26], che pongono l'interprete innanzi alla esigenza di individuare quali (e quante) siano le finalità sottese alle misure impositive dei vincoli, di guisa da poter verificare l'idoneità di queste ultime a determinare una inversione di tendenza rispetto a quella sin qui delineata. La possibilità di decifrare il "sentore" di una contrazione del numero delle società pubbliche come una scelta di sistema non appare scontata, né risulta agevolata da una produzione normativa di carattere disomogeneo.

ricerca trasfusa in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 93 ss.. Tali ricerche mettono altresì in luce come al fenomeno espansivo descritto sul piano numerico sia corrisposta una contrazione del peso e della rilevanza delle partecipazioni pubbliche. Cfr. altresì il Dossier di documentazione del Servizio Studi della Camera dei deputati "*Le società a partecipazione pubblica*" n. 237 del 27.5.2011 cit.; analogo Dossier del Servizio Studi della Camera dei deputati n. 337 del 4.4.2012, e la deliberazione n. 14 del 22.6.2010 della Corte dei Conti, sez. aut., "Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di comuni e province" riferita all'arco temporale 2005–2008.

[25] Il Rapporto Assonime cit. si riferisce a tal proposito alla creazione di società controllate dal MEF quali Consap (1992), Consip (1997), Italia Lavoro (1997), Sviluppo Italia (1999), Mefop (1999), Arcus (2004).

[26] Con riguardo particolare all'esaurimento del *favor* legislativo verso il modello societario nel sistema locale si veda M. CAMMELLI, *Società pubbliche*, cit., p. 1192. Cfr. altresì C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?,* cit., 430 e E. MARMUGI, *La dismissione delle partecipazioni societarie "non strettamente necessarie" degli enti locali e le regole dell'evidenza pubblica*, cit., p. 228.

2. Il quadro "composito" degli interventi che limitano l'operatività delle società pubbliche.

Oltre ogni possibile giudizio sul merito dei singoli interventi, è comune il rilievo circa il carattere articolato e variabile del contesto in cui i primi si inseriscono, da collegare, sovente, alle esigenze contingenti che essi si propongono di soddisfare. La natura occasionale degli interventi si traduce, in altri termini, nella difficoltà di individuare una linea coerente tra le finalità ispiratrici dei primi[27]. La lettura offerta da dottrina e giurisprudenza delle norme che stanno per essere qui richiamate mette ordine nel panorama talvolta confuso in cui ci si muove, riconoscendo, in ragione degli obiettivi di volta in volta perseguiti dal legislatore, delle macro aree di intervento. In questo senso si è detto che l'attenuazione al ricorso alle partecipazioni societarie, affermatasi nella più recente produzione normativa, risponderebbe alle alternative finalità di evitare un impiego dello strumento societario elusivo dei controlli sulla finanza pubblica, o di circoscrivere l'impiego del diritto privato da parte delle pp.aa. ai settori pertinenti alle loro finalità istituzionali, o ancora di tutelare la concorrenza[28]. Ci si

[27] Sul carattere contingente della legislazione in materia, sulla conseguente difficoltà di rinvenire un quadro armonico di regole e sulle eventuali ricadute di sistema si vedano CAMMELLI, *Società pubbliche*, cit., 1192; C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?,* cit., p. 430; A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, in C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 73 ss.; B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro amm., CDS*, 11/2010, p. 2511, e ID., *Le società pubbliche nel mercato alla luce dell'art. 14, comma 32, D.L. 78 del 2010*, in *Urb. App.*, 3/2012, pp. 267 ss. Anche il Rapporto di Assonime cit. sottolinea come "il quadro giuridico resti caratterizzato da una congerie di disposizioni speciali, spesso introdotte in risposta ad esigenze contingenti e senza un disegno organico".

[28] Questa tripartizione si legge in E. MARMUGI, *La dismissione delle partecipazioni societarie "non strettamente necessarie", cit.,* p. 228. In M. CAMMELLI, *Le società pubbliche*, cit., p. 1205, si legge che tra le ragioni di pubblicizzazione del regime giuridico delle società partecipate da enti pubblici vi è "l'esigenza di ridurre i costi degli apparati pubblici e di rispettare i vincoli di finanza pubblica", "la

muoverà nella consapevolezza che il tentativo di classificare in chiave finalistica le previsioni oggetto di esame presupponga, in alcuni casi, l'adesione ad una precisa opzione ermeneutica o riassuma, in altre circostanze, una tensione tra diversi target di tutela[29], rendendo quindi necessario un ulteriore livello di analisi, rispetto al quale le finalità dichiarate dal legislatore non appaiono necessariamente risolutive.

2.1. Disposizioni che limitano la facoltà delle società pubbliche di operare nel mercato: l'oggetto sociale esclusivo e la prospettiva della separazione societaria.

Sottoponendo perciò il dettato normativo ad una prima lettura di carattere prevalentemente descrittivo ed eleggendo a criterio ordinatore degli interventi l'intensità dei vincoli imposti all'operatività dello strumento societario, pare possibile isolare un primo gruppo di disposizioni, che non mettono in discussione la capacità imprenditoriale, in quanto tale, degli enti pubblici e cioè il ricorso da parte di questi ultimi a moduli

necessità di porre un freno alle distorsioni nell'utilizzo dello schermo societario" e "l'obbligo di conformarsi ai dettami dell'ordinamento europeo". In senso analogo, dalla lettura di M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 7 ss., e C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?,* cit., p. 430, emerge come tra le finalità ricorrenti in questa legislazione vadano annoverate la tutela della concorrenza, la lotta all'elusione dei vincoli tipici dell'organizzazione e dell'attività delle pubbliche amministrazioni e più in generale il contenimento della spesa pubblica.

[29] A titolo esemplificativo si guardi al rapporto tra il divieto di partecipazione alle gare per gli affidatari diretti disposto dall'ormai abrogato art. 23 *bis*, c. 9, del d.l. n. 112/2008 (su cui v. *infra*) e l'esenzione dallo stesso divieto a favore delle società quotate. Quest'ultima (sul punto si veda B. GILIBERTI, *L'esenzione per le società quotate dal divieto di partecipazione alle gare di servizio pubblico locale alla luce della giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti infragruppo*, in *Foro amm. CDS*, 5/2011, pp. 1399 ss.) esprimerebbe una regola desumibile dal più generale principio di massima apertura delle gare alla concorrenza e cioè dal principio di libera iniziativa economica laddove, invece, il divieto di partecipazione alle gare per gli affidamenti diretti dovrebbe ritenersi norma eccezionale (da sottoporre come tale ad interpretazione restrittiva) rispetto a quegli stessi principi.

paritetici, in corrispondenza dei quali "il ruolo degli enti territoriali non si differenzia da quello dell'azionista di una qualunque società per azioni"[30]. In alcune circostanze il limite imposto dal legislatore, nel rivolgersi esclusivamente ad una particolare categoria di società costituite o partecipate da pubbliche amministrazioni, non appare, infatti, diretto ad escludere la possibilità per gli enti di costituire società non funzionali – possibilità su cui il vincolo finisce, semmai, con l'influire indirettamente – ma ha piuttosto come effetto immediato quello di imporre l'adozione di schemi separati di azione.

Appare ascrivibile a tale tipologia di disposizioni innanzitutto la previsione dettata dall'art. 13 del d.l. 4.7.2006 n. 223[31] (c.d. decreto Bersani) ai sensi del quale "al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali *per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti* in funzione della loro attività ... nonché, nei casi consentiti dalla legge, *per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative* di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale". Nell'imporre il divieto in esame, il legislatore appare muovere dal presupposto che la funzionalizzazione dell'oggetto di alcune società pubbliche – che

[30] Cfr. TAR Lazio, sez., II, 6.11.2009 n. 10891 nel descrivere situazioni non rientranti nell'ambito oggettivo di applicazione del divieto disposto dall'art. 13, d.l. n. 223 del 2006 su cui v. *infra*.

[31] Convertito in l. n. 248/2006.

definiscono, appunto, in quanto "strumentali" il perimetro soggettivo di applicazione dell'art. 13 cit. – si traduca in un privilegio a favore delle medesime[32]. La regola sarebbe dunque tesa ad impedire che tali soggetti spendano in mercati concorrenziali i vantaggi derivanti dallo svolgimento di funzioni amministrative o attività strumentali, alterando la competizione tra gli operatori economici[33]. In tal modo si giustifica l'identificazione operata dal legislatore – non vincolante in merito alla congruità tra fine perseguito e strumento prescelto, ma avallata sul punto dalla giurisprudenza costituzionale[34] – della *ratio* della norma con l'esigenza di "evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale"[35]. Come conferma l'analisi del formante giurisprudenziale in materia, al fine di individuare in concreto le società colpite dal divieto di operare per enti diversi da quelli che le partecipano – operazione non agevolata dal tenore testuale dell'art. 13[36] – acquista rilievo

[32] B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, cit.

[33] Cfr. C. Cost. 1.8.2008 n. 326, p.to 8.5. cons. dir., in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 2013.

[34] La Consulta nella sent n. 326/2008 cit. ha, infatti, ricondotto la previsione in parola al titolo competenziale della "tutela della concorrenza" – ritenendola rivolta ad impedire che le società strumentali "costituiscano fattori di distorsione della concorrenza" – oltre che a quello dell' "ordinamento civile" – in quanto la stessa "mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private" – escludendo al contempo che la disciplina oggetto di esame potesse rientrare nella materia dell' "organizzazione amministrativa". Sulla ragionevolezza e proporzionalità della disciplina rispetto agli obiettivi perseguiti la Corte (p.to 8.7. cons. dir.) ha ritenuto che, con riguardo alle previsioni che impediscono alle società di operare per soggetti diversi dagli enti territoriali soci o affidanti, le stesse "non appaiono irragionevoli, nè sproporzionate rispetto alle esigenze indicate"; e che, il divieto di detenere partecipazioni in altre società o enti, impedendo esclusivamente "partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse", appare proporzionato rispetto al fine di tutela della concorrenza.

[35] Cfr. art. 13, c. 1, d.l. n. 223/2006, cit..

[36] Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6.11.2009 n. 10891 cit. In merito alle questioni sollevate dalla disposizione di cui all'art. 13 del d.l. n. 223/2006 si veda

decisivo il dato sostanziale dell'oggetto sociale[37], nella ricostruzione del quale si saldano previsioni statutarie e attività effettivamente svolta dalle stesse società. Il profilo oggettivo è appunto rappresentato dalla finalizzazione delle attività sociali alla "produzione di beni o servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali questo provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali"[38], attività alle quali, come si è visto, l'art. 13 affianca l'esercizio esternalizzato di funzioni amministrative. La preoccupazione dell'interprete è quella di distinguere dalle ipotesi in cui le società pubbliche esercitano attività rivolte al pubblico (di consumatori o utenti)[39], le ipotesi in cui i naturali destinatari delle attività sociali sono gli enti pubblici soci, circostanza che, a differenza dell'elemento "meramente

G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *www.giustamm.it*, 10/2007; M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13, D.L. n. 223/2006*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., pp. 365 ss.; A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" e art. 23-bis del D.L. 112/2008*, in *Urb. app.*, 6/2009, pp. 741 ss.; R. URSI, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 11 ss.; M.R. SPASIANO, *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, in *www.giustamm.it*.

[37] Cfr. G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, cit., 2: ".. lo svolgimento o meno di una certa attività è determinante per integrare la fattispecie normativa delle società sottoposte alla nuova disciplina. Se il legislatore avesse ritenuto di sottomettere al nuovo regime tutte le società costituite o partecipate dalle Amministrazioni regionali e locali, solo perchè tali, non avrebbe avuto bisogno di descrivere anche il tipo di 'missione' che esse si trovino a svolgere". Sulla rilevanza, ai fini della qualificazione differenziale tra società strumentali e società di gestione dei servizi pubblici locali, dell'oggetto sociale e non dell'oggetto della gara cfr. Cons. St, Sez. V, 29.12.2011 n. 6974.

[38] Cons. St., Sez. VI, 16.1.2009 n. 215, in *Foro amm. CDS, 2009*, p. 1912 con nota di PACIFICO. Si veda altresì Cons. St., Sez. V, 12.6.2009 n. 3766, e Cons. St., Sez. V, 5.3.2010 n. 1282.

[39] Le due categorie alludono, peraltro – come si chiarirà *infra* (cfr. note 64 e 65) – ad una diversa intensità della libertà di impresa in capo al gestore dell'attività.

descrittivo" della partecipazione pubblica[40], sottende un vantaggio economico per le società stesse e quindi giustifica la prospettiva di rigore abbracciata dal legislatore[41]. Si tratta, a ben vedere, di un criterio discretivo di non facile applicazione e non idoneo a garantire soluzioni univoche, se, come sembra assumere la giurisprudenza, impone di far salvi i casi in cui "lo scopo sociale non sia limitato alla fornitura di servizi all'ente di riferimento" ma la società "sia destinata ad offrire i propri servizi sul mercato"[42]. Tale linea ermeneutica eleva, infatti, il carattere esclusivo dell'attività strumentale[43] a fattore condizionante l'operatività del divieto[44], laddove, secondo altra prospettazione, l'oggetto sociale esclusivo andrebbe piuttosto configurato come

[40] CAMMELLI, *Società pubbliche*, cit., 1190.

[41] Si veda a questo proposito Cons. St., n. 215/2009 cit., che, condividendo l'assunto del giudice di prime cure (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 21.3.2008 n. 2514), afferma che le limitazioni in parola riguardano le società costituite per svolgere attività rivolte "essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico". In realtà questa precisazione è tesa, nell'economia della fattispecie specifica, a chiarire che le società operanti nel campo dei servizi pubblici locali, proprio perchè volte a "soddisfare direttamente esigenze generali della collettività", sono escluse dall'applicazione della normativa in commento.

[42] Cfr. sempre Cons. St., n. 215/2009 cit.

[43] Nella quale deve ricomprendersi, ai fini della norma, lo svolgimento di funzioni amministrative.

[44] In questa direzione sembra spingersi l'affermazione del Cons. St., Sez. V, 23.3.2009 n. 1756, in *Foro amm. CDS*, 3/2009, p. 763, secondo la quale: "il divieto di partecipazione alle gare (quale conseguenza del regime di esclusività relazionale con l'ente pubblico costituente o partecipante) riguarda non già indistintamente tutte le società costituite da amministrazioni pubbliche regionali e locali o dalle stesse partecipate, ma soltanto quelle che hanno come oggetto esclusivo la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività". La giurisprudenza in esame, muove dalla necessità di escludere che l'operatività del divieto venga fatta dipendere esclusivamente "dal dato afferente la partecipazione pubblica, diretta o indiretta, al capitale sociale", e di verificare, all'opposto, che la funzionalizzazione dell'attività sia "tanto appariscente nei predetti enti societari da assurgere al rango di oggetto sociale esclusivo". Nel caso di specie la società, partecipata anche da soggetti pubblici, "si rivolgeva al mercato delle commesse di prodotti e servizi informatici e di telecomunicazione senza alcuna connotazione di esclusività con il mondo delle pubbliche amministrazioni" (studio, progettazione, realizzazione e commercializzazione di prodotti e servizi informatici e di telecomunicazioni).

uno degli effetti dell'applicazione dello stesso divieto. La Consulta, nel pronunciarsi a favore della legittimità costituzionale dell'art. 13 d.l. n. 223/2006, ha chiarito, infatti, che quest'ultimo, impedendo alle società in questione di operare per soggetti diversi dagli enti territoriali soci o affidanti, oltre ad imporre "di fatto una separazione societaria" obbliga le stesse "ad avere un oggetto sociale esclusivo"[45]. Una lettura della disciplina coerente con quella offerta dalla giurisprudenza costituzionale induce a ritenere l'oggetto sociale esclusivo presupposto necessario affinché le società strumentali possano operare e, dunque, condizione stessa per la loro esistenza[46]. A tal proposito è del tutto convincente il criterio esegetico di chiusura che pare potersi evincere dalla riflessione di una parte della dottrina, in base al quale la natura strumentale delle società pubbliche, concepibile solo laddove le stesse siano state costituite per svolgere esclusivamente una determinata attività, giustifica l'affidamento diretto di quest'ultima alle prime. In altre parole, in presenza di oggetto sociale "promiscuo", non potrebbe neanche parlarsi di società strumentali e, dunque, postularsi la praticabilità di affidamenti che veicolino privilegi[47].

[45] Così C. Cost. n. 326/2008 cit. p.to 8.7. cons. dir.

[46] In questo direzione sembra spingersi l'opinione di G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, cit., pp. 5–6, secondo il quale: "l'essere 'ad oggetto sociale esclusivo' non rappresenta una nuova situazione introdotta nell'ordinamento con il decreto–legge, ma invece la registrazione di una caratteristica che, anche prima, si doveva considerare propria delle società 'strumentali' degli enti territoriali 'in funzione della loro attività', e cioè l'essere figure appositamente costituite o partecipate dagli enti territoriali per lo svolgimento di una determinata attività".

[47] Giustificando un limite funzionale della legittimazione delle stesse. Perciò la configurabilità di società pubbliche che gestiscano attività rivolte al mercato, oltre che a favore delle amministrazioni controllanti, implicherebbe che le prime non siano beneficiare di affidamenti diretti in relazione a quest'ultime. Sul punto si veda G. CAIA, *op.ult.cit.*, p. 12 che esclude l'operatività del divieto nei confronti delle società non appositamente costituite per la fornitura di beni o servizi strumentali all'attività degli enti pubblici partecipanti. Altrimenti opinando le medesime sarebbero condannate alla paralisi secondo l'A., non potendo né ottenere "affidamenti diretti dagli enti di riferimento .. nè operare sul mercato per altri

Il rischio di un'applicazione del divieto non supportata dalla sussistenza di un privilegio (che il primo è volto a temperare)[48] ha indotto, la giurisprudenza a sottolineare la necessità di un'interpretazione restrittiva della disciplina in esame, e in questa prospettiva a respingerne l'estensione, innanzitutto, alle società operanti nel settore dei servizi pubblici locali, peraltro testualmente escluse dal perimetro applicativo della disposizione[49]. La conclusione alla quale sul punto si è

soggetti pubblici o privati". Sembra ascrivere rilievo determinante nella perimetrazione dell'ambito applicativo dell'art. 13 alla presenza di affidamenti diretti anche A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" e art. 23-bis del D.L. 112/2008*, cit., p. 744, secondo il quale "debbono considerarsi come privilegiate, e, quindi, come fattori distorsivi della concorrenza solo le società strumentali titolari di affidamenti senza gara", nonostante venga poi ravvisato, nelle conclusioni, un conflitto tra la logica di fondo che sorregge l'art. 13, d.l. Bersani, per il quale sono distorsive solo le società che svolgono un'attività strumentale, e l'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, che ritiene vi siano pratiche distorsive anche nel campo dei servizi pubblici locali, laddove il servizio sia stato affidato senza procedura competitiva. Peraltro, in merito al contrasto tra la lettera della norma (art. 13 cit.) che "limitava la precettività delle sue disposizioni alle sole società strumentali" e "l'interpretazione volta a sanzionare il dato sostanziale degli indebiti privilegi rispetto al mercato e non il mero rapporto di strumentalità", si veda B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, cit. Sull'irrilevanza degli affidamenti diretti ai fini dell'operatività del divieto cfr. Cons. St., Sez. V, 5.3.2008 n. 946, in *Foro amm. CDS*, 3/2008, p. 800, TAR Lazio, n. 10891/2009 cit. e TAR Liguria, Genova, Sez. II, 9.1.2009 n. 39. La questione è, in ogni caso, risolutivamente definita nel senso che "agli enti locali è precluso lo svolgimento di attività strumentali per il tramite di società che non siano ad oggetto esclusivo" da C. conti, sez. contr. reg. Lombardia, delib. del 17.10.2011 n. 517.

[48] Cfr. infatti Cons. St. n. 1756/2009 cit. secondo il quale il divieto in esame costituisce indubbiamente il necessario temperamento del "privilegio strutturale proprio del soggetto utilizzato in via strumentale per rendere in esclusiva prodotti o servizi in favore delle amministrazioni che lo hanno costituito o che vi hanno partecipato".

[49] L'art. 13, c. 1, cit. fa salve le società che gestiscono servizi pubblici locali, e servizi di committenza, le centrali di committenza operanti a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art. 3, c. 25 del codice dei contratti pubblici. Sono altresì escluse dal divieto di partecipazione le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al d.lgs. n. 385 del 1993, per il fatto di essere sottoposte ad un regime di trasparenza e di vigilanza stabilito e regolato a livello nazionale secondo G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati*

pervenuti, non senza qualche esitazione[50], è che le società pubbliche impegnate nella gestione di servizi pubblici locali non sono tenute ad avere un oggetto sociale esclusivo e non sono sottoposte alle limitazioni imposte dall'art. 13 del d.l. Bersani[51]. L'esito, senz'altro in linea con l'obiettivo di fugare letture estensive del divieto[52], non depone, d'altro canto, a favore di

pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza, cit., p. 8. Alle categorie dei soggetti espressamente esentati, si aggiungono le società partecipate da amministrazioni diverse da Regioni ed enti locali, e, come si è detto, le società che, pur non deputate allo svolgimento di servizi locali, non possono definirsi strumentali: sul punto si veda la ricostruzione operata da B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, cit., par. 2. A queste G. CAIA, *op. ult. cit.*, p. 8 accosta le società quotate in borse, quali "società che non possono, per le loro caratteristiche, essere destinatarie di affidamenti diretti e che sono pertanto ormai consegnate al mercato e sottoposte alla concorrenza".

[50] Si veda infatti TAR Sardegna, Sez. I, 11.7.2008 n. 1371, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 2251, secondo il quale "devono avere oggetto sociale esclusivo – con la conseguenza che tali società non possono comprendere nel loro oggetto sociale lo svolgimento di servizi pubblici locali per altri enti – non solo le società a capitale pubblico che svolgono attività di produzione di beni e servizi strumentali per le amministrazioni pubbliche regionali e locali partecipanti, ma anche le società miste che hanno per oggetto sociale sia servizi strumentali, sia servizi pubblici locali, qualora le stesse intendano partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici indette da soggetti diversi dagli enti costituenti o partecipanti".

[51] In questo senso la sent. del Cons. St., Sez. V, 7.7.2009 n. 4346 in *Foro amm. CDS*, 2009, p. 1727 che, sconfessando l'orientamento accolto dal TAR Sardegna, nella sent. n. 1371/2008 cit., ha confermato che la disciplina di cui all'art. 13 "ha carattere eccezionale e deve, quindi, essere interpretata in stretta aderenza al suo dato letterale e senza possibilità alcuna di applicazione oltre i casi in essa previsti; in particolare, così come testualmente formulata, essa chiaramente riguarda le sole società costituite o partecipate dalle amministrazioni locali per la produzione di servizi strumentali alla loro attività e, quindi, in funzione ed a supporto della stessa e non anche le società, sia a totale capitale pubblico, sia miste, costituite per lo svolgimento di servizi pubblici locali". Sull'inapplicabilità del divieto ex art. 13 alle società di gestione di servizi pubblici locali cfr. anche Cons. St. Sez. V, 22.2.2010 n. 1037, in *Foro amm. CDS*, 2/2010, p. 390; Cons. St. Sez. V, 16.11.2010 n. 8069, in *Foro amm. CDS*, 11/2010, p. 2373; Cons. St., Sez. V, 13.4.2012 n. 2119, in *Foro amm. CDS*, 4/2012, p. 941.

[52] In tale prospettiva si veda altresì la linea esegetica – a cui andrebbe riconosciuto il pregevole tentativo di garantire consistenza ed effettività ai precetti in esame secondo B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, cit. – volta a escludere l'applicazione dell'art. 13 cit. nelle ipotesi di partecipazione pubblica solo indiretta alle società strumentali,

un'assenza di limitazioni in capo alle società pubbliche operanti nell'area dei servizi pubblici locali. Sul piano del diritto positivo si ripropone anzi con una certa continuità, a dispetto dell'instabilità normativa che caratterizza il settore[53], l'opzione favorevole a generalizzare[54] il divieto di partecipare a gare, quindi il divieto di operare sul mercato, per i soggetti detentori di affidamenti diretti. Di tenore sostanzialmente analogo sul punto appaiono infatti, le previsioni rispettivamente dettate dall'art. 113, c. 6, d.lgs. n. 267/2000[55], dall'art. 23–*bis*, c. 9, d.l.

ammessa, invece in un primo tempo da TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 29.4.2009 n. 785, e AVCP, delib. 9.5.2007 n. 135. Sulla necessità di estendere il divieto ex art. 13 alle società caratterizzate da forme di partecipazione indiretta o mediata (cioè non costituite da pp.aa. e non finalizzate a soddisfare esigenze strumentali alle medesime), posto che la finalità del d.l. n. 223/2006 di evitare effetti distorsivi della concorrenza si persegue anche vietando la partecipazione delle società strumentali ad altre società si veda Ad. Pl., 4.8.2011 n. 17, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 2335: "sono applicabili alle società controllate da società strumentali e costituite con capitale di queste gli stessi limiti che valgono per le società controllanti, ove si tratti di attività inerenti a settori preclusi a queste ultime". In questo senso cfr. altresì Cons. St. Sez. V, 22.2.2010 n. 1037, in *Foro amm. CDS*, 2/2010, p. 390; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6.3.2012 n. 2230, in *Foro amm. TAR*, 3/2012, p. 808.

[53] Il rilievo è costante nella letteratura che indaga il settore. Per tutti si rinvia a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, e recentemente all'analisi svolta da A. ROMANO TASSONE, *Le forme di gestione dei servizi pubblici in Italia: aspetti problematici*, nell'intervento al Convegno *I servizi pubblici. VI Giornate Italo–Argentine*, organizzato dall'Associazione Italo–Argentina dei professori di diritto amministrativo, svoltesi a Napoli il 21 e 22 settembre 2012, versione provvisoria in *www.eudeca.it*.

[54] Si tratta, infatti, di un divieto posto da discipline settoriali – cfr. art. 18, c. 2, lett. a) d.lgs. n. 422/97 in materia di trasporto pubblico locale e art. 14, c. 5, d.lgs. n. 164/2000 in materia di distribuzione del gas naturale – prima di essere introdotto nella disciplina generale degli affidamenti di SPL recata dall'art. 113 del TUEL.

[55] L'art. 113, c. 6 del TUEL (abrogato dall'art. 12, c. 1, lett. a) del D.P.R. 7.9.2010 n. 168) disponeva che "Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4".

n. 112/2008[56] e, infine dall'art. 4, c. 33, d.l. n. 138/2011, quest'ultimo travolto dalla pronuncia di illegittimità costituzionale del luglio 2012 per il fatto di presentare *ratio* ispiratrice identica a quella caratterizzante la disciplina recata dall'art. 23-*bis* cit., abrogata in seguito a referendum popolare

[56] L'art. 23-*bis*, c. 9, d.l. n. 138/2001, come successivamente modificato (in particolare dall'art. 15, d.l. n. 135/2009), e abrogato a seguito del referendum popolare del giugno 2011 (su cui cfr. D.P.R. 18.7.2011 n. 113), recitava: "Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui e' affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, ne' svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, ne' direttamente, ne' tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, ne' partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti". L'esenzione delle società quotate è giustificata dalla circostanza che "il ricorso al mercato borsistico tramite intermediari finanziari autorizzati assolve, di per sè, alle finalità sottese all'evidenza pubblica": E. MARMUGI, *La dismissione delle partecipazioni societarie ...*, cit., p. 238. In argomento si veda B. GILIBERTI, *L'esenzione per le società quotate dal divieto di partecipazione alle gare di servizio pubblico locale alla luce della giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti infragruppo*, cit.. Più in generale sul divieto di partecipazione B. GILIBERTI, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare. Prime osservazioni sull'art. 23 bis d.l. 25 giugno 2008 n. 112*, in *Urb. App.*, 2009, pp. 146; L.R. PERFETTI, B. GILIBERTI, I. RIZZO, *La disciplina dei pubblici servizi locali alla luce dell'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009 n. 135*, in *Urb. App.*, 2010, p. 257 ss., che hanno sottolineato come il divieto disciplinato dall'art. 23-bis, c. 9 rispetto all'omologo dettato dall'art. 113, c. 6, TUEL presentasse un ambito soggettivo di applicazione più esteso, essendo rivolto a precludere non solo la gestione di "ulteriori servizi pubblici o in ambiti territoriali diversi" ma anche "lo svolgimento di attività o servizi che non si qualificano come pubblici, sia che vengano resi per altri enti pubblici che per soggetti privati".

nel giugno 2011[57]. La norma da ultimo richiamata dettava un divieto per le società – esteso alle controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante – che gestissero di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali *in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica* ovvero risultassero beneficiarie – qualora si fosse trattato di società miste – di un affidamento non disposto all'esito di una gara a "doppio oggetto", di "acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi", di "svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati", né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società controllate o partecipate, nè partecipando a gare[58]. Taluno ha ritenuto il divieto di

[57] Cfr. C. Cost. 20.7.2012 n. 199, che ha ritenuto che la disciplina recata dall'art. 4, d.l. n. 138/2011, nonostante lo stesso fosse rubricato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea", rendendo ancor più limitate le ipotesi di affidamento diretto avesse violato il divieto, desumibile dall'art. 75 Cost., di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare. In argomento si veda A. ARGENTATI, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell'AGCM sulle delibere-quadro e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in *www.federalismi.it*.

[58] L'art. 4, c. 33 è riproduttivo della disciplina recata dall'art. 23-*bis* cit. anche nella misura in cui estende il divieto in parola ai soggetti affidatari della gestione delle reti qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, e sottrae al proprio raggio di applicazione le società quotate (e le società da queste direttamente o indirettamente controllate: soggetti inclusi nell'esenzione a seguito delle modifiche apportate al testo dell'art. 23-*bis* dall'art. 8, c. 5, lett. e) d.l. n. 70/2011) e il socio privato di società mista, con partecipazione non inferiore al 40%, e selezionato con una gara a doppio oggetto. La disposizione contempla poi la possibilità per l'affidatario diretto di partecipare alle gare indette "nell'ultimo anno di affidamento dei servizi" dallo stesso gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio, o almeno sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso procedura ad evidenza pubblica, ovvero, di procedere in deroga con affidamento ad un soggetto "interno" purché diverso dall'attuale affidatario. L'ultimo periodo del c. 33 – prima che sullo stesso intervenissero le modifiche introdotte dall'art. 9, c. 2, lett. l), della l. n. 183/2011 (l. di stabilità 2012) – aveva fedelmente riproposto la c.d. *esenzione prime gare* disposta dall'art. 23-bis, c. 9, ultimo periodo, come novellato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009 cit.. Agli affidatari diretti di SPL veniva cioè consentito di concorrere su tutto il territorio nazionale alla "prima gara" successiva alla

partecipare alle gare per gli affidatari diretti di servizi pubblici locali, sin dalle sue prime apparizioni nella disciplina generale, espressione di un approccio normativo più rigoroso rispetto a quello tradizionalmente accolto dalla giurisprudenza in merito all'attività extraterritoriale delle società partecipate da enti locali, sostanzialmente incline a ravvisarne la legittimità ove non fosse dimostrata una distrazione dei mezzi della società dal fine per il quale la stessa era stata istituita, e quindi una

cessazione del servizio avente ad oggetto i servizi da essi forniti. In particolare, la versione novellata dell'art. 23–bis, c. 8, contenendo un riferimento, assente nella formulazione previgente, alla facoltà di partecipare alle gare su tutto il territorio nazionale, avrebbe consentito, ad avviso di L. R. PERFETTI, B. GILIBERTI, I. RIZZO, *La disciplina dei pubblici servizi locali alla luce dell'art. 15 del decreto–legge 25 settembre 2009 n. 135*, cit., p. 266, di includere nel raggio applicativo dell'esenzione non solo le gare rispetto alle quali le società titolari di affidamenti diretti avessero la qualità di gestore uscente, ma tutte le prime gare, relative ai servizi da queste espletate, celebrate ad esito degli affidamenti diretti. Sul punto cfr. altresì E. TRENTI, *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubbblica*, in *Ist. del federalismo*, 2/2011, pp. 47 ss.. Quanto all'ampliamento, operato della l. n. 183/2011, della facoltà degli affidatari diretti di concorrere su tutto il territorio nazionale alle *gare indette nell'ultimo anno* di affidamento dei servizi da essi gestiti, (in luogo del precedente riferimento alla *prima gara*), il legislatore ha mostrato di condividere sul punto i rilievi circa il carattere eccessivamente restrittivo delle condizioni poste dalla norma per beneficiare della "deroga prima gara", espressi dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella Segnalazione AS864 del 26.8.2011. Quest'ultima aveva infatti sottolineato come la restrizione in esame, nonostante la *ratio* condivisibile, rischiasse di "rendere impraticabile l'intero meccanismo di gara, finendo per limitare drasticamente il numero degli operatori ammissibili alle procedure di gara, e favorendo l'aggiudicazione al precedente affidatario, spesso l'unico partecipante alla gara. Si propone dunque di attenuare le condizioni che consentono agli affidatari diretti di partecipare ad altre gare, consentendo loro di farlo nel caso in cui (i) i soggetti in questione siano nella fase finale (inferiore ai due anni) del proprio affidamento e (ii) sia già stata bandita la gara per il riaffidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica, per il servizio erogato dall'affidatario diretto". Si veda in proposito il Dossier del Servizio Studi della Camera dei Deputati del 29.11.2011 n. 21 sulla Legge n. 183 del 2011. Sul punto cfr altresì C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012, Il dinamismo normativo continua*, in *www.giustamm.it*.

incompatibilità con la garanzia del servizio alla stessa affidato[59]. L'intento che muove il legislatore sul punto non è peraltro quello di perimetrare la capacità imprenditoriale delle amministrazioni pubbliche e quindi degli enti funzionali nell'ottica di un più efficace perseguimento dell'interesse pubblico. Va inoltre considerato che, sebbene i divieti in esame abbiano diretti riflessi negativi sulla operatività nel mercato di una particolare categoria di società pubbliche (quelle che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto) e siano perciò – assimilabili al divieto di cui all'art. 13 de d.l. Bersani e – ascrivibili alla categoria presa qui di considerazione[60], essi intercettano solo parzialmente le società partecipate dagli enti locali. Infatti, da ultimo l'art. 4, c. 33, d.l. n. 138/2011 cit., e, precedentemente gli artt. 113 TUEL e 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 cit., attraggono nel loro raggio applicativo tutte le società – indipendentemente dalla natura pubblica o privata della compagine sociale[61] – che risultino titolari di

[59] Si rinvia alla ricostruzione operata da E. SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 4/2002, pp. 77 ss., e alla sintesi della giurisprudenza *ivi* cit. Sulla dubbia coerenza con i principi comunitari del divieto in esame si veda L. R. PERFETTI, *Società affidatarie di servizi pubblici locali, partecipazione a gare e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. CDS*, 11/2005, pp. 3343; nonché per i rilievi in ordine ai profili di criticità – anche in punto di legittimità costituzionale – sollevati dall'immediata operatività del divieto anche prima della conclusione del periodo cfr. B. GILIBERTI, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare. Prime osservazioni sull'art. 23-bis D.L. 25 giugno 2008, n. 112*, in *Urb. App.*, 2009, pp. 146 ss.

[60] Disposizioni, oggetto di riflessione nel presente par., che limitano la libertà delle società pubbliche di operare nel mercato in ragione dei pretesi vantaggi competitivi di cui le prime godono.

[61] Sul punto, tuttavia, mette conto evidenziare la posizione espressa dall'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, nel parere n. 128 del 5.11.2009, nel quale la stessa individua quale finalità del divieto in parola (nella versione di cui all'art. 23-*bis*, c. 9, cit.) quella di "evitare che soggetti particolarmente qualificati, già titolari di affidamenti "diretti" e di un rapporto privilegiato con l'ente di riferimento – proprio in relazione alla stretta contiguità dei rapporti in essere con il soggetto pubblico – possano lucrare, in questa loro veste di enti "strumentali",

affidamenti diretti. In definitiva, il fattore che integra nella sostanza il "privilegio", e giustifica la conseguente applicazione di misure tese a tutelare la *par condicio* dei concorrenti, è l'investitura dell'operatore (e quindi la conseguente acquisizione di una quota di mercato) in assenza di gara. Ciò appare altresì in linea con il rilievo assorbente attribuito all'affidamento diretto nel condizionare il perimetro applicativo del divieto di cui all'art. 13, d.l. n. 223/2006 e la lettura restrittiva sopra riferita[62]. Sotto altro riguardo la scelta del legislatore conferma il fatto che le società strumentali non esauriscano i novero dei possibili destinatari di affidamenti diretti[63]. Le differenze scaturenti dal settore di operatività delle società interessate (servizi strumentali, da un lato, servizi pubblici locali, dall'altro lato) sottendono un diverso grado di esposizione delle prime alle dinamiche di mercato, in ragione, per esempio, della destinazione e della fonte della remunerazione delle prestazioni (pubbliche amministrazioni, da un lato, utenti dall'altro lato)[64].

ulteriori rendite di posizione in altri mercati o servizi pubblici locali a danno del libero gioco della concorrenza". L'AVCP mostra in tal modo di accogliere una nozione restrittiva di affidatari diretti dei SPL, estesa ai soli soggetti individuati "mediante il sistema del c.d. *in house providing* o in 'autoproduzione' senza confronto concorrenziale", e cioè a società integralmente partecipate dagli enti locali affidanti. Nel senso – condiviso in questa sede – che non abbia un solido supporto normativo la lettura (dell'art. 4, c. 33, d.l. n. 138/2011 cit.) che circoscrive il divieto alle sole società c.d. *in house* cfr. TAR Friuli Venezia Giulia, 9.2.2012 n. 60 e TAR Sardegna, Sez. I, 11.5.2011 n. 46.

[62] Cfr. *supra* nota 47.

[63] Sul punto v. B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, cit., par. 2, che sottolinea criticamente come l'assunto per cui il "beneficio di vantaggi competitivi ... sia tema che attenga alle sole società strumentali", trascurando il dato reale del mercato "assiepato di affidamenti diretti", si traduca in un'attenuazione della portata precettiva del divieto e in un *vulnus* delle finalità assunte dal legislatore.

[64] A questo proposito riferendosi all'art. 13, d.l. n. 223/2006 cit. G. CAIA, *op. ult. cit.*, p. 5 osserva che "l'esclusione dei servizi pubblici locali dall'ambito applicativo delle norme in oggetto è anche logica, perchè se la remunerazione del prestatore dei servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi, tale forma di remunerazione implica che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione".

La presenza di regimi giuridici differenziati risponde all'esigenza di commisurare alle diversità enunciate le limitazioni operative imposte – espressione di un vincolo funzionale, come si è detto, nel caso delle società strumentali – piuttosto che alludere ad una superfluità dell'imposizione di limiti nei confronti di società che, come quelle di gestione dei servizi pubblici locali svolgono (purché si tratti di servizi di rilevanza economica) un'attività d'impresa rivolta al mercato, sebbene, trattandosi di attività di "interesse generale"[65], con i correttivi della regolazione, della imposizione di obblighi di servizio pubblico e della eventuale attribuzione di diritti esclusivi. Con riguardo a tale ultima eventualità il legislatore nazionale aveva, di recente, previsto l'estensione al settore dei servizi pubblici locali delle prescrizioni

[65] Il riferimento è, evidentemente, alla nozione rilevante in seno al diritto europeo di servizi di interesse economico generale, che coniuga la natura *economica* dell'attività – intesa come idoneità della stessa ad offrire beni e servizi su un determinato mercato (cfr. per tutte CGCE, causa C–35/96, 18.6.1998 e Libro Verde sui Servizi di interesse generale, 21.5.2003, COM(2003) 270 par. 2.3, p.to 44), realizzata attraverso un metodo finalizzato a raggiungere quantomeno la copertura dei costi, e svincolato perciò dalla ricorrenza di un criterio lucrativo (cfr. *ex multis*, C. Cost., 17.11.2010 n. 325) – con l'*interesse generale* che sottende la fornitura di una serie di prestazioni perchè idonee a soddisfare i bisogni essenziali dei cittadini, indipendentemente dalle capacità e dall'efficienza dei meccanismi allocativi del mercato (cfr. Libro verde cit., par. 1, p.to 16: "l'espressione 'servizi di interesse generale' ... riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico"). Depongono nel senso della distinzione concettuale tra attività di servizio pubblico e attività di impresa in senso stretto la distinzione tra l'area dei servizi pubblici e gli "ambiti di vera e propria attività di impresa", e la distinzione, in seno alle attività economiche "tra servizi pubblici in senso tecnico e attività *meramente economiche*": in questo senso M. DUGATO, *Considerazioni giuridiche sul tema delle società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista*, cit., rispettivamente p. 503 e p. 512. La distinzione anzidetta può specularmente leggersi come ascrivibilità dei servizi pubblici (di rilievo economico) all'attività di impresa latamente intesa. Nel ricondurre la questione dell'attività extraterritoriale delle società miste al più generale tema della capacità imprenditoriale degli enti funzionali E. SCOTTI, *op. cit.*, osserva che "non esiste alcuna differenza tra la gestione da parte di una società mista di un servizio pubblico locale in concessione presso altro ente locale e lo svolgimento di una qualsiasi attività economica".

– che avrebbero dovuto ritenersi applicabili indipendentemente da tale espresso richiamo – contenute nella legge n. 287/1990, rivolte alle imprese titolari della gestione di servizi di interesse generale e a quelle operanti in regime di monopolio legale, in particolare ai commi 2–*bis* e 2–*quater* dell'art. 8 della legge *antitrust*. Quest'ultimo, nel disporre al c. 2 una deroga all'applicazione delle regole a tutela della concorrenza[66] a favore delle due categorie di imprese, "per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati"[67], impone alle medesime, ove intendano operare in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del c. 2, un obbligo di separazione societaria previa comunicazione all'AGCM. La seconda disposizione è volta a imporre all'impresa titolare dell'esclusiva la messa a disposizione agli operatori, in condizioni di parità di trattamento con le società partecipate o controllate in mercati diversi, di utilità (strutture, tecnologie, anche informative) riconducibili alla propria posizione di dominanza. Si tratta di previsioni volte ad evitare possibili effetti distorsivi sulla corretta competizione, riconducibili all'integrazione di attività che risultino esposte alla concorrenza in grado differente e ad una trasmissione di situazioni di privilegio economico al di là degli ambiti legittimamente "protetti". Il richiamo all'art. 8, l.

[66] Le disposizioni a tutela della concorrenza si applicano, ai sensi dell'art. 8, c. 1, L. n. 287/90, sia "alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale", in ossequio al noto principio di indifferenza della forma giuridica degli operatori operanti nel mercato, sancito dall'art. 345 TFUE (prima art. 295 TCE).

[67] Con una disposizione sostanzialmente riproduttiva di quella dettata dall'art. 106 TFUE (ex art. 86 TCE). Sul punto S. CASSESE, *La nuova costituzione economica,* cit., p. 88 osserva che "Tunica differenza tra la normativa comunitaria e quella nazionale è di presentazione. Quella comunitaria dispone che le regole della concorrenza si applicano, salvo gli specifici compiti affidati alle imprese di servizio pubblico. La normativa italiana dispone che le regole della concorrenza non si applicano per quanto strettamente connesso agli specifici compiti affidati alle imprese. Trarre dalla diversa dizione delle due norme una contrapposizione è un errore".

n. 287/90 effettuato, prima dall'art. 2, c. 7 del D.P.R. n. 168/2010 cit., e poi dall'art. 4, c. 7, del d.l. n. 138/2011 cit., è destinato a operare in un'area nella quale normalmente – e nonostante gli aneliti di riforma frustrati con il referendum abrogativo del giugno 2011 e poi con la pronuncia di illegittimità costituzionale del luglio 2012[68], né soddisfatti compiutamente dall'ultimo intervento in materia[69] – le imprese erogatrici di servizi pubblici locali integrano entrambe le

[68] Ci si riferisce in particolare ai tentativi di marginalizzare l'attribuzione dei diritti di esclusiva alle imprese di gestione dei servizi ad opera dell'art. 23-bis, c. 10, lett. g) e dell'art. 2, del D.P.R. n. 168/2010 cit., e successivamente dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, c. 1. Sul punto sia consentito rinviare a C. ACOCELLA, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: i recenti sviluppi nel comparto locale*, in G. PALMA (a cura di), *Lezioni*, Napoli, 2011, pp. 23 ss., nonché ID., *Il nuovo Regolamento in materia di servizi pubblici locali. Note a prima lettura del d.P.R. n. 168 del 2010*, in *La Riv. nel dir.*, 10/2010, pp. 1492 ss.

[69] Si veda infatti l'art. 34, c. 13 del d.l. 18.10.2012 n. 179 recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", che prescrive la necessità per gli enti locali, al fine di procedere all'affidamento dei SPL, di effettuare una relazione che dia conto delle ragioni e della "sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta" e che definisca "i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste". L'obbligo di giustificare il modello gestionale selezionato si estende anche agli affidamenti in essere, con riguardo ai quali la relazione deve essere pubblicata entro la data del 31 dicembre 2013 (c. 14 dell'art. 34 cit.). Il legislatore si è, in tal modo, allineato alle indicazioni della Consulta ove ha ritenuto che la disciplina interna in materia di SPL, nel riprodurre la normativa oggetto di abrogazione referendaria, avesse drasticamente ristretto le ipotesi di affidamento diretto nonché di attribuzione di diritti di esclusiva "oltre quanto prescritto dalla normativa comunitaria". Donde la scelta di limitarsi a preservare l'esito della consultazione referendaria, e cioè "l'applicazione diretta della normativa comunitaria conferente" (C. Cost. n. 199/2012 cit.), evitando di ordinare le varie formule di gestione in ragione della loro maggiore o minore rispondenza a finalità pro-concorrenziali, e declinando in maniera espressa l'ossequio ai principi di parità tra gli operatori, economicità della gestione e pubblicità, attraverso l'obbligo di motivare l'opzione per un dato modello gestionale mediante la predetta relazione. La stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato (cfr. AS 988 del 2.10.2012) ha segnalato l'opportunità per il legislatore di intervenire nella materia dei servizi pubblici locali, piuttosto che con una normativa di carattere generale suscettibile di sollevare ulteriori profili di illegittimità costituzionale, in relazione a singoli settori (come per esempio quello del trasporto pubblico locale e quello della gestione dei rifiuti) dove "maggiormente sussistono spazi di apertura alla concorrenza".

condizioni soggettive disciplinate dalla normativa antitrust: quella di titolare di diritti esclusivi oltre che, naturalmente, quella di incaricato della gestione di un servizio di interesse generale[70].

Gli obblighi di separazione – nelle sue diverse forme[71] – rappresentano, del resto, una soluzione frequentemente prospettata dall'ordinamento per evitare "contagi" nocivi per la concorrenza[72]. La valutazione della ragionevolezza e della proporzionalità di simile misure è evidentemente condizionata dalla particolare cautela interpretativa che riaffiora in ipotesi di limitazione della libera iniziativa economica. Esemplare in tal senso è la questione che si è posta con riguardo all'attività extraterritoriale delle società strumentali degli enti locali, rispetto alla quale la separazione societaria è apparsa strumento di riequilibrio della libertà di impresa di questi ultimi con la tutela dei principi concorrenziali[73]. Nello specifico, con riguardo alla possibilità per le società strumentali di scorporare ai sensi

[70] La generalità delle imprese di fornitura dei SPL che richiedano una rete fisica o virtuale, operano in un regime di monopolio naturale, superabile al più per alcune fasi o attività collaterali. Cfr. la Segnalazione dell'AGCM AS 453 del 11.6.2008, *Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*, in *www.agcm.it*.

[71] In particolare vale la distinzione tra la mera separazione contabile, la separazione contabile ed amministrativa, la separazione societaria, e la più drastica misura di separazione proprietaria. In tema cfr. H. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 3/2011, pp. 469 ss.

[72] Riferisce anzi del carattere recessivo del divieto di partecipazione a un soggetto di secondo grado da parte di società strumentali (art. 13, c. 1, d.l. n. 223/2006) rispetto alla soluzione della "società separata" individuata dall'ordinamento generale al fine di rendere "compatibile lo svolgimento di attività in due ambiti differenti", G. CAIA, *op. ult. cit.*

[73] In questo senso infatti C. Cost. n. 326/2008 cit., p.to 8.3. cons. dir. osserva "non è negata nè limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative". Cfr. altresì C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 517/2011 cit. dove si contempla, tra le prospettive schiuse dal divieto di cui all'art. 13 d.l. n. 223/2006, quella di "creare distinti organismi societari per la gestione in modo separato delle attività strumentali e dei servizi pubblici locali".

dell'art. 13 del d.l. Bersani le attività non consentite attraverso la costituzione di "una separata società"[74], la giurisprudenza ha evidenziato la necessità di interpretare la facoltà (di cui al c. 3) in coerenza con l'obiettivo – perseguito dalla normativa in questione – di impedire l'alterazione della libera concorrenza attraverso il divieto (disciplinato dal c. 1) agli "organismi societari di tipo strumentale di concorrere sul mercato per svolgere prestazioni presso enti diversi da quello di riferimento, non solo in via diretta ma anche attraverso partecipazione ad altre società o enti". L'apparente antinomia va superata nel senso di promuovere, attraverso lo scorporo, la creazione di un organismo societario – destinato a gestire le attività dismesse – che non comporti l'intervento finanziario della società strumentale, ma solo degli enti pubblici di riferimento che, attraverso la nuova (separata) società – costituita su propria iniziativa e con l'impiego di propri capitali – possono concorrere sul mercato[75].

2.2. Disposizioni che circoscrivono l'impiego dello strumento societario in ragione della finalità perseguita.

In altra sede il legislatore non si è limitato a condizionare la perimetrazione dell'oggetto sociale delle strutture partecipate da

[74] L'art. 13, c. 3, d.l. n. 223/2006 cit. dispone: "Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro quarantadue mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società [da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori diciotto mesi] (inciso questo soppresso dall'art. 1, c. 720, della l. n. 296/2006, con conseguente eliminazione dell'obbligo di dismissione della società separata, su cui si veda G. Caia, *op. ult. cit.* Sul punto però è destinato comunque ad incidere l'art. 3, c. 29, l. n. 244/2007 su cui cfr. *infra*). I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma".

[75] Così Cons. St., Sez. V, n. 1037/2010 cit. e Ad. Pl., n. 17/2011 cit.

enti pubblici, imponendo a questi ultimi di operare attraverso società separate, ma ha finito col limitare la capacità stessa di attingere a modelli privatistici attraverso la costituzione di organismi societari. Realizzano un simile risultato le norme contenute all'art. 3, della l. 24.12.2007 n. 244 (l. finanziaria per il 2008), in particolare ai commi 27, 28, e 29, vietando alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001[76] la costituzione di società, nonché l'assunzione o la conservazione di partecipazioni – anche di minoranza – nelle medesime, aventi ad oggetto la produzione di beni e servizi non strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Espressamente consentito è il ricorso a società pubbliche di gestione di servizi di interesse generale, o che forniscano servizi di committenza, o che operino quali centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici[77]. Quella operata dal legislatore è dunque una delimitazione degli ambiti di operatività delle società pubbliche in chiave finalistica. La caratterizzazione funzionale dei moduli societari cui gli enti pubblici (destinatari delle disposizioni in esame) sono legittimati

[76] Ai sensi dell'art. 1, c. 2, T.U.P.I. per amministrazioni pubbliche si intendono "le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'ARAN e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300". Sulla sottrazione al predetto elenco delle amministrazioni statali ad opera dell'art. 71, l. 69/2009 che ha modificato il c. 27 dell'art. 3, l. n 244/2007 e introdotto nello stesso art. una serie di ulteriori commi si rinvia a A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, cit., pp. 73 ss.

[77] Per l'espunzione dall'ambito di applicazione del divieto delle partecipazioni in società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati cfr. l'art. 71, c. 1, lett. f), l. n. 69/2009.

a ricorrere è sintetizzata, a parte i casi dell'esercizio di servizi di interesse generale e delle funzioni di committenza[78], dalla nozione di "stretta necessità", peraltro non suscettibile di interpretazione univoca. Alla sostanziale assimilazione delle "società strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali delle amministrazioni socie" (di cui all'art. 3, c. 27, l. n. 244/2007) alle società strumentali (di cui all'art. 13, d.l. Bersani cit.)[79], si affianca, infatti, un orientamento che, enfatizzando il tenore testuale della disposizione, distingue la mera strumentalità dalla vera e propria necessarietà rispetto alle finalità istituzionali dell'ente socio. Quest'ultima imporrebbe alle amministrazioni pubbliche, al fine di giustificare in concreto lo svolgimento di attività societaria, una verifica di imprescindibilità della medesima per il perseguimento dei propri fini istituzionali[80]. Tuttavia anche una scelta nella prima e meno

[78] Tali due categorie di servizi meritano una considerazione separata in quanto considerate espressamente consentite, e quindi automaticamente escluse dall'ambito applicativo del divieto di cui all'art. 3, c. 27, l. n. 244/2007. L'esclusione è, per i servizi di interesse generale, coerente con la circostanza che la disciplina ad essi dedicata calibra la possibilità di costituire strutture societarie in ragione di esigenze specifiche, qualificandola anche, in particolari circostanze, come recessiva rispetto al ricorso a società esterne. Esemplare in tal senso è il trattamento delle società *in house* registrato nell'evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali. Cfr. *supra* note 57 e 61. Quanto alle società pubbliche che gestiscono servizi di committenza, va rilevato come il legislatore abbia, anche di recente (art. 1, cc. 7–9, d.l. n. 95/2012), inteso favorire una maggiore diffusione rispetto al passato degli obblighi di approvvigionamento centralizzato – su cui sia consentito rinviare a C. ACOCELLA, *Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza,* Commento all'art. 33, in corso di pubblicazione in, L.R. PERFETTI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Milano, Ipsoa – rispetto alla quale sarebbe contraddittoria una limitazione della possibilità di costituire strutture societarie.

[79] Pur rilevando la distanza tra le rispettive formulazioni letterali degli art. 13, d.l. n. 223/2006 e art. 3, c. 27, l. n. 244/2007, B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, cit., osservano che la lettera di tale ultima disposizione "laddove parla di società strettamente necessarie, costituisce espressione enfatica, sostanzialmente coincidente con quella di società strumentali assunta dall'art. 13 del decreto Bersani".

[80] In questo senso si vegga infatti F. ALBO, *L'applicazione dell'art. 3 commi 27 e seguenti della legge n. 244 del 2007 negli enti locali*, *in www.lexitalia.it*,

rigorosa delle due direzioni indicate, non sembra comunque escludere in linea di principio la necessità di motivare adeguatamente e puntualmente l'opzione per lo strumento societario[81]. Una valutazione dei vantaggi in termini di efficienza ed economicità della produzione dei beni o servizi strumentali che l'amministrazione intenda affidare ad un organismo societario, appare imprescindibile anche laddove l'individuazione delle "finalità istituzionali" prefiguri una verifica a "maglie larghe", come accade, a titolo esemplificativo, nella ricostruzione delle funzioni di pertinenza comunale[82]. In sostanza gli obblighi di verificare e attestare la sussistenza dei presupposti di "stretta necessità" imposti alle pp.aa. dalla l. finanziaria per il 2008[83] si tradurrebbero nella necessità di

2009, che attrae nella suddetta verifica di imprescindibilità anche l'attività societaria condotta al fine di erogare servizi di interesse generale e/o servizi di committenza. Si veda altresì A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, cit., p. 82 secondo il quale la stretta necessità di cui all'art. 3, c. 27 cit. implicherebbe "l'idea di una *condicio sine qua non*, cioè di un'impossibilità per l'ente pubblico di raggiungere l'obiettivo (finalità istituzionale perseguita) senza l'ausilio di quella partecipazione in quella particolare società".

[81] Esito che scaturisce, prima ancora che dalle previsioni oggetto di esame della l. finanziaria per il 2008, dalle puntualizzazioni "minime" operate dalla giurisprudenza amministrativa in ordine alla identificazione del ricorso al modello societario come una tra le opzioni possibili cui l'ente pubblico può attingere, della quale va messa dunque in evidenza l'opportunità e la convenienza. Si rinvia alle riflessioni sul punto di E. MARMUGI, *op. cit.*, p. 233 e alla giurisprudenza *ivi* cit.

[82] Valgono sul punto le argomentazioni svolte da C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. 6.5.2009 n. 187 nel rinviare a C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, parere del 3.4.2008 n. 23, secondo le quali, dovendosi in forza del principio di sussidiarietà individuare il Comune come "l'unico titolare di tutte le funzioni amministrative", "il ruolo centrale dell'amministrazione locale quale interprete primario dei bisogni della collettività locale, riconosciuto anche a livello costituzionale, non può essere messo in discussione dalla mancanza di un organico quadro legislativo che individui le funzioni comunali perchè, semmai, il legislatore può solo specificare gli ambiti che non rientrano nella competenza comunale. Con la conseguenza che "spetta al singolo ente valutare quale siano le necessità della comunità locale e, nell'ambito delle compatibilità finanziarie e gestionali, avviare le politiche per soddisfarle".

[83] Cfr. infatti l'art. 3, c. 28, l. n. 244/2007 cit: "L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo

enunciare una plausibile inerenza dell'oggetto dell'organismo societario cui si intende ricorrere ad una delle proprie funzioni[84]. Nondimeno, i margini interpretativi aperti dalla normativa in esame hanno in pratica consentito alla giurisprudenza contabile di esprimersi favorevolmente, per esempio, all'assunzione da parte di un Comune di una partecipazione diretta nel capitale di una cantina cooperativa dedita alla pubblicizzazione e commercializzazione dei prodotti della viticoltura[85]. Vengono perciò in considerazione ipotesi in cui, non solo l'attività appaia di dubbia pertinenza al novero delle funzioni riservate dall'ordinamento all'ente in questione[86], ma non sia così agevolmente configurabile neanche il dato descrittivo della strumentalità ai sensi dell'art. 13, d.l. Bersani[87] – intesa come destinazione dell'oggetto e delle prestazioni svolte dalle società pubbliche a favore degli enti territoriali di riferimento[88] e non del pubblico dei consumatori/utenti, non ricorrendo – in tale ultimo caso – la clausola di salvezza del servizio pubblico[89].

competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al c. 27. La delibera di cui al presente c. è trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti".

[84] La fattispecie presa in considerazione nella decisione C. conti, sez. reg. contr. Lombardia n. 187/2009 cit. era relativa alla costituzione da parte di un Comune di una società a capitale misto pubblico/privato per la gestione del servizio di assistenza per anziani, ritenuto, evidentemente di pertinenza dell'ente. La giurisprudenza contabile cui ci si sta riferendo sottopone, quindi, anche un servizio di interesse generale – per quanto sottratto all'obbligo di dismissione di cui all'art. 3, c. 27 l. n. 244/2007 (cfr. *supra* nota 78) – allo scrutinio imposto dalla norma in esame, evidentemente muovendo dal presupposto che, il c. 28, dell'art. 3 richieda l'accertamento della sussistenza delle condizioni di ammissibilità per l'assunzione e/o il mantenimento di partecipazioni in tutte le società consentite dal c. precedente, e non solo in quelle strumentali.

[85] Cfr. C. conti, sez. reg. contr. Puglia, delib. del 27.11.2009 n. 103.

[86] Difficoltà superabile considerando l'opinabilità dell'inquadramento delle funzioni: cfr. *supra*, spec. nota 82.

[87] Anche a voler confinare a tale nozione la portata semantica dell'espressione "stretta necessità" utilizzata nell'art. 3, c. 27, l. n. 244/2007.

[88] Sul punto si veda *supra* nota 41.

[89] Come è accaduto nel caso su riferito (cfr. nota 84) in cui la C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 187/2009 cit., ha ritenuto rispondente ai presupposti

Aperture in tal senso finiscono inevitabilmente per confinare la precettività annunciata dal tenore testuale dell'art. 3, cc. 27 e ss., i quali operano una limitazione drastica della proliferazione delle società pubbliche assumendo che le stesse concretizzino forme di abuso ed elusione degli obiettivi di stabilità interna, di trasparenza e di controllo cui è sottoposto l'agire amministrativo, piuttosto che riequilibrare, per finalità genuinamente concorrenziali, i vantaggi competitivi di cui godrebbero le prime[90]. Secondo una prospettiva speculare, tali aperture sono proprio il segno dello sforzo di ricucire la distanza tra il rigore dell'enunciato normativo – idoneo a erodere l'attività imprenditoriale delle pp.aa. in quanto non strumentale o qualora non declinata attraverso erogazione di servizio

dell'art. 3, c. 27, l. n. 244/2007 l'erogazione di prestazioni a favore di persone anziane non assistibili a domicilio, in quanto servizio di interesse generale. Sul punto si vedano le notazioni svolte da C. IBBA, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., p. 433, perplesso rispetto alla "necessarietà" dell'acquisizione da parte di un Comune di "una partecipazione in una s.r.l. che gestisce un apprezzato ristorante". Ma nella direzione di un'esegesi più rigorosa si veda C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. 15.9.2010 n. 861 in cui si esprimono dubbi sulla possibilità di ricondurre "l'attività di progettazione, sviluppo e realizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile quali impianti eolici, biomasse, fotovoltaici, pannelli solari, nonché ... commercializzazione dell'energia elettrica prodotta da tali impianti" alle finalità proprie dell'ente territoriale (nel caso di specie un Comune), configurandosi la prima "come attività tipicamente commerciale perchè diretta alla produzione ed al commercio di un bene rispetto al quale gli enti locali non hanno [*tra l'altro*] alcun diritto di privativa".

[90] Cfr. infatti C. conti sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 861/2010 cit. che riferendosi alle disposizioni della legge finanziaria per il 2008 ha osservato: "la necessità che il ricorso allo strumento societario sia circoscritto a reali necessità ed esigenze degli enti territoriali, anche al fine di evitare un utilizzo strumentale, giustificato unicamente dall'esigenza di eludere le normative pubblicistiche in tema di finanza pubblica o di creare artificiosamente posizioni destinate ad alimentare un sottogoverno locale, ha indotto il legislatore a precisare i limiti che devono caratterizzare l'utilizzo dello strumento societario da parte di tutti gli enti pubblici e, in particolare, di quelli territoriali". Appare persuasiva in proposito l'analisi svolta da B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, cit., secondo cui le disposizioni dell'art. 3, c. 27, l. n. 244/2007 "paiono prescindere dalla sussistenza di indebiti benefici economici in capo alle società pubbliche ... e sembrano piuttosto ispirate dall'intento di riservare la competizione, tanto di mercato che per il mercato, ai soli operatori privati".

pubblico – e la *ratio* ispiratrice dichiarata delle disposizioni in parola che includerebbe, tra le altre finalità, quella di tutelare la concorrenza[91].

2.3. Disposizioni che escludono la possibilità di costituire, a prescindere dal fine perseguito, società pubbliche.

Più di recente il legislatore è tornato a circoscrivere, esclusivamente sulla base di criteri dimensionali, la facoltà degli enti pubblici di far uso del modello societario. Con l'art. 14, c. 32 del d.l. 31.5.2010 n. 78[92] è stato fatto divieto ai Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti di costituire società, consentendo contestualmente ai Comuni con popolazione compresa tra i 30.000 e i 50.000 abitanti di detenere la partecipazione di una sola società, e sottraendo all'ambito di applicazione della norma le società, "con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti"[93]. Complementare al divieto in parola è

[91] Sul punto valgono, anzitutto, le argomentazioni svolta da C. cost. 8.5.2009 n. 148, in *Foro amm. CDS*, 5/2009, p. 1178 che ha ricondotto la disciplina ci cui all'art. 3, cc. 27 e ss., l. finanziaria 2008 alla tutela della concorrenza, muovendo dal riferimento contenuto nella Relazione governativa al disegno di legge poi "divenuto l. n. 244/2007" allo scopo di "evitare forme di abuso (la cui esistenza è verosimile, tenuto conto che sono circa tremila, ad esempio, le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica) e di tutelare la concorrenza", e producendo una sostanziale assimilazione delle finalità sottese a tale disciplina e quelle sottese all'art. 13, d.l. Bersani cit. Sul punto cfr. altresì C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 187/2009 cit. Riferisce, infatti, la presenza di interpretazioni più permissive in quanto calibrate sulla *ratio* di tutela della concorrenza e del mercato C. IBBA, *op. ult. cit.*, p. 432.

[92] Il d.l. 31.5.2010 n. 78 recante "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica" è stato convertito con l. 30.7.2010 n. 122, successivamente modificato dalla l. 13.12.2010 n. 220, art. 1, c. 117, come sostituito dal d.l. 29.12.2010 n. 225, art. 2, c. 43, dal d.l. 6.7.2011 n. 98, art. 20, c. 13 e da ultimo dal d.l. 13.8.2011 n. 138, art. 6, c. 27.

[93] Tale inciso deve dunque intendersi nel senso che è consentita la costituzione, e non solo il mantenimento di partecipazioni in società già costituite da più comuni secondo i presupposti specificati dalla disposizione: cfr. C. conti, sez. reg. contr.

la previsione dell'obbligo di mettere in liquidazione le società (non più consentite ai sensi della normativa in esame) già costituite o di cederne le partecipazioni. Dall'obbligo di dismissione sono poi escluse[94] le società che abbiano il bilancio in utile alla data del 31 dicembre 2012 negli ultimi tre esercizi; che non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; che non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. In sintesi, l'interdizione della possibilità di costituire o partecipare a organismi societari è generalizzata alle amministrazioni comunali[95], e subisce delle attenuazioni[96], o viene del tutto esclusa, esclusivamente in presenza di circostanze che comprovino la virtuosità economica e la salute finanziaria della società pubblica[97] o che siano, per la soglia dimensionale minima dell'ente o a seguito del verificarsi di fenomeni aggregativi, funzionali al raggiungimento, da parte della stessa società, di

Liguria, delib. del 31.12.2010 n. 166, C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. del 18.10.2010 n. 959 e C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. del 8.11.2011 n. 570.

[94] Oltre che, chiaramente, le situazioni già richiamate, escluse dal perimetro applicativo del divieto per il superamento della soglia demografica (una sola società da parte di comuni con popolazione compresa tra i 30.000 e i 50.000 abitanti, per i quali però il termine per la dismissione delle altre società è quello del 31.12.2013: cfr. C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. del 15.11.2011 n. 603) e/o in quanto risultato di un'aggregazione tra più comuni tale da superare la soglia demografica rilevante. Sull'individuazione dei termini di dismissione dettati dall'art. 14, c. 32 ha inciso dapprima, anticipandoli, l'art. 16, c. 27, d.l. n. 138/2011 cit. e successivamente, dettandone la proroga di nove mesi, l'art. 29, c. 11-*bis*, d.l. 29.12.2011 n. 216.

[95] Esprime perplessità in punto di legittimità costituzionale della disciplina sotto il profilo della "(ir)ragionevolezza e della (dis)parità di trattamento" C. IBBA, *op. ult. cit.*, p. 433.

[96] E' il caso dell'unica partecipazione concessa ai comuni con popolazione compresa tra i 30.000 e i 50.000 abitanti.

[97] E' l'effetto del concorso delle condizioni individuate all'art. 14, c. 32, lett. a), b) e c).

una massa critica operativa significativa e quindi dell'efficienza gestionale[98]. Da questi elementi viene fuori un quadro di finalità attese che risulta coerente – in disparte ogni valutazione in ordine all'effettività[99] e alla parzialità[100] delle misure – con gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica sottesi alla manovra economica[101], ma rispetto al quale appaiono per lo più[102] estranee logiche di tutela della concorrenza e del mercato.

L'eterogeneità dei fini sottesi alla disciplina dettata dal d.l. n. 78/2010, da un lato, e alle normative a questa contigue – in quanto condizionanti comunque la capacità delle amministrazioni pubbliche di costituire società di diritto privato – dall'altro lato, è stata fatto oggetto di riflessione dalla magistratura contabile. La questione fa, infatti, da sfondo alla

[98] Cfr. in tal senso C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. del 15.9.2010 n. 861.

[99] Soprattutto a causa delle ripercussioni economiche negative prefigurate dalla dottrina per le ipotesi in cui le amministrazioni siano costrette, per rispettare il termine di dismissione delle partecipazioni non consentite, a svendere queste ultime: si veda in proposito B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Le società pubbliche nel mercato*, cit., p. 274 – anche per l'inadeguatezza del criterio demografico – e C. IBBA, *op. ult. cit.*, p. 435 il quale ritiene, per tale ragione, che entro il termine previsto le procedure di alienazione debbano intendersi non necessariamente andate a buon fine, ma avviate e coltivate con diligenza. Si rinvia anche ai puntuali rilievi critici svolti dall'A. in merito alla messa in liquidazione, come alternativa alla cessione, e al sacrificio alla continuità dell'attività sociale derivante dalla prima.

[100] Coglie, per esempio, profili di illogicità nel sistema di divieti ed esenzioni scaturente dalla lettura dell'art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010 nella misura in cui lo stesso consente ai Comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti di mantenere partecipazioni in società virtuose e costituire, aggregandosi con altri comuni, altre società, precludendo tale possibilità invece ai Comuni più popolosi, quelli con popolazione compresa tra i 30.000 e i 50.000 abitanti, l'AVCP nella delib. n. 40 del 4.4.2012. Sull'impossibilità di estendere tali deroghe ai comuni tra i 30.000 e i 50.000 abitanti si veda C. conti, sez. reg. contr. Emilia Romagna, delib. del 13.2.2012 n. 9.

[101] Obiettivi, come si è visto, intrecciati a finalità pro-concorrenziali – quanto meno nelle dichiarazioni programmatiche del legislatore – in altre manovre economiche (l. finanziaria per il 2008).

[102] A meno di non ritenere che una disciplina tesa a promuovere una dimensione p.c.d. efficiente degli operatori economici, consegua comunque, seppur in maniera mediata, obiettivi di tutela della concorrenza.

necessità di coordinare il divieto di costituire società per i Comuni sino a 30.000 abitanti (art. 14, c. 32. d.l. n. 78/2010), con la possibilità altrove contemplata[103], per tutte le amministrazioni pubbliche (*ivi* compresi i Comuni), di assumere e/o mantenere partecipazioni in società strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali delle prime e/o in società di gestione di servizi di interesse generale. Categoria quest'ultima che risulta attingibile da parte degli enti locali, con le uniche limitazioni individuate dal diritto europeo, anche nel quadro di atipicità delle forme di gestione determinato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e confermato dall'ultimo intervento del legislatore nel settore dei servizi pubblici locali[104]. Il problema concerne nello specifico l'esegesi della clausola di salvezza contenuta nell'*incipit* dell'art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010 a mente della quale il divieto di costituzione e il congiunto obbligo di dismissione delle partecipazioni non consentite operano "fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29 della legge 24 dicembre 2007 n. 244". Letture riduttive della portata precettiva della normativa del 2010 hanno prospettato la perdurante possibilità per gli enti locali – anche quelli al di sotto dei 50.000 abitanti, e quindi rientranti nel perimetro applicativo dell'art. 14, c. 32 cit. – di costituire le società strettamente strumentali e quelle di gestione di servizi di interesse generale[105]. Un diverso orientamento ha tentato di

[103] Cfr. art. 3, cc. 27 e ss., l. n. 244/2007 cit.

[104] Cfr. *supra* note 57 e 69. Ci si riferisce in particolare alla circostanza che l' "applicazione diretta della normativa comunitaria conferente" (C. cost. n. 199/2012, cit.) in punto di modalità di gestione dei servizi di rilievo economico, non impone la scelta di un modello determinato, ma prescrive particolari limiti per il ricorso ad affidamenti diretti ad organismi societari tutti pubblici – c.d. *in house* – e cautele per la costituzione di forme di collaborazione istituzionalizzata tra pubblico e privato.

[105] Secondo C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 861/2010 cit. tale prima prospettazione, ancorché avallata da numerosi commentatori, sembra "trascurare la finalità che ha animato il legislatore in questi anni di addivenire ad una progressiva limitazione dell'utilizzo dello strumento societario", e fornire una

armonizzare la lettera della disposizione, e quindi la salvezza delle previsioni della finanziaria per il 2008, con lo spirito della manovra economica per il 2010, e di non vanificare, perciò, l'effetto utile di una disciplina volta essenzialmente al risanamento e al riequilibrio della finanza pubblica. In questa prospettiva la volontà espressa di non abrogare la normativa precedente appare del tutto coerente con la circostanza che il legislatore ha operato, nelle due occasioni, su piani differenti, dettando, nel primo caso, limiti funzionali e, nel secondo, limiti meramente numerici. L'avviso – che appare condivisibile – secondo cui entrambe le categorie di limiti devono intendersi come vincolanti la possibilità per gli enti locali di acquisire la qualità di socio, determina la conseguenza che "gli enti locali con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non poss*a*no procedere, *in linea di massima*, alla costituzione di società di

lettura contraddittoria della norma, privandola di contenuto. Ritiene non condivisibile tale lettura ché lascia operare unicamente i divieti disposti dalla noma anteriore, disattivando i limiti numerici introdotti dal cit. c. 32, i quali "non opererebbero rispetto alle partecipazioni già consentite e sarebbero inutili rispetto a quelle già vietate" C. IBBA, *op. ult. cit.*, p. 444. Una parte della giurisprudenza contabile ha peraltro condiviso tale orientamento: si veda in proposito C. conti, sez. reg. contr. Puglia, delib. 22.7.2010 n. 76, la quale ha, in modo invero piuttosto sbrigativo, esaurito la questione ritenendo che l'art. 14, c. 32 cit. – giusta la riferita clausola di salvezza – non ostasse "alla costituzione di società che integrino i presupposti di cui all'art. 3, c. 27 e ss. della legge finanziaria del 2008" e che potessero perciò ritenersi valide le argomentazioni sostenute in C. conti, sez. reg. contr. Puglia, delib. n. 103/2009 cit. sulla quale cfr. *supra* nota 85. Giudicano peraltro equilibrata la posizione della Corte dei conti pugliese per aver contemperato l'esigenza di evitare la proliferazione di partecipazioni sociali dannose per la finanza pubblica, con la garanzia della facoltà dei comuni di erogare servizi di interesse generale in favore delle proprie comunità di riferimento, B. GILIBERTI, I. RIZZO, *Le società pubbliche nel mercato*, cit., p. 274. Condivide la linea ermeneutica accolta dalla Corte dei conti pugliese G. GUZZO, *Le nuove regole dei SPL alla luce della disciplina attuativa introdotta dal D.P.R. 168/2010*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, affermando il "carattere assorbente del soddisfacimento dell'interesse generale, tipico delle società erogatrici di servizi pubblici, quale presupposto per la non applicabilità del divieto posto dall'art. 14, c. 32, l. n. 122/2010 ai soggetti economici affidatari della gestione di un servizio pubblico locale".

capitali"[106], con la puntualizzazione, cioè, che la portata generale del divieto è attenuata in tutte le ipotesi in cui sia "lo stesso legislatore, nazionale o regionale, a prevedere che specifiche attività debbano siano svolte per il tramite della partecipazione a società di capitali"[107]. La giurisprudenza contabile si è mossa, perciò, non senza lasciare qualche apertura utile alla eventuale salvezza di discipline che – come quella in materia di servizi pubblici locali – legittimano ancorché non impongano, il ricorso a società pubbliche[108]. Possibilità che, tuttavia, in una serie di pronunce successive, la Corte dei conti non sembra aver colto, laddove ha ritenuto di dover negare la sussistenza di un rapporto di specialità tra la normativa dettata dal d.l. n. 78/2010 cit. e quella dettata dal d.l. n. 138/2010 in materia di servizi pubblici locali[109]. D'altronde, pur volendo accogliere

[106] Così C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 861/2010 cit. La pronuncia fa salva l'ipotesi dell'aggregazione di più Comuni al fine di raggiungere una quota minima di popolazione pari a 30.000 abitanti. Il divieto è da intendersi esteso anche ai Comuni con popolazione compresa tra i 30.000 e i 50.000 abitanti, posto che in tale ipotesi è consentita un'unica partecipazione.

[107] Cfr. sempre C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 861/2010 cit.

[108] Appare infatti del tutto ragionevole la lettura della precisazione offerta da C. IBBA, *op. ult. cit.*, p. 444, nota 58.

[109] In tal senso si è espressa C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. del 8.11.2011 n. 570, in merito all'ipotesi di costituzione di una società mista per la gestione di una farmacia comunale, nel rinviare al parere reso in senso analogo su una fattispecie simile da C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. del 18.10.2010 n. 959. Quest'ultimo parere ammette il superamento del divieto generale nelle ipotesi in cui il legislatore preveda la partecipazione a società di capitali come formula organizzativa esclusiva per l'esercizio di specifiche attività, mostrando di interpretare restrittivamente quanto chiarito dalla stessa sezione col parere n. 861/2010. E' opportuno segnalare, peraltro, che la negazione della sussistenza di un rapporto di specialità tra le disposizioni di cui al d.l. n. 138/2011 e all'art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010 cit., è nel parere n. 570/2011 riferita espressamente alla disciplina del periodo transitorio e della cessazione degli affidamenti incompatibili. In tema cfr. altresì C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. del 14.10.2010 n. 952 e C. conti, sez. reg. contr. Liguria, delib. del 5.11.2010 n. 166, C. conti, sez. reg. contr. Emilia Romagna, delib. del 13.2.2012 n. 9. Nello stesso senso la deliberazione dell'AVCP del 6.10.2011 n. 83 e 4.4.2012 n. 40. Ritenevano invece l'art. 14, c. 32 non idoneo ad incidere sul dettato dell'art. 23–bis, d.l. n. 112/2008 (sostanzialmente riprodotto dall'art. 4, d.l. n. 138/2011) "stanti le differenze di

l'avviso secondo cui la cornice dispositiva in materia di servizi pubblici locali non può essere ascritta al novero delle disposizioni normative speciali capaci di sottrarre gli enti locali minori alle prescrizioni del d.l. n. 78/2010[110], va segnalato come la prima stia comunque favorendo una prospettiva di aggregazione tra le amministrazioni responsabili della gestione dei servizi pubblici a livello locale. L'art. 3–*bis* del d.l. n. 138/2011 cit.[111] – non colpito dalla pronuncia di illegittimità costituzionale dello scorso luglio[112] – ha, infatti, al c. 1 previsto che le regioni e le province autonome, al fine di realizzare economie di scala e di massimizzare l'efficienza del servizio, organizzino lo svolgimento dei servizi pubblici locali di rilievo economico per bacini territoriali ottimali, di dimensione di norma non inferiore a quella del territorio provinciale. Integrando questa previsione, e dissipando eventuali incertezze circa la portata semantica da attribuire all'erogazione d'ambito[113], il legislatore ha successivamente disposto che "le procedure di conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica sono effettuate *unicamente*

scopo e di materia delle due norme", S. SILEONI, L. ARCHIMI, *Le partecipazioni dei comuni nelle società che gestiscono i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica. L'art. 14, c. 32 del d.l. 78/2010 ed il principio di specialità dell'art. 23 bis, c. 2 lett. b) e c. 3 del d.l. 112/2008* in subiecta materia, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*.

[110] A tal riguardo l'AVCP, nella delib. del 4.4.2012 n. 4 cit., riferendosi alle "disposizioni normative speciali che impongano l'esercizio obbligatorio della funzione in forma societaria" evoca il "modello delle società c.d. di diritto singolare".

[111] Previsione introdotta dall'art. 25, d.l. n. 1/2012.

[112] Cfr. C. cost. sent. n. 199/2012 cit.

[113] In merito a questo aspetto G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. TAR*, 2/2012, pp. 663 e ss. ha osservato che il disposto di cui all'art. 33–bis, c. 1 (nella versione precedente all'intervento di modifica dello scorso ottobre) "non significa che nell'ambito o bacino territoriale ottimale debba esservi un gestore unico e neppure che i singoli Comuni, in specie se di grandi dimensioni e con la posizione di capoluogo di Provincia, siano del tutto privati del potere decisionale circa la forma di gestione dei servizi pubblici".

per ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei"[114]. Alla luce di tale quadro normativo, e vista la progressiva erosione della possibilità per gli enti locali di organizzare l'erogazione dei servizi in maniera autonoma, sarebbe, quindi, in ogni caso da escludere la facoltà per gli enti di modesta densità demografica di costituire organismi societari – ai quali affidare la gestione del servizio – inferiori ad un valore dimensionale minimo[115].

L'accostamento della manovra economica estiva del 2010 agli interventi precedentemente esaminati consente di svolgere qualche notazione di sintesi in merito al "tendenziale disfavore del recente Legislatore nei confronti delle società a partecipazione pubblica"[116]. In corrispondenza ad una "riduzione di campo" delle finalità pro–concorrenziali, si registra senz'altro una intensificazione del rigore dei vincoli posti alla libertà degli enti pubblici di ricorrere allo strumento societario. Si determina, infatti, un primo passaggio da misure che impongono, per determinate attività, oggetto sociale esclusivo e obbligo di operare attraverso organismi separati[117], a misure che vietano la costituzione e l'assunzione di partecipazioni societarie in ragione di una "stretta correlazione tra finalità proprie

[114] Così il c. 1–*bis*, inserito nel corpo dell'art. 3–*bis*, d.l. n. 138/2011 cit. dall'art. 34, c. 16 del d.l. 18.10.2012, n. 179 cit. Per altro verso lo stesso art. 14, c. 30 del d.l. n. 78/2010 prevede che le Regioni nelle materia di competenza legislativa concorrente e residuale individuino "la dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica per lo svolgimento, in forma obbligatoriamente associata da parte dei comuni delle funzioni fondamentali di cui al c. 28 secondo i principi di efficacia, economicità, di efficienza e di riduzione delle spese, secondo le forme associative previste dal c. 28" (cioè unione di comuni o convenzione).

[115] Cfr. C. conti, sez. reg. contr. Basilicata, delib. del 20.9.2012 n.20.

[116] Elemento diffusamente rilevato dalla giurisprudenza contabile: cfr. *ex multis* C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 861/2010 cit. e C. conti, sez. reg. contr. Basilicata, delib. n. 20/2012 cit.

[117] Si tratta delle misure in tema di società strumentali e di affidamenti diretti nel settore dei SPL, rispettivamente disciplinati dall'art. 13 del d.l. Bersani e dall'art. 4, c. 33 de d.l. n. 138/2011, entrambe oggetto di riflessione nel par. 2.1. del presente lavoro.

dell'ente pubblico e utilizzo dello strumento societario"[118]. Più di recente, invece, il passaggio è quello da misure che limitano il fenomeno delle partecipazioni societarie in chiave finalistica, a misure che, allo scopo di ridurre la spesa pubblica, subordinano l'operatività dei limiti esclusivamente alla ricorrenza di parametri dimensionali[119].

2.4. Disposizioni incentivanti la privatizzazione di "alcune" società pubbliche: tra esigenze di "spending review" e politiche pro-concorrenziali.

Nella direzione di un'incisiva limitazione della possibilità per le pp.aa. di avvalersi di società pubbliche si muove, da ultimo, il progetto di revisione della spesa pubblica, di cui il d.l. 6.7.2012 n. 95[120], noto appunto come decreto sulla *spending review*, costituisce uno degli approdi fondamentali. L'art. 4 dello stesso decreto – significativamente emendato in sede di conversione – al c. 1 impone l'obbligo di sciogliere[121] o, in alternativa, di privatizzare[122] una particolare tipologia di società pubbliche, ovvero quelle "controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n.

[118] Così, riferendosi all'art. 3, c. 27 ss. della l. n. 244/2007, C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 861/2010.

[119] In merito al divieto di cui all'art. 14, c. 32, d.l. n. 78/2010 la Consulta (cfr. sent. 7.6.2012 n. 148) ha, infatti, osservato come esso "rispond*a* all'esigenza di evitare eccessivi indebitamenti da parte di enti a cui piccole dimensioni non consentono un ritorno economico in grado di compensare le eventuali perdite subite".

[120] D.l. recante "*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*", conv. in l. 7.8.2012 n. 135.

[121] L'art. 4, c. 1, lett. a) d.l. n. 95/2012 cit. impone lo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013.

[122] L'art. 4, c. 1, lett. b) d.l. n. 95/2012 cit. prescrive, in alternativa l'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del decreto entro il 30 giugno 2013 e la contestuale assegnazione del servizio per cinque anni non rinnovabili a decorrere dal 1° gennaio 2014.

165/2001[123]", che abbiano realizzato nell'anno 2011 più del novanta per cento dell'intero fatturato attraverso "prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni". Il criterio di identificazione delle società attratte nel perimetro applicativo della norma è articolato: innanzitutto deve trattarsi di società (non semplicemente partecipate, ma) controllate da pubbliche amministrazioni; rilevando, in secondo luogo, il settore di attività in cui le prime operano[124], ovvero lo svolgimento di prestazioni a favore dell'ente pubblico socio. Il modello delle società strumentali – come si è visto, già utilizzato dal legislatore per circoscrivere le aree di possibile impiego dello strumento societario – questa volta, viene definito, oltre che attraverso il riferimento ai destinatari dell'attività[125], dalla consistenza dell'attività "dedicata" espressa in termini percentuali sul fatturato complessivo della società. Tale condizione, se, da un lato, appare in linea con la configurazione delle società strumentali come organismi ad "oggetto sociale esclusivo"[126], dà atto, dall'altro lato, di un allineamento non integrale delle amministrazioni pubbliche alle limitazioni rinvenibili nella legislazione precedentemente esaminata, nella misura in cui il legislatore del 2012 si rivolge a società che esercitano contemporaneamente servizi a favore delle pp.aa. controllanti ed altre attività[127]. Chè anzi, l'art. 4, c. 1 del d.l. sulla *spending*

[123] Cfr. *supra* nota 76.

[124] Elemento che differenzia l'intervento in parola da quello del d.l. n. 78/2010 cit.

[125] Sulla base della richiamata distinzione (cfr. *supra* nota 38 e la giurisprudenza *ivi* cit.) tra attività rivolte al pubblico e attività rivolte alle pp.aa. azioniste, le società strumentali sono qualificate come quelle che svolgono queste ultime al fine di supportare le amministrazioni pubbliche in relazione del perseguimento dei loro fini istituzionali.

[126] Per volontà dell'art. 13, d.l. n. 223/2006 cit.

[127] Circostanza che contravverrebbe agli obblighi di operare con oggetto sociale esclusivo e mediante società separate desumibili dall'art. 13, d.l. Bersani cit., e al divieto di costituire società non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali degli enti soci, ex art. 3, cc. 27 ss. l. n. 244/2007.

review rispecchia una prospettiva premiale per le società pubbliche che svolgano (anche) attività di impresa, condizionando l'operatività delle limitazioni – obblighi di scioglimento e dismissione – alle ipotesi in cui le società controllate da enti pubblici "non prestino *almeno* il 10% (in termini di fatturato) delle proprie attività a favore di soggetti diversi dalla pubblica amministrazione", come si legge nella Relazione governativa al disegno della legge di conversione del d.l.. In altri termini, le società pubbliche di cui si ammette, in controtendenza rispetto al passato, la conservazione, sono quelle, almeno in parte, rivolte al mercato[128].

Anche nell'eventualità alternativa, di scioglimento o alienazione delle partecipazioni sociali, il provvedimento persegue l'obiettivo di promuovere, nel mercato delle commesse pubbliche, una maggiore apertura alla concorrenza, accanto alla finalità – quasi scontata nel quadro dei benefici attesi da una manovra di revisione dei conti pubblici – di conseguire significativi risparmi di spesa attraverso una riduzione del numero delle società detenute da pubbliche amministrazioni[129]. Appare infatti determinante il fatto che agli "effetti finanziari positivi" scaturenti dallo scioglimento delle società pubbliche, consegua "l'affidamento del servizio a terzi nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria"[130], o comunque, a seguito dell'alienazione delle partecipazioni, la possibilità per soggetti estranei all'amministrazione, in quanto parte della compagine privatizzata attraverso procedure ad evidenza pubblica, di ottenere l'assegnazione del servizio per cinque anni[131].

[128] In controtendenza cioè rispetto alle previsioni della l. finanziaria per il 2008 – con le quali la disposizione in esame deve essere in ogni caso coordinata – che precludono la costituzione di società diverse da quelle strumentali.

[129] Cfr. C. conti, sez. reg. contr. Basilicata, delib. n. 20/2012 cit.

[130] Cfr. Relazione governativa cit. al d.d.l. conversione del d.l. n. 95/2012.

[131] Per l'ipotesi di alienazione delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del decreto, l'art. 4, c. 1, lett. b), d.l. n. 95/2012 cit. prevede, infatti, che il servizio venga contestualmente assegnato per cinque anni alla società privatizzata.

Dalla lettura dell'art. 4 emerge come il legislatore abbia inteso in più di un'occasione riaffermare la portata generale del principio di selezione competitiva dei fornitori di beni e servizi strumentali alle attività istituzionali delle pubbliche amministrazioni. In tal senso, il c. 2 dell'art. 4, al fine di garantire l'effetto utile degli obblighi di scioglimento o dismissione, elimina la possibilità per le società di cui al c. 1 di beneficiare, a far data dal 1° gennaio 2014, di ulteriori affidamenti diretti o del rinnovo di quelli esistenti. La norma si chiude con la previsione dell'obbligo per le pubbliche amministrazioni di acquisire i servizi, per il passato prestati dalle società pubbliche, attraverso meccanismi rispettosi della normativa comunitaria e nazionale, a meno che tali servizi non vengano prodotti in economia dalle stesse amministrazioni. A tale puntualizzazione pare sottesa la volontà di recuperare la distinzione concettuale tra gestione in economia e gestione *in house* dei servizi, nella persuasione che la scelta dell'autoproduzione, ove perseguita mediante la creazione di una struttura dedicata – in quanto, evidentemente, non ricorre il presupposto delle "modeste dimensioni del servizio"[132] – sia da scoraggiare perchè, oltre a sacrificare il mercato, integra una strategia non virtuosa per la finanza pubblica. Sono, del resto, gli stessi promotori delle misure in esame a qualificare espressamente come "*in house*" le società delle quali si tenta di

In seguito alle proposte emendative formulate dalla Commissione Bilancio del Senato in sede di conversione del d.l., è stato specificato che l'affidamento non è rinnovabile e che nelle procedure di alienazione dell'intera partecipazione pubblica si debba considerare quale elemento di valutazione dell'offerta l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione.

[132] Condizione tipizzante ai sensi dell'art. 22 della l. n. 142/1990 e dell'art 113 TUEL nella formulazione originaria, il ricorso al modello della gestione in economia. Sui margini di assimilabilità tra questa formula e quella della gestione *in house* sia consentito rinviare a C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e* in house *dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CDS*, 3/2008, pp. 756 e ss., spec. note 66 e 67.

evitare la proliferazione[133], mostrando così di ascrivere rilievo assorbente nella identificazione del modello al requisito del controllo, indipendentemente dalla misura della partecipazione pubblica[134], e al parametro quantitativo del fatturato realizzato nello svolgimento di prestazioni a favore dell'ente affidante. Donde anche la conferma che è determinante, per integrare il tipo delle società strumentali, la circostanza che si tratti di società "appositamente costituite o partecipate, secondo il modulo della gestione diretta"[135].

Nell'inciso finale del c. 2, dell'art. 4 è inoltre possibile cogliere un mutamento della prospettiva, affermatasi in passato nella cornice – altrettanto non strutturale – di una manovra finanziaria, secondo la quale l'acquisto sul mercato da parte delle amministrazioni pubbliche di servizi originariamente prodotti al proprio interno, rappresenta un'apertura attingibile solo "a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione"[136].

La volontà di "ricondurre al mercato una consistente parte dei servizi" ancora gestiti da società partecipate[137], ispira le

[133] Si veda in questo senso infatti la relazione governativa cit., il dossier del Servizio Studi del Senato n. 382 del luglio 2012, con la sintesi del contenuto del d.d.l. AS n. 3396 con le modifiche proposte dalla Commissione Bilancio, nonché il comunicato stampa del Governo del 6.7.2012.

[134] Il tenore testuale della disposizione non subordina l'operatività degli obblighi alla sussistenza del requisito della partecipazione pubblica totalitaria. Su questo specifico punto, oltre che in generale sulle ipotesi in cui viene prospettata la riconducibilità di alcune società miste all'*in house providing* sia consentito rinviare a C. ACOCELLA, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori,* Commento all'art. 32, in corso di pubblicazione in, L.R. PERFETTI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Milano, Ipsoa.

[135] G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, cit., che come si è detto (cfr. *supra*, spec. nota 47) sostiene una sostanziale assimilazione delle società strumentali alle strutture di gestione interna, cioè *in house*.

[136] Cfr. art. 29, c. 1, lett. a), l. n. 448/2001 cit.

[137] Finalità che accomunerebbe secondo taluno – cfr. A. BARBIERO, C. BUONACCORSO, *Note di analisi sulla disciplina per lo scioglimento delle società che gestiscono servizi strumentali (art. 4, d.l. n. 95/2012)*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it* –

previsioni dettate dai commi 7 e 8 dell'art. 4. La prima impone alle amministrazioni di cui al c. 1, nonché alle stazioni appaltanti, agli enti aggiudicatori e ai soggetti aggiudicatori ai sensi del codice dei contratti pubblici di acquisire "sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante procedure concorrenziali previste" dallo stesso codice[138]. La seconda previsione, spingendosi oltre[139], persegue per il futuro[140] una marginalizzazione, al di là di quanto imposto dallo stesso diritto comunitario, degli affidamenti diretti, limitandoli alle ipotesi in cui il capitale delle società beneficiarie sia interamente pubblico, le stesse presentino "i requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house" e il "valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento non superi i 200.000 euro annui". Viene in tal modo riproposta una scelta già percorsa nell'evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali[141], la quale favorisce oltre (e prima) che un autentico incremento di

il divieto di cui all'art. 13, d.l. n. 223/2006 agli obblighi dettati dall'art. 4, del d.l. sulla *spending review*. L'art. 13 d.l. Bersani persegue, come si è cercato di dire, più che l'intento di limitare il ricorso alle società strumentali – fatto salvo peraltro anche dalla l. n. 244/2007 – quello di neutralizzare i vantaggi competitivi di cui le stesse godono, sebbene non si escluda che l'effetto mediato della disposizione possa essere quello di scoraggiarne la diffusione.

[138] Cfr. altresì il c. 6 dell'art. 4 che detta una prescrizione analoga per le pp.aa. con riguardo agli acquisti a titolo oneroso da associazioni e fondazioni.

[139] Escludendo che la prima disposizione (c. 7) possa leggersi nel senso di una conferma di un principio (quello di affidamento delle commesse pubbliche attraverso procedure concorrenziali) che doveva ritenersi in ogni caso operante.

[140] L'art. 4, c. 7 così dispone: "Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni ... acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali".

[141] Cfr. l'art. 4, c. 13, d.l. n. 138/2011 cit. come modificato dall'art. 25, c. 1, lett. b), n. 5, del d.l. 24.1.2012 n. 1 (in materia di liberalizzazioni) che ha sostituito il riferimento alla somma complessiva di 200.000 euro annui con quello precedente a 900.000 euro.

concorrenza[142], la privatizzazione degli operatori economici[143]. Il rapporto tra privatizzazione e sopravvivenza di società pubbliche di gestione "interna" è da ricostruire in termini di alternatività, come conferma anche l'esclusione dell'operatività dell'obbligo di dismissione nelle ipotesi in cui non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato "per le peculiari caratteristiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del conteso, anche territoriale, di riferimento". La *ratio* ispiratrice della norma è quella di ridurre i costi degli apparati pubblici attraverso il contenimento dei servizi prodotti "in casa" in favore del ricorso al mercato, a meno che non sia proprio l'appello al mercato a rivelarsi inefficace e diseconomico per l'ente pubblico[144]. Anche questa previsione, nell'ammettere solo in via eccezionale l'impiego di realtà serventi rispetto alle pp.aa. controllanti, riproduce fedelmente una disposizione recata dalla disciplina in materia di

[142] Perseguito con l'avvio di processi di liberalizzazione. Nel comparto delle *utilities* locali il legislatore, come si è detto (v. *supra* nota 68), si era mosso in tale direzione tentando di erodere l'attribuzione di diritti di esclusiva.

[143] Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte da F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21* bis *della legge n. 287 del 1990)*, in *www.giustamm.it* 2012, p. 15, con riguardo alle politiche di privatizzazione dei servizi pubblici locali volte, almeno sino all'adozione del d.l. n. 138/2011, ad assecondare un modello "che non vede necessariamente la competizione tra più operatori, perchè mantiene delle condizioni di monopolio legale nella gestione in esclusiva del servizio, pur imponendo la selezione imparziale e mediante gara di un privato per la loro gestione. Esemplificazioni dell'inversione concettuale e temporale tra privatizzazione e liberalizzazione prodottasi nel diritto interno si ritrovano anche nelle disposizioni concernenti le società a capitale misto pubblico–privato, laddove la disciplina in materia di servizi pubblici locali richiedeva, a differenza del diritto comunitario, una partecipazione del socio privato non inferiore al 40% del capitale (cfr. art. 23–*bis*, c. 2, lett. b), d.l. n. 112/2008, e per la disciplina transitoria art. 23–*bis*, c. 8, lett. a), con l'intento di "contemperare le inevitabili tendenze dell'ente pubblico a mantenere il controllo della società, e l'esigenza di uno svolgimento del servizio improntato prioritariamente a logiche imprenditoriali, e solo in seconda battuta politiche", secondo A. ROMANO TASSONE, *Le forme di gestione dei servizi pubblici in Italia: aspetti problematici*, cit..

[144] Cfr. C. conti, sez. reg. contr. Basilicata, delib. n. 20/2012 cit.

servizi pubblici locali[145], con l'unica significativa variante del valore vincolante, oltre che obbligatorio, del parere che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è chiamata a rendere in merito all'analisi di mercato posta dalla p.a. a fondamento della sopravvivenza delle società pubbliche strumentali[146]. Tale ultima previsione, letta congiuntamente a quella contenuta nel c. 8 cit.[147], è traccia di un'evoluzione della disciplina interna relativa agli affidamenti diretti in senso più restrittivo rispetto alle prescrizioni che è dato rinvenire sul punto nel diritto europeo. Opzione di politica legislativa che la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto percorribile in quanto volta a dettare "regole concorrenziali ... di applicazione più ampia rispetto a quella prevista dal diritto comunitario"[148], ed ha, all'opposto, bocciato per ragioni contingenti, legate alla necessità di tutelare l'intento referendario espresso nella consultazione del giugno 2011 in materia di servizi pubblici locali[149]. Non sembra che tali profili di criticità siano suscettibili

[145] Cfr. prima art. 23–bis, c. 3, d.l. n. 112/2008, cit.

[146] L'art. 4, c. 3, d.l. n. 95/2012 cit., rivolto a disciplinare le esenzioni dagli obblighi di cui al c. 1 prevede che: "le medesime disposizioni non si applicano qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso, l'amministrazione, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1, predispone un'analisi del mercato e trasmette una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione delle relazione". Si veda altresì il c. 3–sexies dell'art. 4, a mente del quale sono ammessi processi di accorpamento o riorganizzazione di attività connesse esclusivamente alle funzioni amministrative di cui all'art. 118 Cost. attraverso società rispondenti "ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di *in house providing*".

[147] La disposizione, che deve essere coordinata con l'art. 4, c. 8 cit., è da intendersi riferita alla conservazione delle società pubbliche strumentali esistenti, laddove la seconda disposizione regola i futuri affidamenti delle medesime attività.

[148] Cfr. C. cost., sent. n. 325/2010 cit., p.to 6.1. cons. dir.

[149] La volontà dei promotori del referendum abrogativo in parola era quello di non "restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto": C. cost. sent. n. 199/2012.

di riproporsi con riguardo ad una disciplina che esclude espressamente dal proprio raggio di applicazione le "società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica"[150], tra le quali vanno senza dubbio annoverate le società di gestione dei servizi pubblici locali[151].

3. La distinzione tra il regime giuridico delle società di mercato e quello delle semi-amministrazioni. Rilievi conclusivi.

Ove si provi a tracciare un bilancio di sintesi delle conseguenze prodotte dalle norme fin qui esaminate sull'utilizzazione della forma societaria da parte delle amministrazioni pubbliche, sembra fuor di dubbio una contrazione della tendenza espansiva registrata sino al principio di questo secolo. Tradurre questo risultato in considerazioni di sistema significherebbe, per qualcuno, prendere atto del superamento del tradizionale principio della capacità generale degli enti pubblici, e della contestuale affermazione di una "capacità speciale delle pubbliche amministrazioni in materia societaria, cioè di una capacità limitata all'assunzione e/o mantenimento delle sole partecipazioni consentite"[152].

L'idea che il legislatore non abbia, in questo tempo, calibrato sempre, con cautela, le scelte affidate al diritto positivo rispetto alle finalità perseguite, o almeno dichiarate, e avuto perciò contezza piena delle ricadute applicative delle prime, rende particolarmente difficile accogliere una simile conclusione.

[150] Così l'art. 4, c. 3 cit. che include tra le categorie esentate anche: le società che svolgono compiti di centrali di committenza; la Consip e la Sogei; le società finanziarie partecipate dalle regioni o quelle che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari, individuate, in relazione alle esigenze di riservatezza e della sicurezza dei dati, nonché all'esigenza di assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo, attraverso D.P.C.M.

[151] In questo senso si veda ancora C. cost. sent. n. 325/2010 cit.

[152] Cfr. A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, cit., p. 98.

Probabilmente, prima di ogni cosa è utile chiedersi se, ed in che termini, sia auspicabile una riduzione delle partecipazioni societarie pubbliche. Ciò, soprattutto in considerazione del fatto che il descritto moto di contrazione trova le sue radici nella stessa dinamica espansiva dell'azionariato pubblico, di cui si propone di correggere le disfunzioni, in particolare l'utilizzo del medesimo quale strumento per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e per eludere i vincoli di finanza pubblica imposti agli enti pubblici[153]. In tale prospettiva appare del tutto comprensibile l'enfasi inizialmente posta dal legislatore sull'esigenza di tutelare la corretta competizione tra gli operatori, neutralizzando i vantaggi competitivi di cui si presupponeva godessero alcune tipologie societarie, senza penalizzare il regime proprietario pubblico in quanto tale[154]. Più drastica, o quanto meno non perfettamente in linea con il principio di indifferenza rispetto alla natura giuridica dell'impresa, è la successiva scelta di riservare lo svolgimento di attività di impresa a società private, confinando la presenza delle società pubbliche alle ipotesi di esercizio di attività di interesse generale e strettamente funzionali al perseguimento delle finalità istituzionali delle amministrazioni[155]. Su un fronte ancora più disinvolto nell'escludere la rilevanza di finalità pro-concorrenziali, si colloca la scelta di precludere l'impiego dello strumento societario alle realtà strutturali di modeste dimensioni, sulla base della presunzione che queste ultime coltivino gestioni non efficienti e non economiche, con sacrificio di meccanismi che verifichino l'effettiva convenienza delle

[153] In tema cfr. *ex multis* C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, delib. n. 861/2010 cit.

[154] Possono iscriversi in questa tendenza gli art. 13, d.l. Bersani e i divieti di partecipazione alle gare per gli affidatari diretti di SPL esaminati nel par. 2.1.

[155] Cfr. la l. n. 244/2007, cit.

dismissioni[156], e condizionando la costituzione di organismi societari, come si è visto, anche in aree (fornitura di prestazioni erogative) tradizionalmente protette. Rispetto a questa radicale opzione il legislatore compie da ultimo un passo indietro[157], nella misura in cui, pur lasciando in piedi il quadro vincolistico delineato nel 2010[158], ed erodendo i margini di utilizzazione di società (quelle strumentali) costantemente preservate per il passato, intende limitare scelte (quelle di autoproduzione) che, di fatto, finiscono per marginalizzare lo stesso mercato[159]. Alla riemersione dell'obiettivo di tutelare la concorrenza – strumentalizzato dal fine reale di privatizzare e di ridurre i costi degli apparati pubblici – si accompagna la salvezza delle società di gestione dei servizi di interesse generale e, indirettamente, dell'attività di impresa degli enti pubblici[160].

Ai fattori di criticità insiti in una individuazione, non sempre lucida, degli obiettivi da perseguire attraverso le singole misure di politica legislativa, si aggiungono i problemi scaturenti da un sovradimensionamento delle norme rispetto alle finalità ispiratrici delle prime. E' in questo senso paradigmatico il circuito innescato allo scopo di arginare le degenerazioni del sistema delle partecipazioni pubbliche attraverso l'imposizione di vincoli sulla gestione – indagati in questa sede – ma anche sull'organizzazione[161] delle società partecipate o costituite da enti

[156] Cfr. l'art. 14, c. 32 d.l. n. 78/2010 cit. In questo senso potrebbe bastare a garantire la conservazione di alcune partecipazioni sociali il mero principio di economicità piuttosto che finalità di carattere pro–concorrenziale.

[157] Cfr. art. 4, d.l. n. 95/2012 cit.

[158] Ci si riferisce in particolare alla preclusione nei comuni più piccoli anche della costituzione di società fornitrici di servizi pubblici.

[159] Su questo punto sia consentito rinviare a C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e* in house *dopo la pronuncia della Plenaria*, cit., par. 7.

[160] Cfr. *supra* nota 128.

[161] Si tratta, tipicamente, di regimi di incompatibilità per i componenti degli organi amministrativi, di disposizioni limitative delle assunzioni di personale, nonché di obblighi di soggezione al patto di stabilità, di evidenza pubblica per

pubblici, con l'effetto di introdurre "una disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private a svantaggio delle prime" e quindi anche "rigidità incompatibili con le esigenze operative di società di mercato"[162]. Il rischio è, con tutta evidenza, quello di collidere con le stesse posizioni di vantaggio garantite nel quadro normativo europeo rilevante, al quale si riconducono, talvolta direttamente, le restrizioni imposte dal diritto interno[163].

Se, in questa ottica, può risultare ambizioso il progetto di distinguere le società pubbliche "buone" da quelle "cattive"[164], appare senz'altro irrinunciabile adeguare alla natura del destinatari la gravità dei vincoli imposti ai primi. La questione è, al fondo, ancora una volta, quella dell'individuazione di un preciso regime giuridico applicabile in ragione del tipo di attività espletata. Il dato di partenza essendo rappresentato dalla convivenza nel sistema di "società partecipate da enti pubblici che producono beni e servizi operanti in regime di mercato ed aventi forma e sostanza privatistica" e di "soggetti che, pur avendo una veste giuridica privatistica, perseguono interessi generali, svolgendo compiti e funzioni di natura pubblicistica"[165]. La giurisprudenza, prendendo atto dell'esistenza di società pubbliche con oggetto sociale promiscuo e dell'affermazione di una nozione di pubblica amministrazione flessibile, a geometria

l'aggiudicazione di contratti a valle (cfr. art. 4, c. 4–5, e 9–11, d.l. n. 95/2012; art. 4, cc. 14, 15, 17, 19–24, d.l. n. 138/2011; art. 18, d.l. n. 112/2008; art. 1, cc. 718 ss., l. n. 296/2006; e da ultimo cfr. d.l. del 10.10.2012 n. 174, art. 147–*quater* rubricato "Controlli sulle società partecipate").

[162] Rilievo contenuto nel Rapporto di Assonime del settembre 2008 cit.

[163] Cfr. a titolo esemplificativo la necessità di bilanciare la finalità di favorire i processi di liberalizzazione dei mercati sottesa al divieto di partecipazione alle gare per gli affidatari diretti di SPL con le libertà comunitarie (di prestazione dei servizi e di circolazione dei capitali) che invece motivano, per es., l'esenzione del divieto per le società quotate: su questo cfr. *supra* nota 29.

[164] Rappresenta una simile esigenza a fondamento della legislazione in materia, C. Ibba, *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, cit., p. 445.

[165] Cfr. il Dossier del Servizio Studi della Camera dei deputati su "Le società a partecipazione pubblica" del 4.4.2012 n. 337 cit.

variabile, sottolinea la necessità di garantire la distinzione tra attività di impresa e attività amministrativa, lasciando aperta la possibilità che le due qualificazioni si riuniscano in capo ad un unico soggetto, a patto che venga operata una considerazione "selettiva" delle stesse attività. Si tratta di un problema analogo a quello posto dal confronto tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico, e risolto nel senso della assenza di fungibilità, e sul piano funzionale e sul piano strutturale, tra le due categorie. La giurisprudenza, tornata di recente sul tema[166], ha confermato l'autonomia concettuale delle due nozioni, muovendo dalla distinzione tra attività amministrativa e attività di impresa e individuando, ove vengano in rilievo società a partecipazione pubblica, l'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica rispettivamente come modelli di esercizio in forma societaria della prima e della seconda. Le differenze tipologiche tra le due categorie consisterebbero nelle modalità di svolgimento (economica e non economica) dell'attività e quindi nella possibilità di conciliare interesse pubblico e scopo propriamente lucrativo solo per l'impresa pubblica. In tale prospettiva, dopo aver ribadito che alle imprese pubbliche in forma societaria, assoggettate di necessità allo statuto privatistico dell'imprenditore, deve essere garantita in ossequio al citato principio europeo di neutralità, parità di trattamento rispetto alle imprese private – con i connessi riflessi sul piano giurisdizionale, in termini di devoluzione al giudice ordinario delle relative controversie – il giudice ha chiarito il carattere eccezionale della previsione che equipara, nei settori speciali, l'impresa pubblica ad un'amministrazione aggiudicatrice[167], con la conseguente applicazione delle regole sul procedimento di

[166] Cfr. Cons. St., sez. VI, 20.3.2012 n. 1574, in *Guida dir.*, 2012, p. 80.

[167] Nonostante nella pronuncia ci si esprima nel senso di configurabilità della prima come p.a. aggiudicatrice.

evidenza pubblica e di attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo[168].

Non sembra, per le ragioni espresse in precedenza, che il legislatore abbia raggiunto equilibri conclusivi in ordine al limite da porre all'azione imprenditoriale pubblica, probabilmente anche nella consapevolezza che la congruità tra l'oggetto della società e il fine istituzionale dell'ente che la costitusce/partecipa/controlla, è un parametro che può essere agevolmente plasmato in ragione delle esigenze contingenti di quest'ultimo, e perciò non un indicatore sicuro di un impiego "ortodosso" dello strumento societario.

[168] In tema cfr. A. CLARIZIA, *La RAI è "impresa pubblica" e ... anche organismo di diritto pubblico"*, in *www.giustamm.it*, 6/2004; M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *www.federalismi.it*, 3/2008; A. MUSENGA, *Brevi cenni sulla questione dell'organismo di diritto pubblico titolare di diritti speciali ed esclusivi nei settori speciali*, in *www.giustamm.it*, 4/2009. Per una sintesi del dibattito sul punto, e anche per più ampi riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a C. ACOCELLA, *Enti aggiudicatori*, Commento all'art. 207, in corso di pubblicazione in, L.R. PERFETTI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Milano, Ipsoa.