

# Società mista e servizi pubblici locali

**SOMMARIO.** 1. La società mista: genesi, caratteri e funzioni alla luce dell'evoluzione normativa - 2. La natura della società mista tra soggetto privato ed ente pubblico - 3. La scelta del socio privato di società mista e la questione dell'affidamento diretto della gestione del servizio alla società: normativa e giurisprudenza comunitaria ed interna - 4. Segue. La disciplina della società mista dall'art. 23-bis, d. l. 25 giugno 2008, n. 112, alla c.d. legge di stabilità 2012 (l. 12 novembre 2011, n. 183) - 5. Conclusioni.

## *1. La società mista: genesi, caratteri e funzioni alla luce dell'evoluzione normativa*

Le società miste sono società a partecipazione pubblica e privata; esse rappresentano una modalità di gestione di servizi pubblici locali da parte dell'Amministrazione, alternativa rispetto all'esternalizzazione effettuata mediante l'affidamento a soggetti terzi selezionati con gara, nonché rispetto alla gestione in proprio da parte dell'ente. Pertanto, nell'ambito di un qualsiasi approfondimento che riguardi tali servizi non appare possibile prescindere da un esame di questi particolari organismi societari.

Giova dunque dare conto dei numerosi interventi normativi e della giurisprudenza, interna e comunitaria, che in un ventennio hanno riguardato le società miste, al fine di metterne in luce caratteri e funzioni in una prospettiva dinamica.

Prima di addentrarci in questa analisi diacronica occorre però spendere qualche riflessione preliminare sul concetto di pubblico servizio, soprattutto nell'ambito del diritto comunitario (oggi, dopo Lisbona, più propriamente diritto dell'Unione Europea), nonché sui principi che ne devono governare la gestione e l'affidamento a terzi da parte delle Amministrazioni.

Nel nostro ordinamento interno può dirsi prevalente una nozione sostanzialmente soggettiva di pubblico servizio<sup>1</sup>: con questa locuzione si deve intendere, infatti, un'attività di tipo prestazionale svolta da parte della P.A. o di un soggetto privato, comunque convenzionalmente legato alla stessa, a favore della collettività, ovvero di terzi rispetto alla Amministrazione che ne beneficiano in qualità di utenti.

A livello comunitario si ravvisa l'impiego della locuzione "servizio di interesse economico generale" (SIEG), rinvenibile in particolare negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Gli articoli *de quibus* non fissano per la verità le condizioni d'uso di tale espressione, ma in base alla interpretazione elaborata al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria<sup>2</sup> e dalla Commissione europea, in particolare nel Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003, emerge con chiarezza che la

---

<sup>1</sup> VOLPE, *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi](http://www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi), ottobre 2011.

<sup>2</sup> Corte di Giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia*.

nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno "contenuto omologo"<sup>3</sup>.

Ciò chiarito, occorre evidenziare che, quando la Pubblica Amministrazione si avvale di un soggetto terzo per garantire il servizio all'utenza, ricorre tradizionalmente ad un provvedimento concessorio avente ad oggetto proprio la gestione del servizio da parte del privato a favore della collettività; siamo di fronte ad un rapporto trilaterale che coinvolge l'ente pubblico, titolare del servizio, l'operatore economico che ne è gestore e l'insieme dei consociati che ne beneficiano. Nell'oggetto della concessione e nella trilateralità del rapporto si ravvisa un elemento discrezionale fondamentale rispetto alla fattispecie propria dell'appalto di servizi. Quest'ultimo, infatti, si configura come fattispecie negoziale che sorge, a seguito di regole di una procedura di evidenza pubblica, tra la P.A. e l'appaltatore privato scelto dalla prima, avente ad oggetto la prestazione di un servizio da parte del privato a favore dello stesso ente e non della collettività.

Tale distinzione riveste un'importanza rilevante dal punto di vista della disciplina applicabile. Ed, infatti, le direttive comunitarie in tema di appalti (2004/17/CE e 2004/18/CE) e lo stesso Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) che ne costituisce la normativa interna di recepimento, non trovano applicazione in riferimento ai servizi pubblici. Le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, infatti, ad eccezione della parte IV sul contenzioso (artt. 239-246) e dell'art. 143, comma 7, in quanto compatibile, non si applicano alle concessioni di servizi (art. 30).

Tuttavia, ai sensi del comma 3 dell'art. 30 "la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi". Il contenuto precettivo di tale comma è dunque chiaramente il seguente: come la materia degli appalti pubblici, anche quella dei servizi pubblici è soggetta all'applicazione dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, direttamente operante negli Stati membri. Nondimeno, mentre per gli appalti pubblici i principi trovano estrinsecazione attraverso la procedura dettagliata delle menzionate direttive, come recepite dal Codice dei contratti pubblici, per i servizi pubblici le procedure non sono dettagliate e formalizzate, ma si devono conformare a tali principi. Tali osservazioni risulteranno preziose nel prosieguo.

Le società miste hanno fatto ingresso nel nostro sistema positivo con l'art. **22 della Legge 142/1990**, confluito nell'**art. 113 T.U.E.L.**, approvato con D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Tale disposizione normativa prevede, infatti, espressamente, la costituzione delle s.p.a. a partecipazione pubblica locale quale forma di espletamento del servizio, cui l'ente locale (comuni e province) poteva ricorrere ogni volta in cui si rendesse opportuna, in relazione al servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti

---

<sup>3</sup> Tale identificazione è riconosciuta da Corte Costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272.

pubblici o privati<sup>4</sup>. In questo contesto normativo, il ricorso alla società mista costituisce l'esito di una scelta discrezionale della P.A., che deve tuttavia apparire rispondente, come ovvio, al perseguimento dell'interesse pubblico. A tal proposito, è possibile affermare che l'introduzione di tale modello organizzatorio è stata legata, nella stessa impostazione del legislatore, alla necessità di contemperare in taluni casi due diverse esigenze. Da un lato, essa è risultata connessa alla rilevata opportunità di promuovere la collaborazione tra enti locali e soggetti diversi, apportatori di capitali e tecnologie nella logica di una più efficiente prestazione del servizio, mediante una più agile struttura di tipo privatistico. Dall'altro, all'obiettivo di consentire all'ente di non estraniarsi totalmente dall'attività di gestione, bensì, di essere presente nella compagine societaria tanto con il capitale sociale, che con la presenza nella stessa di amministratori e sindaci, nominati nelle forme consentite dal diritto civile. In tal modo, a ben vedere, l'ente dovrebbe essere in grado di perseguire l'interesse pubblico senza pregiudizio, anzi avvantaggiandosi dell'economicità della gestione e del profitto, scopo primario di una società di capitali, quale è la società mista.

Con la configurazione positiva della società mista si sono affacciate alcune questioni ancora oggi ricorrenti nello studio della materia<sup>5</sup>. In primo luogo, gli interpreti hanno iniziato a chiedersi se occorra, una volta costituita la società ed al fine di attribuirle la gestione del servizio pubblico, l'adozione di un provvedimento di concessione, ovvero se sia possibile effettuare un affidamento diretto; ci si è chiesti inoltre se la scelta del socio privato comporti una procedura di evidenza pubblica. D'altra parte, si è profilata fin da subito sullo sfondo la questione processuale inerente l'individuazione del giudice cui attribuire la giurisdizione in tema di controversie relative alle gare contrattuali delle società miste.

A tal proposito, facendo leva sulla *ratio* sottesa alla sua introduzione, nella vigenza della Legge del 1992 la Suprema Corte<sup>6</sup> ha avuto modo di affermare che la società mista, dal punto di vista operativo, deve poter agire in assenza di un provvedimento di concessione in senso tecnico. Si legge, infatti, nella pronuncia che una volta deliberata con procedura di diritto pubblico la costituzione della società al fine del perseguimento di un pubblico servizio, la P.A. deve poter essere libera di affidare ad essa la gestione di tale servizio, risultando inutile un ulteriore atto concessorio. Si vedrà, però, attraverso l'analisi dei successivi interventi normativi, come questa affermazione non sia stata ritenuta pienamente rispondente alla disciplina comunitaria.

Quanto alla giurisdizione, giova brevemente ricordare che in questa pronuncia la Corte di Cassazione propende per l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario sulla base del difetto di un provvedimento concessorio, in contrasto con la giurisprudenza amministrativa. Già prima degli anni

---

<sup>4</sup> Giova tenere presente che a far data dal 1996, il regolamento approvato con D.P.R. n. 533 ha statuito la possibilità di costituire tanto società miste con capitale pubblico di maggioranza, che di minoranza.

<sup>5</sup> VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008.

<sup>6</sup> Cass., 6 maggio 1995, n. 4991 (il caso riguarda "Siena parcheggi"). La tesi della Suprema Corte risulta condivisa anche in dottrina.

2000, tuttavia, il contrasto è stato composto con il riconoscimento della giurisdizione al giudice amministrativo.

Una seconda fase del tortuoso percorso evolutivo compiuto dalla legislazione italiana in merito a società miste e servizi pubblici è rappresentata dall'art. **35 della Legge 448/2001** (legge finanziaria per il 2002) che ha riformulato l'art. 113 del T.U.E.L. ed introdotto *ex novo* l'art. 113 *bis*<sup>7</sup>.

La normativa in questione si caratterizza in primo luogo per aver introdotto una netta distinzione tra servizi aventi rilevanza industriale e quelli che, invece, ne sono privi<sup>8</sup>.

Quanto ai primi, l'art. 113, comma 5, prevede che *“l'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica”*.

Adeguandosi ai principi comunitari espliciti nella circolare della Presidenza del Consiglio, Dipartimento per le politiche comunitarie, 10 marzo 2002, (pubblicata nella *G.U.* n. 102 del 3 maggio 2002) secondo cui l'affidamento della gestione di un servizio pubblico, pur se non regolato dalle direttive in tema di appalti, soggiace a principi di concorrenza e di confronto competitivo ricavabili direttamente dal Trattato, la norma prevede dunque l'obbligatorietà della gara con procedura di evidenza pubblica per l'individuazione del gestore, superando così il sistema dell'affidamento diretto cui potevano, prima di allora previsto a favore delle società miste a partecipazione pubblica locale.

Per quanto concerne, invece, i servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale il modello di gestione non è quello della società di capitali scelta in base a procedura di evidenza pubblica, bensì quello dell'affidamento diretto.

**L'art. 113 del T.U.E.L.** è stato, tuttavia, riscritto con l'entrata in vigore **dell'art. 14, D.L. 269/2003, convertito in Legge 326/2003**, che ha sostituito alla distinzione tra servizi industriali e non quella tra servizi di rilevanza economica e servizi di rilevanza non economica. La disciplina *de qua* merita di essere esaminata attentamente, soprattutto perché essa è stata oggetto, sotto molteplici profili, di un vivace dibattito tra gli interpreti legato, in particolare, alla sua conformità al diritto comunitario. Si rinvia pertanto al paragrafo successivo.

Sembra prima opportuno un approfondimento sulla natura stessa della società mista.

## ***2. La natura della società mista tra soggetto privato ed ente pubblico***

---

<sup>7</sup> Il comma 7 dell'art. 113 nonché l'art. 113-bis sono stati dichiarati incostituzionali con sentenza 27 luglio 2004, n. 272. La Consulta ha escluso che la materia dei servizi pubblici locali sia riconducibile alle funzioni fondamentali degli enti locali, in quanto “la gestione di detti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale”, o alla determinazione dei livelli minimi inerenti le prestazioni essenziali a tutela dei diritti civili e sociali, ritenendo che la stessa attenga piuttosto alla materia “trasversale” della tutela della concorrenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. e, Cost. Pertanto, la Consulta ha ritenuto illegittimo il co 7 dell'art. 113 d. lgs. 267/2000 nella parte in cui, in modo puntuale e con tecnica autoapplicativa, indica i criteri di svolgimento della gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali, ritenendo l'intervento statale invasivo della sfera delle Regioni. Ha pure considerato illegittimo l'art. 113-bis nella sua interezza in virtù della mancata afferenza della materia dei servizi privi di rilevanza economica, di cui tale articolo si occupa, alla concorrenza.

<sup>8</sup> Vedi a tal proposito nota 9.

Chiarito che cosa sia la società mista e quale sia la *ratio* della sua introduzione nell'ordinamento interno, occorre soffermarsi sulla sua **natura**, aspetto sul quale gli interpreti si interrogano ancora oggi.

La partecipazione alla società di un ente pubblico<sup>9</sup>, infatti, chiamato a perseguire un interesse pubblico in conformità al principio di legalità ha fatto dubitare della possibilità di qualificare tale organismo come ente di diritto privato a tutti gli effetti. Mentre nel caso dell'*in house providing* a ben vedere questo problema non si pone, poiché l'ente, solo formalmente distinto dalla P.A., in verità ne costituisce una mera appendice, in relazione alla società mista il tema è ben più delicato, in quanto quest'ultima rappresenta la sintesi di interessi pubblici e privati<sup>10</sup>.

Al riguardo, non si può prescindere dall'esame della giurisprudenza amministrativa e di quella di legittimità, sostenitrici, e non è la prima volta, di posizioni concettuali alquanto differenti.

La giurisprudenza di legittimità<sup>11</sup> ha affrontato a più riprese il problema, ma è rimasta ferma nel ritenere che le società miste non perdono la loro natura privatistica per il sol fatto di essere partecipate da enti pubblici. Non rilevarebbe, in altre parole, il fatto che il capitale sia alimentato anche attraverso il conferimento di un ente pubblico; anzi, il criterio da adottarsi dovrebbe essere quello per cui, in mancanza di una deroga espressa, alle società *de quibus* andrebbe applicata la disciplina comune del diritto societario<sup>12</sup>. La Suprema Corte ha in ultima analisi reiteratamente chiarito<sup>13</sup> che *“la società per azioni non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne posseda in tutto o in parte le azioni: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia non essendo consentito al comune di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario da esercitarsi a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società”*.

Ci troviamo di fronte ad un'ordinaria società di capitali, in cui pubblico non è l'ente bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano. In essa, pertanto, la disciplina pubblicistica che regola il socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono. L'ente pubblico in linea di principio può partecipare alla società soltanto se la causa lucrativa sia compatibile con la

---

<sup>9</sup> A tal proposito, si ricordi che per quanto concerne il modello societario cui ricorrere, ad oggi può dirsi sussistere l'alternativa fra la società per azioni e la società a responsabilità limitata, in ragione della modifica introdotta con la l. 15 maggio 1997, n. 127, confluita nel d.lg. n. 267 del 2000.

<sup>10</sup> CHIEPPA, *La società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in GUERRERA, *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2010, p. 18.

<sup>11</sup> v. Cass., Sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989, secondo cui le società miste operano quali persone giuridiche private, non essendo rilevabile un collegamento riconducibile alla figura della concessione di servizio pubblico né essendo ammesso che la pubblica amministrazione incida unilateralmente sull'attività dell'ente con l'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali. Già in passato la suprema Corte aveva ritenuto che la gestione del servizio resa da una società per azioni a capitale pubblico prevalente dovesse inquadarsi nell'attività di soggetti giuridici privati, non venendo alterato sostanzialmente il "congegno giuridico impegnato". Si allude a Cass., Sez. un. civ., 24 marzo 1977, n. 1143, in *Foro it.*, 1977, I, c. 1427.

<sup>12</sup> A tal proposito è stato di recente evidenziato da FIMMANO', *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. notariato* 2009, 04, 897 ss che opinare diversamente costituirebbe *“una impostazione del tutto infondata, in quanto si potrebbe parlare di società di diritto speciale soltanto se una disposizione legislativa introducesse deroghe alle statuizioni del codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c. Quindi si discuterebbe di società di diritto speciale soltanto là dove una norma di legge introducesse un nuovo tipo di società con causa non lucrativa”*.

<sup>13</sup> Cass, sez. un., n. 7799 del 2005; Cass., sez. un., n. 4991 del 1995, Cass., sez. un., n. 17287 del 2006.

realizzazione di un proprio interesse<sup>14</sup>. La Suprema Corte ha, infatti, rilevato che l'interesse che fa capo al socio pubblico si configura *come di rilievo esclusivamente extra sociale*, con la conseguenza che le società partecipate da una pubblica amministrazione hanno comunque natura privatistica<sup>15</sup>.

Nondimeno, questa interpretazione non ha trovato l'avallo pieno della dottrina ed è inoltre stata pesantemente criticata dalla giurisprudenza amministrativa.

Quanto alla prima, infatti, taluno ha avuto modo di affermare che la società mista rappresenti un modello speciale nel quale si coniugano in maniera originale scopo di lucro ed interesse pubblico<sup>16</sup>.

In maniera ancora più radicale la giurisprudenza amministrativa<sup>17</sup> ha affermato la natura pubblica di tali soggetti giuridici. In particolare, prendendo le mosse dalla pretesa neutralità della forma societaria rispetto allo scopo pubblico perseguito, è stata affermata una preminente connotazione pubblicistica del modello organizzatorio *de quo*.

Tuttavia, quest'ultima impostazione sembra scontrarsi in maniera irriducibile con qualsiasi corretto ragionamento giuridico: se un ente è qualificato come "società" e non sono previste delle norme che ne regolino il funzionamento in deroga alla disciplina di diritto comune, allora non si può fare altro che ritenere che le stesse, quanto a questo profilo, debbano essere governate dalle norme del Codice civile in materia. A conforto di questa tesi, si consideri, sebbene non sia un argomento da solo dirimente, che il legislatore del 1942 ha voluto equiparare le società a partecipazione pubblica con quelle a partecipazione esclusivamente privata. Ed, infatti, nella Relazione al Codice civile si legge che *"in questi casi è lo Stato che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente"*<sup>18</sup>. A tal proposito, il Codice civile dedica poche norme speciali a queste società e nessuna di esse è in grado di determinare effetti enucleativi di *un tipo* di società a se stante o dotato di una natura giuridica peculiare<sup>19</sup>. Si allude agli artt. 2449<sup>20</sup> e ss. c.c., rinumerati dalla riforma delle società di capitali

---

<sup>14</sup> DE FERRA, *In margine alla riforma delle società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. Soc.*, 1967, 798 s.

<sup>15</sup> V. ancora Cass, sez. un., n. 7799 del 2005; Cass., sez. un., n. 4991 del 1995, Cass., sez. un., n. 17287 del 2006.

<sup>16</sup> LEVIS-MANACORDA-GROMIS, *Le società miste*, in *Il Sole24ore*, 2003, p. 10 ss.

<sup>17</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885, in *Foro it.*, 2001, III, c. 71, con nota di CARROZZA e FRACCHIA; 2 marzo 2001, n. 1206, *ivi*, 2002, III, p. 425, con nota di PAOLA; 17 settembre 2002, n. 4711, *ivi*, 2003, III, p. 205; TAR Piemonte, Sez. I, 15 febbraio 2010, n. 934, in *Diritto dei servizi pubblici*, 2010.

<sup>18</sup> IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 3 s. nel sottolineare come la Relazione governativa alla riforma nulla dica in relazione a questo tema, evidenzia che l'aggiunta all'ultimo comma dell'art. 2449, c.c., secondo cui «sono salve le disposizioni delle leggi speciali», con riferimento alla previsione secondo cui gli amministratori ed i sindaci di nomina pubblica hanno diritti ed obblighi dei membri nominati dall'assemblea, rimarca che solo un'apposita norma derogatoria di rango legislativo è in grado di affrancare gli organi di nomina pubblica dall'obbligo di gestire la società in coerenza con il suo scopo legale tipico e non con scopi diversi. Al riguardo v. anche F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 118 s.

<sup>19</sup> V. R. RORDORF, *Le Società «pubbliche» nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423.

<sup>20</sup> A tal proposito, occorre ricordare che la Corte di giustizia ha dichiarato l'incompatibilità dell'art. 2449 c.c. con i principi comunitari (Corte Giust., 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, in *Società*, 2008, 247; in *Giur. comm.*, 2008, II, 925 con nota di M. C. CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e «potere di controllo» nell'art. 2449 c.c.*), in quanto costituisce

(rispetto ai precedenti artt. 2458-2460 *ante riforma*) con disciplina sostanzialmente immutata, e dell'art. 2414-*bis*, comma 2, c.c. introdotto con il D. Lgs. 27/2004.

In ultima analisi, non vi sono appigli normativi capaci di affermare una natura della società mista diversa da quella privatistica.

In maniera assai persuasiva, è stato affermato<sup>21</sup> che un discorso ben diverso può viceversa essere condotto con riguardo alla attività svolta dalla società mista, ovvero la gestione dei servizi pubblici. Non è un caso che la normativa comunitaria e nazionale, in tema di appalti o forniture, comprenda tra le Pubbliche Amministrazioni, con conseguente necessaria applicazione anche delle norme che impongono il rispetto dell'evidenza pubblica e delle procedure concorrenziali trasparenti, non solo i soggetti formalmente pubblici, ma anche quelli con veste privata, ma sottoposti ad un controllo pubblico, al fine di evitare elusioni dei vincoli procedurali<sup>22</sup>. Corollario di questa previsione è l'attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo in conformità al disposto dell'art. 103 Cost.<sup>23</sup>. Sulla base di questa stessa interpretazione, inoltre, è possibile spiegare l'ampliamento della giurisdizione della Corte dei Conti sulla responsabilità di amministratori e dipendenti non solo degli enti pubblici economici, ma anche di soggetti formalmente privati, essendo richiesta a tal fine la natura oggettivamente pubblica del danno, ovvero il collegamento anche indiretto con la finanza pubblica, a prescindere dalla veste giuridica<sup>24</sup>.

---

una restrizione ai movimenti di capitali ai sensi dell'art. 56 Trattato CE. Si è ritenuto, in particolare, che la norma rappresenti una deroga al diritto societario comune nella misura in cui quest'ultimo non prevede un'identica regola valida per tutti i soci, consentendo agli azionisti pubblici di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione al capitale. La pronuncia appare ancor più significativa se si tiene conto che a seguito della analoga declaratoria di contrarietà ai principi comunitari dell'art. 2450 c.c., la norma è stata poi abrogata (a seguito dell'avvio della procedura di infrazione (n. 2006/2014) l'art. 3, comma 1 del d.l. 10/2007 convertito con modificazioni nella l. 46/2007 ha abrogato la norma).

<sup>21</sup> FIMMANO', *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. notariato* 2009, 04, 897 ss.

<sup>22</sup> Il Codice degli appalti di cui al d.lgs. 163 del 2006 impone il rispetto delle regole di evidenza pubblica ad una serie di soggetti (comprese società per azioni miste o totalmente private) solo al fine dello specifico settore degli appalti. Recentemente, la Legge 6 agosto 2008, n. 133 all'art. 18 (*Reclutamento del personale delle società pubbliche*) ha sancito che: "1. A decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. 2. Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. 3. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati".

<sup>23</sup> GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali, organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie*, in *Foro it.*, 1999, III, 178. In tema cfr. pure PARISIO, *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e soc.*, 2007, 367 ss. Ciò vale a maggior ragione per quel che concerne l'accesso agli atti dopo che il legislatore ha previsto che a tal fine per "pubblica amministrazione" si intendono anche "i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario" (v. art. 15 della l. n. 15 del 2005, che ha sostituito l'art. 22 della l. n. 241 del 1990).

<sup>24</sup> L'organo cui compete il controllo contabile e di legalità degli enti pubblici è, ai sensi dell'art. 100 Cost., la Corte dei Conti e ai fini del controllo contabile e della responsabilità contabile rileva il dato sostanziale della permanenza dell'ente nella sfera delle finanze pubbliche. La qual cosa conseguentemente rende necessari controlli finalizzati a verificare la corretta gestione del denaro pubblico; al contrario risulta irrilevante ai detti fini il dato formale della veste societaria, sotto questo profilo neutra e irrilevante (Corte Cost. 23 dicembre 1993, n. 446; Corte Conti, Lombardia, 2 febbraio 2006 e 30 ottobre 2006 n. 17).

Per le società a partecipazione pubblica la Cassazione<sup>25</sup> ha riconosciuto la giurisdizione della magistratura contabile in relazione alle società a partecipazione pubblica solo nella misura in cui si arrechi un danno erariale all'azionista pubblico: il risarcimento del danno va dunque all'erario poiché il danno è in via diretta alle casse pubbliche e solo mediamente al valore della partecipazione al socio pubblico<sup>26</sup>.

Volendo formulare un'osservazione conclusiva, è dunque possibile dire che le società a partecipazione pubblica sono assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici nei settori di attività in cui assume rilievo preminente rispettivamente la natura sostanziale degli interessi coinvolti e saranno invece assoggettate alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento. E ciò vale anche per l'istituzione, la modificazione e l'estinzione, ove gli atti propedeutici alla formazione della volontà negoziale dell'ente sono soggetti alla giurisdizione amministrativa, ma gli atti societari rientrano certamente nella giurisdizione del giudice ordinario<sup>27</sup>.

### ***3. La scelta del socio privato di società mista e la questione dell'affidamento diretto della gestione del servizio alla società: normativa e giurisprudenza comunitaria ed interna***

**L'art. 113 del T.U.E.L. nella versione del 2003** contiene, dunque, una distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi di rilevanza non economica<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Cass. sez. un., n. 19667 del 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1830; n. 3899 del 2004 in *Giur. it.*, 2004, 1946; n. 3367 del 2007, n. 20886 del 2006, n. 4511 del 2006.

<sup>26</sup> Il delicato ruolo della Corte dei Conti nella materia va inteso in questo senso, anche se recentemente è stata sancita, in modo criptico, la devoluzione in via esclusiva alla giurisdizione del giudice ordinario della materia della responsabilità degli amministratori per le società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche, anche in via indiretta, in misura inferiore al cinquanta per cento e delle loro controllate (art. 16- *bis* del d.l. 248 del 2007, c.d. decreto milleproroghe, la cui legge di conversione n. 3324 del 2008 è stata approvata in via definitiva al Senato il 27 febbraio 2008). La norma lascia intendere, in realtà, che in tutti gli altri casi vi sarebbe una giurisdizione della magistratura contabile che non le è propria, ovvero per tutte le azioni di responsabilità riguardanti amministratori e dipendenti di società partecipate. Se questa fosse la lettura, il legislatore avrebbe dato seguito all'orientamento discutibile della Corte dei Conti diretto ad allargare l'ambito della propria giurisdizione (Corte Conti, sez. I, App., 3 novembre 2005, n. 356, in *Foro amm.*, 2005, 3842; Corte conti, sez. Lombardia, 4 marzo 2008 n. 135; Corte Conti, sez. Lombardia, 25 gennaio 2005, n. 22, in *Foro amm.*, 2005, 80; Corte conti, sez. Trentino Alto adige, 1 giugno 2006, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it); Corte Conti, sez. Lombardia, 5 settembre 2007 n. 448). Viceversa il corretto inquadramento sistematico comporta che ci siano due forme di responsabilità *concorrenti* (per la responsabilità concorrente propende R. RORDORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Società*, 2005, 424) e *settoriali*, quella civilistica comune per danni, e quella erariale nei confronti del socio pubblico a guisa di una speciale azione individuale del socio pubblico.

<sup>27</sup> Il Consiglio di Stato ha affermato che l'art. 33, comma 2, lett. *a*, del d.p.r. n. 80/98 nel prevedere come rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie riguardanti l'istituzione, la modificazione o l'estinzione dei soggetti gestori di pubblici servizi (comprese le società di capitali) ha inteso riferirsi alle relative procedure pubblicistiche (di istituzione, modificazione ed estinzione) con esclusione quindi delle questioni che hanno attinenza al diritto societario (cfr. Cons. Stato sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6867; ID., 3 settembre 2001 n. 4586; Consiglio di Stato, Sez. V, 11 dicembre 2008 n. 6159). In modo ancora più esplicito è stato affermato che tutti gli atti che ineriscono alla vita delle società a partecipazione pubblica pongono questioni di diritti soggettivi e pertanto rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass. Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799; Cons. Stato V sez., 11 febbraio 2003 n. 781). Da ultima per la giurisdizione ordinaria in tema di fusione per incorporazione cfr. T.A.R. Veneto, 15 aprile 2008 n. 968, in [www.dirittodeiserviziipubblici.it](http://www.dirittodeiserviziipubblici.it).

<sup>28</sup> La distinzione previgente, introdotta dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001, ancorando il concetto di industrialità del servizio alla nozione di organizzazione in forma d'impresa, finalizzata alla produzione e allo scambio di beni e servizi di cui agli artt. 2082 c.c. e 2195 c. c., appariva ingiustificatamente restrittiva, data la possibilità di gestire in forma di impresa anche

In relazione ai primi, si prevede quale regola generale l'obbligo di indire e gestire procedure ad evidenza pubblica per la selezione delle società di capitali cui affidare il servizio. A tale regola, tuttavia, fa eccezione il disposto della lett. b) e della lettera c).

**La gara, infatti, non è richiesta, consentendo così l'affidamento diretto, quando si tratta di “società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari reciproche” (lett. b), ovvero di “società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.**

Ebbene, il quadro normativo esposto è stato oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza interna e comunitaria. Più in particolare, ci si è interrogati sulla compatibilità con il diritto comunitario dell'affidamento senza gara di un certo servizio ad una società mista per il solo fatto che il socio privato della stessa sia stato scelto con un procedimento di evidenza pubblica, prevista nella citata lett. b). Il punto focale è stato dunque quello di verificare la coerenza di questa previsione con le regole della concorrenza che, si è detto, devono essere rispettate qualora la P.A. affidi ad un terzo la gestione di un servizio pubblico.

A questo punto, si impongono però delle precisazioni preliminari.

In primo luogo, è bene tenere presente che la scelta normativa di prevedere l'individuazione del socio privato tramite gara è intervenuta all'esito di un dibattito vivace. Sul piano sistematico le obiezioni alla scelta del socio tramite gara ruotavano attorno alla pretesa incompatibilità sistematica tra queste procedure ed i contratti associativi, basati sul c.d. *intuitus personae*. Inoltre, si evidenziavano due problemi pratici di rilievo: l'impossibilità di espletare una gara dopo che l'ente ha già predeterminato tutto (statuto, quota da sottoscrivere) e l'equivalenza dei risultati garantiti dal controllo sulla società da parte dell'ente pubblico, rispetto a quelli cui è finalizzata la gara. Nondimeno, in senso contrario era stato notato come il socio privato non potesse essere considerato un mero investitore, ma un imprenditore di

---

servizi di carattere sociale o meramente erogativo, alla luce del quadro normativo interno e delle prescrizioni provenienti dal diritto comunitario. Non a caso, la disposizione era stata oggetto di disamina da parte della Commissione UE, pronunciatisi con la nota del 26 giugno 2002 sulla compatibilità comunitaria delle disposizioni contenute dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001, in merito alle forme di gestione dei servizi pubblici locali. Il legislatore ha pertanto sostituito tale distinzione con quella tra servizi privi di rilevanza economica e servizi di rilevanza economica. Ebbene, Seguendo le indicazioni provenienti dalla dottrina, il carattere economico del servizio discende da due fondamentali criteri, riconducibili in primo luogo alle caratteristiche ontologiche del servizio ed in secondo luogo alla volontà organizzativa dell'ente locale. In altri termini, a differenza della nozione di industrialità del servizio, che appariva rigidamente ancorata ad elementi di carattere oggettivo, discendenti dalle modalità di produzione del servizio, il rilievo economico può attenersi non soltanto alle caratteristiche strutturali di produzione del servizio ma anche a *profili relativistico-relazionali*, derivanti dalle scelte organizzative poste in essere dall'ente locale. A tal proposito, si veda CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in [www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi](http://www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi), 3 ss.

cui occorre vagliare la capacità produttiva, nel rispetto dell'art. 97 Cost. e del principio comunitario della concorrenza.

Da parte sua, la giurisprudenza ha mostrato per lo più di aderire a questa seconda opzione ermeneutica. A tal proposito una posizione assai netta è stata assunta da Consiglio di Stato, sez. V, con due decisioni, 19 febbraio 1998, n. 192, e 6 aprile 1998, n. 435. Nel caso in esame il Comune di Ventimiglia aveva costituito una società per azioni a capitale pubblico maggioritario per la gestione del ciclo integrato delle acque scegliendo quale *partner* privato di minoranza, senza alcuna procedura di gara, l'A.M.G.A. S.p.A.. L'assenza di gara è stata considerata illegittima da parte dei giudici di palazzo Spada. Nella pronuncia si legge, più in particolare, che il socio privato è chiamato ad effettuare una molteplicità di compiti di gestione e proprio per questo motivo la sua individuazione non può essere affidata a profili di mero carattere fiduciario, a meno di incorrere nell'elusione dei fondamentali principi di buon andamento e trasparenza. Tale impostazione ha superato il vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione che, con la pronuncia n. 754/1999, hanno rigettato un ricorso volto all'annullamento della citata decisione del Consiglio di Stato n. 192/1998 per presunto difetto di giurisdizione. La Suprema Corte ha avuto modo di osservare che l'affidamento del servizio ad una società mista è alternativo rispetto al sistema della concessione, con conseguente inapplicabilità dell'art. 267 del T.U.E.L.. Tuttavia, posto la necessità che l'ente associ a sé un imprenditore dotato delle necessarie capacità gestionali e che la società mista presenta caratteri comuni alla concessione, quali l'esistenza di una convenzione con l'ente locale (il quale non abbandona la titolarità del servizio), allora anche in questo caso bisogna applicare le regole dell'evidenza pubblica che hanno assunto la funzione di garantire il rispetto dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità.

Nell'aprile 2004 (30 aprile 2004, COM 2004/327) è intervenuto a conforto di queste tesi il Libro verde sul partenariato pubblico-privato nel quale, infatti, sono state formulate delle osservazioni fondamentali. In primo luogo si legge che l'operazione volta a creare un'impresa a capitale misto di per sé non è contemplata dal diritto degli appalti pubblici e delle concessioni e, tuttavia, occorre pur sempre garantire il rispetto delle norme e dei principi derivanti dal Trattato e dalle direttive, quando tale operazione è accompagnata dalla attribuzione di incarichi, tramite un atto definibile appalto o concessione. Inoltre, si dice che la scelta di un socio privato destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un'impresa mista dovrebbe basarsi, prima ancora che sulla qualità del suo contributo in capitale o sulla sua esperienza, sulle caratteristiche della sua offerta, risultante economicamente più vantaggiosa, per quanto concerne le prestazioni specifiche da fornire. Infine, è proprio chiarito che la partecipazione dell'organismo aggiudicatore all'impresa mista non giustifica di per sé la mancata applicazione del diritto ei contratti e delle concessioni nella scelta del *partner* privato. Agli arresti giurisprudenziali esaminati ed al Libro verde sul partenariato pubblico-privato ha fatto seguito la riscrittura dell'art. 113 che contempla espressamente la scelta del *partner* privato con gara.

Il testo dell'art. 113 nella versione del 2003 è stato sottoposto ad attenta valutazione sotto il profilo della compatibilità con il diritto comunitario di un affidamento diretto alla società mista della gestione del servizio, ancorché la gara sia stata realizzata per la scelta del socio privato.

In questa analisi non si può prescindere dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che, mossa dal rispetto dei principi comunitari in tema di concorrenza, ha chiarito in quali ipotesi la Pubblica Amministrazione possa legittimamente procedere all'affidamento diretto della gestione del servizio.

A questo proposito, giova in primo luogo ricordare sinteticamente che a livello comunitario emergono con chiarezza due fenomeni giuridici: il c.d. **affidamento *in house*** e **l'organismo di diritto pubblico**, nel cui ambito concettuale si colloca anche la società mista di diritto interno che, pertanto, talvolta è stata non appropriatamente sovrapposta, quanto alla disciplina, a queste fattispecie, come dimostrerebbe lo stesso art. 113 in esame.

Più in particolare, per affidamento *in house* si intende una modalità, alternativa all'applicazione della disciplina in tema di appalti e servizi pubblici, per effetto della quale una P.A. si avvale, al fine di reperire beni e servizi, ovvero per erogare alla collettività prestazioni di pubblico servizio, di soggetti sottoposti al suo penetrante controllo. Perché la fattispecie si possa configurare occorre che la P.A. si serva di un ente strumentale, distinto sul piano formale, ma non su quello sostanziale; in altre parole, l'ente strumentale deve essere parte integrante e prolungamento organizzativo della Amministrazione. In questo senso, l'istituto è nato in una logica di contrapposizione rispetto all'esternalizzazione, che si realizza viceversa attraverso la stipulazione di un contratto di appalto, ovvero di una convenzione di concessione. La Corte di Giustizia ha delineato nel corso degli anni gli elementi caratterizzanti di tale istituto, elaborato con l'intento di coniugare il fondamentale principio della concorrenza come desumibile dagli artt. 43, 49 e 86 T.U.E. con il principio di autorganizzazione della P.A., pure riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria, al fine di chiarire quando possa considerarsi effettivamente legittimo l'affidamento diretto di appalti e servizi pubblici in assenza di gara. Il fatto genuino che l'ente creato sia in verità una appendice della Amministrazione, infatti, rende inutile il ricorso alla procedura di evidenza pubblica posta a presidio della concorrenza.

Il problema dell'*in house* è quindi fondamentalmente quello della affidabilità diretta e senza gara di prestazioni a soggetti societari diversi dall'ente affidante.

La Corte di Lussemburgo ha contribuito in modo significativo a definire i contorni di questo istituto con la sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, causa C-107/1998. In particolare, la Corte ha escluso la necessità del ricorso all'evidenza pubblica qualora ricorrano due condizioni:

- 1) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare un "*controllo analogo*" a quello esercitato sui propri servizi (si tratta dell'elemento strutturale dell'*in house*);
- 2) il soggetto aggiudicatario deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'ente di appartenenza (elemento funzionale).

Soltanto in presenza di tali elementi, congiuntamente, sarebbe dunque possibile ritenere non sussistente quella alterità che, invece, costituisce il presupposto per l'obbligo di indizione della gara pubblica.

Tale pronuncia è stata seguita da altri arresti della Corte di Giustizia funzionali a definire in maniera puntuale il contenuto degli elementi costitutivi dell'istituto in esame, pur chiaramente enunciati nella giurisprudenza *Teckal*. In particolare, ci si è a lungo interrogati sul concetto di “*controllo analogo*”.

Ebbene, con la dirompente pronuncia 11 gennaio 2005, in causa C-26/2003 *Stadt-Halle*, la Corte di Giustizia si è espressa chiaramente nel senso che il “*controllo analogo*” effettivamente può dirsi sussistente e dunque si è in presenza di affidamento *in house providing*, soltanto quando vi sia una partecipazione totalitaria della P.A. sulla società costituita per l'espletamento di un determinato servizio. La Corte, ragionando sulla disomogeneità degli interessi del socio privato rispetto a quelli della Amministrazione, ha ritenuto lesivo dei principi della concorrenza e della parità di trattamento tra imprese l'affidamento diretto ad una società con capitale pubblico-privato, pur se con prevalenza della partecipazione pubblica. A questa pronuncia ne è seguita un'altra (sentenza del 13 ottobre 2005, in causa C-458/2003, *Parking Brixen s.p.a. contro Comune di Bressanone e ASM Bressanone s.p.a.*) con cui la Corte ha introdotto un ulteriore tassello: per poter ravvisare il fenomeno giuridico dell'*in house providing* non sarebbe sufficiente la partecipazione totalitaria dell'ente pubblico, ma altresì necessario che il soggetto pubblico abbia la possibilità di influire sulle decisioni strategiche della società. La Corte ha precisato che ben può accadere che il capitale di una società sia detenuto in via totalitaria da un ente pubblico e, tuttavia, il suo consiglio di amministrazione abbia una autonomia decisionale tale da far dubitare della sussistenza di un “*controllo analogo*” da parte dell'ente pubblico nei termini esposti. In altre parole, è stata così affermata l'importanza di un'indagine, caso per caso, della effettiva configurabilità della società quale appendice dell'ente, senza fermarsi ad analisi meramente formali.

Ciò chiarito, prima di ritornare all'esame dell'ordinamento interno, occorre effettuare una comparazione tra l'affidamento *in house* e l'altra figura di origine comunitaria cui si è accennato, ovvero l'organismo di diritto pubblico, per le implicazioni che tale esame può avere nello studio della società mista.

In primo luogo, giova chiarire che l'organismo di diritto pubblico è nato nell'ambito dell'Unione Europea con una *ratio* ben diversa rispetto a quella propria dell'affidamento *in house*. Esso, infatti, è stato introdotto nel diritto comunitario degli appalti per individuare i soggetti economici che operano nei singoli Stati senza essere liberi nell'affidamento delle commesse, dovendo, viceversa, osservare la disciplina europea. Si è visto, invece, come l'affidamento *in house* sia stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria per identificare i casi in cui l'ente pubblico si avvalga di un soggetto solo formalmente terzo, ma, in verità, sua appendice, al fine di escludere la necessità della gara.

Ciò premesso, giova ricordare quali sono i caratteri peculiari dell'organismo di diritto pubblico. La nozione è stata introdotta con la direttiva in tema di appalti pubblici 89/440/CE, come modificata dalla successiva 93/37. All'art. 1 lett. b) è previsto che si considerano amministrazioni aggiudicatrici, oltre

che lo Stato e gli enti pubblici territoriali, gli “*organismi di diritto pubblico*”, per tali intendendosi soggetti giuridici “*istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta a controllo di questi ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico*”. Ebbene, dalla definizione si possono trarre tre elementi strutturali della figura in esame:

- 1) il possesso della personalità giuridica;
- 2) il fine perseguito del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale;
- 3) la sottoposizione ad una influenza pubblica.

Questi requisiti sono richiamati nella definizione di organismo pubblico di diritto interno propria del Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 26). Giova esaminarli partitamente.

In primo luogo, secondo un insegnamento costante della Corte di Giustizia, i tre elementi devono coesistere devono perché sia ravvisabile l'organismo *de quo*<sup>29</sup>.

Quanto al primo requisito, l'unico profilo problematico che si è posto attiene alla idoneità della nozione di organismo di diritto pubblico a ricomprendere, oltre alle persone giuridiche cui a livello interno si attribuisce carattere pubblico, anche quelle di diritto privato. A tal proposito, la tesi dominante è ad oggi quella c.d. funzionale che sostiene la sostanziale indifferenza della forma giuridica assunta dall'ente per l'ordinamento nazionale al fine di affermare o meno, in relazione allo stesso, la natura di organismo di diritto pubblico, purché l'ente, anche organizzato in forma societaria, svolga un'attività finalizzata a produrre utilità strumentali per l'interesse generale<sup>30</sup>.

Quanto, invece, al requisito teleologico, occorre procedere ad una doppia verifica: da una parte, infatti, si tratta di esaminare se il bisogno che l'ente deve soddisfare sia generale; in secondo luogo va vagliata l'assenza del carattere industriale o commerciale dello stesso. Il primo requisito si realizza allorché il bisogno abbia un impatto effettivo sulla collettività. Più complessa è la determinazione del significato da attribuire alla locuzione “*carattere non industriale o commerciale*” dello stesso. A tal proposito, giova ricordare sinteticamente le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza comunitaria nel caso *Taitotalo*<sup>31</sup>. La Corte di Giustizia ha ritenuto che tre siano i profili da considerare: in primo luogo, ci si deve chiedere se l'ente operi in normali condizioni di mercato; se lo stesso persegua o meno scopi di lucro; se, infine, subisca le perdite commerciali legate all'esercizio della sua attività. In questi casi, a ben

---

<sup>29</sup> Corte di Giustizia UE, 15 gennaio 1998 (causa C-44/96), *Mannesmann Anlagenbau Austria*; Corte di Giustizia UE, 10 novembre 1998 (causa C-360/1996), *BFI Holding*; Corte di Giustizia, 10 maggio 2001 (cause C-223/1999; C-260/1999), *Fiera Milano*; Corte di Giustizia UE, 22 maggio 2003 (causa C-18/2001), *Taitotalo*.

<sup>30</sup> Si vedano, tra le più importanti, Cons. St., 27 ottobre 1998, n. 1478; Cass. SS.UU 7 ottobre 2008, n. 24722.

<sup>31</sup> Corte di Giustizia UE, 22 maggio 2003 (causa C-18/2001), *Taitotalo*.

vedere, sarebbe difficile sostenere che i bisogni generali abbiano il carattere non industriale o commerciale. Dato questo stato di cose, non vi sarebbe alcuna ragione per applicare le direttive comunitarie in materia di appalti, proprio in considerazione del fatto che un soggetto che persegue uno scopo di lucro e che assume i rischi connessi alla propria attività è difficile che non si impegni in un procedimento di aggiudicazione di un appalto che non sia vantaggioso sul piano economico. In tal modo, non ci sarebbe a ben vedere timore di violazione del principio della concorrenza<sup>32</sup>.

Infine, si ricorda il requisito della “*influenza dominante*”. Esso acquisisce particolare rilevanza in relazione alla scrutinato istituto dell’affidamento *in house*. In effetti, gli interpreti si sono chiesti quale sia il significato da attribuirvi al fine di operare, se possibile, una distinzione rispetto a quello, in prima battuta affine, di “*controllo analogo*” proprio dell’*in house*. Ebbene, le direttive comunitarie prevedono che tale tratto costitutivo dell’organismo di diritto pubblico possa desumersi da una serie di fattori, in forma alternativa, che sono sostanzialmente coincidenti con gli indici di riconoscimento elaborati dai singoli Stati al fine di individuare la pubblicità degli enti. Si tratta, in particolare, del fine, delle sovvenzioni aventi carattere maggioritario, del controllo pubblico, della ingerenza dello Stato o di altro ente pubblico nella nomina di un *quorum* qualificato di componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza degli organismi. Questi indici sintomatici possono anche manifestarsi alternativamente, eccezion fatta per il fine pubblico che naturalmente deve sempre sussistere.

Una volta chiarito il significato della “*influenza dominante*” si può meglio comprendere in che cosa si differenzi dal “*controllo analogo*”. Quest’ultimo, a ben vedere, presuppone sempre un controllo di tipo strutturale sull’ente, il solo idoneo ad attestare l’ingerenza pubblica sull’organizzazione imprenditoriale, necessaria per configurare l’affidatario quale appendice della Amministrazione e così escludere la gara. Viceversa, nel caso dell’organismo di diritto pubblico è concepibile anche soltanto un controllo pubblico sull’attività svolta dall’ente, senza che esso si manifesti in forma più pervasiva<sup>33</sup>.

Alla luce della giurisprudenza comunitaria in relazione all’affidamento *in house* e all’organismo di diritto pubblico ed al rapporto tra questi due istituti, sembra utile formulare alcune osservazioni di sintesi.

Innanzitutto, appare essere chiaro che a livello europeo è ritenuto ammissibile l’affidamento senza gara soltanto qualora sia applicabile l’istituto dell’*in house providing*; nondimeno, quest’ultimo avrebbe genuinamente possibilità di esistere soltanto qualora l’ente sia una propaggine della Amministrazione, fenomeno che si realizzerebbe solo in caso di ente totalmente partecipato dalla P.A.

In secondo luogo, quanto ai rapporti tra *in house* ed organismo di diritto pubblico, è esclusa a livello comunitario la sovrapposizione tra i concetti di “*controllo analogo*” ed “*influenza dominante*”, che, rispettivamente, rappresentano elementi costitutivi delle due fattispecie e dunque, più radicalmente si preclude alcuna identità fra i due istituti.

---

<sup>32</sup> A tal proposito, si ricordi che recentemente questa impostazione è stata seguita da TAR Friuli Venezia Giulia, 26 ottobre 2006, n.698.

<sup>33</sup> Si veda in questo senso Corte di Giustizia UE, 27 febbraio 2003 (causa C-373/00), *Adolf Truley GmbH Wien GmbH*.

Stando così le cose, dovrebbe apparire ora più comprensibile il dibattito interno che si è acceso intorno al contenuto precettivo dell'art. 113 del T.U.E.L. nella formulazione del 2003, allorché in esso si prevede semplicemente che debba essere indetta la gara per la scelta del *partner* privato di società mista, ma non anche per l'affidamento del servizio. Una parte degli interpreti, preso atto in particolare della giurisprudenza del caso *Stadt Halle* non ha potuto, infatti, non scorgere un' insopprimibile difformità tra l'insegnamento di tale pronuncia (che costituisce a pieno titolo fonte del diritto dell'Unione) e la lettera dell'articolo in esame.

Giova a questo proposito considerare i più importanti arresti giurisprudenziali del Consiglio di Stato. Si sono fronteggiate due diverse impostazioni che hanno il pregio peraltro di mettere in luce non solo la problematica dell'affidamento diretto del servizio alla società mista, ma anche del rapporto che intercorre tra l'ente pubblico ed il socio privato.

A tal proposito, viene in rilievo una prima importante pronuncia del C.g.a. 27 ottobre 2006, n. 589, secondo la quale è necessario concludere per la illegittimità comunitaria e per la doverosa disapplicazione dell'art. 113, comma 5, del D. Lgs. 267/2000.

Le argomentazioni che emergono dalla sentenza sono molteplici. Innanzitutto, si legge che se è vero che la concorrenza è rispettata per il fatto che la scelta del socio privato avviene con gara, è altrettanto plausibile che vi siano soggetti privati non interessati ad entrare in società con l'ente, ma soltanto ad ottenere l'affidamento del servizio pubblico locale. Pertanto, la disciplina in questione finirebbe, a detta della Corte, per imporre al privato di entrare in società con l'Amministrazione locale pur di gestire il servizio. In secondo luogo, si chiarisce che i criteri di selezione del *partner* privato e dell'affidatario del servizio sono diversi. Nel primo caso a rilevare, infatti, sarebbero i criteri della affidabilità economica, della solidità finanziaria, della capacità organizzativa nell'affidamento del servizio; nel secondo, invece, assumerebbe un peso decisivo la valutazione della concreta capacità del concorrente di gestire il servizio al meglio. Conseguentemente, l'esistenza di una gara a monte non giustificerebbero l'esonero della gara per l'affidamento del servizio.

A questo primo orientamento se ne è poi andato contrapponendo un altro, inaugurato da un parere della seconda Sezione del Consiglio di Stato (18 aprile 2007, n. 456) e ripreso dalla pronuncia della quinta Sezione, 23 ottobre 2007, n. 5587. Quest'ultima ha poi rimesso il vaglio della questione all'Adunanza Plenaria che si è pronunciata con la sentenza 3 marzo 2008, n. 1.

Per la sua particolare rilevanza sotto il profilo dell'esame del ruolo del socio privato, occorre soffermarsi sul contenuto del richiamato parere. L'aspetto maggiormente rilevante della tesi sostenuta dalla seconda Sezione risiede nell'affermazione per cui l'affidamento diretto a società mista non sarebbe, di per sé, illegittimo, occorrendo, invece, la verifica della sussistenza di taluni elementi per esprimere un giudizio positivo di compatibilità con l'ordinamento comunitario. Più in particolare, il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che quando si parla di "*affidamento diretto*" senza gara in

ipotesi di scelta del socio privato con gara, in verità si ha a che fare piuttosto con un “*affidamento con procedura di evidenza pubblica*”. A ben vedere, infatti, l’attività operativa che si ritiene affidata senza gara alla società mista, è nella sostanza da ritenersi affidata con gara al socio privato, indicato come “*socio di lavoro*”, “*socio industriale*” o “*socio operativo*”, contrapposto al “*socio finanziario*”, scelto con una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto contestualmente l’attribuzione della qualità di socio e la definizione dei compiti operativi di quest’ultimo. Nel sostenere questa tesi, il Consiglio di Stato ha ritenuto di poter individuare un fraintendimento nella interpretazione della esaminata pronuncia *Stadt Halle* della Corte di Giustizia. Ed invero (si legge nella sentenza dei giudici amministrativi) la Corte di Lussemburgo nel 2005 ha voluto semplicemente delimitare l’effettivo ambito di configurabilità dell’affidamento *in house* e, conseguentemente, la ammissibilità dell’affidamento senza gara. Nondimeno, ciò non potrebbe voler significare che la Corte di Giustizia preferisca il ricorso a questo istituto, che richiedendo la partecipazione totalitaria dell’ente pubblico, costituisce di fatto la negazione del mercato, rispetto ad un modello, come quello della società mista, che faccia rientrare in gioco il mercato ed i privati “*tramite regolari procedure di gara e con garanzie precise che possono comunque delimitare l’affidamento nell’oggetto e, soprattutto, nel tempo*”. La pronuncia prosegue poi chiarendo che “*appare, infatti, illogico ammettere, in alternativa all’affidamento del 100% del servizio all’esterno la (sola) rinuncia totale al mercato con la società pubblica in house e non consentire, invece- in settori specifici, individuati dalla legge considerando la peculiarità di una data materia e quindi l’inopportunità di una totale devoluzione ai privati, ma anche l’impossibilità tecnica di lasciar gestire il servizio interamente alla parte pubblica- un’apertura parziale a più flessibili forme di collaborazione pubblico-privato, laddove tale apertura si giustifichi razionalmente con l’esigenza di un controllo più stringente sull’operatore, in quanto svolto non nella veste di committente ma in quella di socio e, soprattutto, sia delimitata da tutte quelle garanzie di definitezza dell’oggetto e della durata dell’affidamento che sole possono ricondurre, ad avviso della Sezione, il modello ad un affidamento all’esterno (sia pur per certi aspetti peculiare) e non come un affidamento in house*”.

Una volta formulate queste premesse che in maniera veramente icastica sintetizzano la *ratio* della società mista, la sentenza fa dalle stesse discendere i caratteri che la fattispecie deve possedere perché l’affidamento diretto possa dirsi legittimo dal punto di vista comunitario. In particolare, la seconda Sezione richiede che esista un’apposita norma speciale che consenta il ricorso alla società mista; che con la gara indetta per la scelta del socio privato sia realizzato anche l’affidamento dell’attività operativa della società al privato; siano adeguatamente delimitate le finalità della società mista cui affidare il servizio senza gara; sia motivato in modo approfondito il perché di questa scelta organizzativa; sia stabilito un limite temporale ragionevole alla durata del rapporto sociale al quale si accompagni la previsione espressa della “*scadenza del periodo di affidamento, evitando così che il socio divenga socio stabile della società mista, possibilmente prevedendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l’uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all’esito della successiva gara egli risulti*

*non più aggiudicatario*”; che, infine, sia limitato tale ricorso ai soli casi in cui esista un riferimento concreto allo svolgimento di attività e funzioni pubbliche.

La tesi della seconda Sezione è stata parzialmente messa in discussione da parte della quinta Sezione nella menzionata pronuncia n. 5587/2007. In particolare, il Consiglio di Stato ha messo in dubbio che nell’ordinamento comunitario sia completamente esclusa l’utilità per l’ente di avvalersi nell’ambito di una società mista dell’apporto di un socio finanziatore e non necessariamente operativo, purchè dotato di un certo tasso di professionalità.

Pertanto, la quinta Sezione ha rimesso la questione all’Adunanza plenaria cui è stato chiesto di valutare la necessità di esperire un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, al fine di verificare proprio la compatibilità comunitaria di una partecipazione societaria privata di carattere non operativo<sup>34</sup>.

Quanto poi alla specificazione delle finalità della società mista, la pronuncia richiama i dubbi dottrinali circa la validità di un contratto sociale destinato alla realizzazione di un solo atto. Inoltre, perplessità sono espresse anche con riferimento alla scadenza del periodo di affidamento e di una rigorosa delimitazione del rapporto sociale, che colliderebbero con l’essenza ontologica del modulo societario.

La pronuncia dell’Adunanza Plenaria 3 marzo 2008, n. 1 alla quale si è rimessa la quinta Sezione afferma esplicitamente l’impossibilità di elaborare “*una soluzione univoca o un modello definitivo*” posto che, in difetto di indicazioni precise da parte della normativa e giurisprudenza comunitaria, si incorrerebbe nel rischio di dar luogo ad interpretazioni “*praeter legem*”. Ad ogni modo, richiamando i principi comunitari di concorrenza, trasparenza, adeguata pubblicità e parità di trattamento, nonché di buon andamento ed imparzialità di cui all’art. 97 Cost., il Collegio ha affermato che comunque l’affidamento diretto costituisce una eccezione di stretta interpretazione al sistema delle gare. L’Adunanza Plenaria, dunque, non si può dire che abbia sciolto i nodi problematici in riferimento alle caratteristiche del socio privato, nonché all’effettiva legittimità di un affidamento diretto del servizio alla società mista.

Prima di verificare come questi temi siano stati affrontati dai successivi e recenti interventi del legislatore, giova considerare un ultimo profilo in riferimento all’art. 113 del T.U.E.L., anch’esso toccato dalle riforme degli ultimi due anni: si allude alla possibilità per la società mista di esercitare le cosiddette attività *extra moenia*. Attraverso l’analisi di questo ulteriore tema possono peraltro essere toccate con mano, una volta di più, le peculiarità che caratterizzano le società miste.

A ben vedere, infatti, nel silenzio dell’ordinamento, la giurisprudenza e la dottrina si sono interrogate sulla ammissibilità dell’esercizio di attività da parte della società mista in un ambito territoriale diverso

---

<sup>34</sup> Sottolinea GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 213 che andrebbe chiarito in primo luogo proprio cosa significhi “affidamento dell’attività operativa”. In altre parole, esso potrebbe indicare semplicemente che il privato debba essere scelto tra imprenditori del settore in cui si colloca l’opera oppure il servizio; ovvero potrebbe presupporre la necessità di una regolamentazione più complessa da cui risulti che l’attività di gestione del servizio sia effettivamente compiuta dal socio privato con la propria organizzazione di impresa; infine, potrebbe voler dire che il conferimento delle quote debba avvenire da parte del privato in natura, mediante la cessione di un ramo d’azienda, come sembrerebbe far pensare l’evocazione del socio d’opera. In ogni caso-sottolinea l’Autore- ognuna di queste opzioni interpretative pone delicati problemi di coordinamento con il diritto societario.

da quello in cui è nata ed hanno dato per molto tempo risposte diverse ed opposte, facendo leva sulle due diverse nature che connotano tale organismo. Da una parte, è stata valorizzata la natura schiettamente privata del modello organizzatorio<sup>35</sup>, ovvero l'impiego del contratto societario, dall'altra la considerazione della *ratio* sottesa alla sua costituzione, ossia la gestione del servizio pubblico, escludendo così l'attività extraterritoriale in assenza di un collegamento perlomeno funzionale, se non spaziale, tra il servizio eccedente l'ambito locale e le necessità della sua collettività<sup>36</sup>.

Sulla questione è intervenuto in maniera significativa il Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, offrendo una soluzione che cerca di tenere conto delle peculiarità proprie delle società miste assumendo, come premessa, la loro connotazione pubblicistica espressa dal collegamento funzionale con la comunità di riferimento, ma precisando, inoltre, che tale collegamento non può essere letto alla stregua di quello proprio del rapporto tra ente pubblico ed azienda speciale. Pertanto, il Collegio ha ritenuto necessaria una valutazione caso, per caso al fine di verificare concretamente *“se l'impegno extraterritoriale eventualmente distolga, e in che rilevanza, risorse e mezzi, senza apprezzabili ritorni di utilità per la collettività di riferimento”*<sup>37</sup>.

Infine, quanto a questo specifico profilo, nel 2006 è intervenuto il c.d. Decreto Bersani (D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in Legge 4 agosto 2006, n. 248). In particolare, l'art. 13 di questo decreto ha previsto che *“al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali per la produzione di beni e servizi, con esclusione dei servizi pubblici locali, 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”*.

Dato questo quadro normativo, ci si è chiesti se nel suo ambito di operatività siano riconducibili anche le società miste di gestione dei servizi pubblici locali. Tale eventualità è stata esclusa da Tar Lazio, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2515, in conformità alla tesi già espressa da Tar Lazio, Roma, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192. La prima delle pronunce ricordate ha, in particolare, chiarito in maniera persuasiva che la previsione normativa in commento non riguarda, a ben vedere, le società miste che gestiscano servizi, dunque prestazioni a favore degli utenti, bensì quelle sorte per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni e servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, con i quali l'ente persegue i propri fini istituzionali.

---

<sup>35</sup> Tar Abruzzo, Pescara, 25 luglio 1998, n. 507.

<sup>36</sup> Tar Liguria, sez. II, 8 maggio 1997, n. 134; Tar Lombardia, Brescia, 14 gennaio 2000, n. 8.

<sup>37</sup> Negli stessi termini si esprimono Cons. St., sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196; Cons. St., sez. VI, 29 settembre 2005, n. 5204.

Esaminate tutte le molteplici questioni sorte in relazione all'art. 113 del T.U.E.L., come modificato nel 2003, appare ora possibile considerare gli ultimi, importanti interventi del legislatore in materia di affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica.

#### ***4. Segue. La disciplina della società mista dall'art. 23-bis, d. l. 25 giugno 2008, n. 112, alla c.d. legge di stabilità 2012 (l. 12 novembre 2011, n. 183)***

L'art. 113 del T.U.E.L., su cui si sono concentrate le critiche degli interpreti per i profili anzidetti, è stato fortemente modificato da un intervento del legislatore di cui occorre dare conto, in forza del quale è stato sostanzialmente ridisegnata la disciplina dei servizi pubblici locali, con inevitabili riflessi anche su quella delle società miste.

In particolare, è intervenuto l'art. **23-bis del D.L. 25 giugno 2008, n. 112**, convertito dalla Legge 6 agosto 2008, n. 133, nonché, a modifica di tale disposizione normativa, **Part. 15, D.L. 25 settembre 2009, n. 135**, convertito nella Legge 20 novembre 2009, n. 166. Si tratta di una normativa volta nel complesso ad assicurare l'applicazione nel settore dei principi comunitari di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di tutti gli operatori economici interessati, e al tempo stesso di garantire il diritto a tutti gli utenti all'universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, in conformità all'art. 117, comma 2 lett. e) e m) della Costituzione.

L'art. 23-bis nella sua versione originaria prevedeva la distinzione tra modalità di gestione del servizio "ordinarie" e modalità "in deroga": le prime si concretizzavano nel ricorso a procedure di evidenza pubblica nel rispetto dell'ordinamento comunitario; le seconde, invece, erano ammissibili nel caso in ricorressero non meglio specificate "*situazioni che, a causa di peculiari situazioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*".

Nella sua formulazione originaria, invero alquanto generica, la disposizione, pur abrogando nelle parti incompatibili l'art. 113 del T.U.E.L., non faceva espresso riferimento né all'*in house providing*, né all'affidamento a società miste, con scelta del socio privato tramite gara, prima previste rispettivamente al comma 5 dell'art. 113, lett. b) e c). Si lasciava così all'interprete il non facile compito di stabilire come collocare tali istituti nell'ambito della nuova disciplina.

Ebbene, quanto al permanere della società mista, la questione peraltro era resa complessa dai richiamati dubbi di compatibilità dell'art. 113 del T.U.E.L. con l'ordinamento comunitario.

L'art. 15 del Decreto Legge "salva infrazioni" n. 135/2009 è intervenuto allora a chiarire le ambiguità delle previsioni di cui all'art. 23-bis. In particolare, è stato modificato il comma 2 di quest'ultima disposizione normativa, attraverso l'espressa ammissibilità della società mista come modalità di gestione "ordinaria" del servizio pubblico, con conseguente assenza di particolari oneri motivazionali in capo all'Amministrazione. Molto significativo è il fatto che l'art. 15 abbia statuito la necessità che in relazione

alla società mista la gara abbia ad oggetto oltre che la qualità di socio, come peraltro già previsto, anche l'affidamento del servizio, superando così *per tabulas* i dubbi concernenti l'eventuale necessità di un'ulteriore gara per l'affidamento di quest'ultimo. La norma si è inoltre preoccupata di assicurare al socio privato una partecipazione nella società pari ad almeno il 40% del capitale. Si tratta di una delle maggiori novità introdotte dall'art. 15, in funzione di apertura dei servizi alla concorrenza: si è inteso, in altre parole, rendere più appetibile la partecipazione dei privati a società miste, consentendo una liberalizzazione "mediata" del settore.

Quanto, poi, al divieto di esercizio di attività *extra moenia* l'art. 15 è intervenuto prevedendo espressamente il divieto di acquisizione di servizi ulteriori e di svolgimento di attività extraterritoriali per gli organismi societari che abbiano ottenuto l'affidamento di servizi pubblici locali attraverso procedure diverse dall'evidenza pubblica. La norma contempla gli affidamenti diretti alle società miste, in tal modo chiarendo la portata del divieto anche in relazione a tali enti. Per quanto concerne poi l'ambito oggettivo di tale divieto, esso concerne l'acquisizione di tutti i servizi diversi da quello affidato, anche non qualificati come pubblici, siano essi affidati da enti pubblici o privati e lo svolgimento di qualunque attività al di fuori dell'ambito territoriale di partecipazione alla gara. Dal punto di vista temporale, la preclusione è prevista per tutta la durata della gestione: le società interessate sono abilitate ad assumere altre attività solo alla scadenza dell'affidamento.

In data 17 settembre 2010 è stato firmato dal Presidente della Repubblica il decreto recante il Regolamento di attuazione dell'art. 23-*bis*. Giova esaminarne brevemente il contenuto, tenendo presente che è governato dalla logica dello sviluppo dei principi comunitari in materia di attività economiche, ovvero la tutela della concorrenza e delle libertà fondamentali di impresa. Quanto all'ambito oggettivo, il Regolamento ha riguardo ai servizi pubblici di rilevanza economica con esclusione del servizio di distribuzione del gas naturale di cui al D.Lgs. 164/2000, del servizio di distribuzione di energia elettrica di cui al D. Lgs. 79/2009 e Legge 239/2004, del servizio di trasporto ferroviario regionale di cui al D. Lgs. 422/1997, della gestione delle farmacie comunali, di cui alla Legge 475/1968 ed, infine, dei servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidatari di cui all'art. 13, comma 1, D. L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248. Ciò chiarito, basti ricordare che ai sensi dell'art. 3 del regolamento gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche, in maniera compatibile alle caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio.

Il quadro normativo delineato dall'art. 23-*bis* come modificato nel 2009 e dal D.P.R. 2010 è stato sconvolto dall'esito del referendum che ha avuto luogo nel giugno dello scorso anno. Più in particolare, un gruppo di giuristi, considerata la disciplina dei servizi pubblici locali, ha ritenuto di formulare tre quesiti referendari, volti in particolare a garantire la gestione pubblica del servizio idrico. La Consulta con sentenza 26 gennaio 2011, n. 24, ha ritenuto ammissibile il primo dei tre quesiti specificamente volto all'abrogazione dell'art. 23-*bis*, nonostante la sua portata fosse ben più ampia rispetto alla materia del servizio idrico.

Visto l'esito del referendum favorevole alla abrogazione, con d.P.R. 18 luglio 2011, n.113, l'art. 23-*bis* è stato dunque abrogato (con efficacia *ex nunc*) a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto stesso nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. L'abrogazione dell'art. 23-*bis* ha comportato, conseguentemente, la caducazione (con effetto abrogante con la medesima decorrenza) del regolamento approvato con D.P.R. n. 168/2010, adottato sulla base della norma di delega contenuta nel comma 10 del medesimo articolo.

Si è così venuta a delineare la situazione già descritta dalla Consulta nella pronuncia 24/2011, che aveva escluso la possibilità che venisse nuovamente applicato, in caso di abrogazione, l'art. 23-*bis* e che, viceversa, aveva affermato l'applicabilità diretta delle sole norme comunitarie in materia, ovvero delle disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, nonché della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quanto alle società miste, questo stato di cose ha portato ad affermare l'ammissibilità del modello della cosiddetta gara a doppio oggetto in cui la società viene costituita per una specifica missione in base a una gara che ha a oggetto la scelta del socio, ma anche l'affidamento della specifica missione (ipotesi che fa da contraltare a quella, diversa e non consentita, in cui si intendono affidare direttamente ulteriori appalti a una società mista già costituita). Tale modello, che come si è visto, era stato già previsto dal legislatore italiano con l'art. 15 del c.d. decreto "salva-infrazioni" aveva infatti ottenuto nel frattempo l'avallo della Corte di Lussemburgo con la pronuncia 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08, *Acoset s.p.a.* che, a sua volta, aveva aderito alla Comunicazione interpretativa della Commissione europea 5 febbraio 2008 "*sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*". Quindi è stata sancita la ammissibilità dell'affidamento ad una società mista previa gara a doppio oggetto, ma senza alcune previsioni di percentuali (pubblica o privata). Con il referendum sono venute meno anche le disposizioni di cui al D.P.R. n. 168/2010; viceversa, sono rimaste valide le discipline inerenti i settori esclusi dall'art. 23-*bis* sopra richiamati.

Il vuoto nell'ordinamento interno creato dall'esito del referendum è stato colmato, infine, con l'intervento del legislatore con la manovra di agosto 2011 (D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni in Legge 14 settembre 2011, n. 148), modificato nel novembre 2011 dalla c.d. legge di stabilità.

Siamo così giunti all'esame della disciplina oggi vigente.

In particolare, occorre considerare l'art. 4 del D.L. 138/2011, intitolato "*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione Europea*" che contiene la disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Tale articolo riprende in parte il contenuto dell'art. 23-bis e legifica, con alcune modifiche, molte delle norme del Regolamento 168/200, con due differenze di fondo: in primo luogo, la nuova normativa non si applica al servizio idrico integrato, oltre che ai settori esclusi, quali il servizio di distribuzione di gas naturale e quello di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario e la gestione delle farmacie (comma 34); inoltre, è consentito l'affidamento a società a capitale interamente pubblico, in presenza dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario, solo se il valore complessivo del servizio sia inferiore a 900.000 euro annui. Al di sotto di questa soglia, pertanto, gli enti possono gestire il servizio in regime di autoproduzione. Le società *in house* vengono equiparate alla P.A. e dunque assoggettate al patto di stabilità interno, nonché, insieme alle società miste, obbligate ad osservare le procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni, servizi e per l'assunzione del personale (commi 15 e 17).

Il fulcro della nuova disciplina ruota attorno alla previsione di una valutazione che gli enti locali sono tenuti ad effettuare tramite una delibera quadro da adottare entro il 13 agosto 2012 e poi periodicamente ed, in ogni caso, prima di procedere al conferimento ed al rinnovo della gestione dei servizi, della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici di rilevanza economica, escludendoli da un processo di liberalizzazione, con la attribuzione di diritti in esclusiva, solo se si dimostra che, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica non sia in grado di assicurare un servizio rispondente ai bisogni della comunità (commi da 1 a 4).

Per quanto qui soprattutto interessa, occorre considerare che il **comma 12 dell'art. 4**, al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale, indica alcune prescrizioni specifiche per il bando di gara o la lettera di invito concernenti la c.d. gara a doppio oggetto, con la precisazione che al socio privato deve essere conferita una partecipazione alla società mista non inferiore al 40%.

In particolare, tale comma prevede testualmente che "il bando di gara o la lettera di invito assicura che: *a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento; c) **siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione***".

Al termine della durata del contratto di servizio, dunque, devono essere previsti dunque dei meccanismi di uscita del socio dal contratto societario. A questo proposito, stante la natura privata dell'ente, occorre interrogarsi su quali siano gli istituti di diritto societario fondatamente applicabili al termine dell'affidamento, posto che il legislatore, derogando alla disciplina comune in materia societaria, prevede espressamente che il socio privato, al termine della *mission* esca dalla organizzazione.

Ebbene, si possono immaginare tre possibili strade: applicazione dell'art. 2437-*sexies* c.c. con conseguente esercizio del diritto di riscatto della azioni del privato da parte dell'ente pubblico; esclusione del socio privato in caso di s.r.l. in virtù del disposto dell'art. 2473-*bis* c.c. ed, infine, esercizio del diritto di recesso da parte dello stesso socio privato *ex* art. 2437 c.c.. Potrebbe essere altresì previsto un patto di riacquisto delle azioni a favore dell'ente pubblico concesso in sede di gara alla società, oppure al socio pubblico.

In ogni caso, però, il ricorso a questi istituti deve essere contemplato nello statuto, con la precisazione che il riscatto e l'esclusione possono essere esercitati dal socio pubblico, mentre ovviamente il recesso è prerogativa del socio privato.

L'aspetto più controverso è la determinazione del valore di liquidazione della quota del socio privato oggetto di riscatto o di recesso. Dal momento che è possibile individuare i criteri di valutazione nello statuto, occorre impiegare sia criteri di tipi reddituale che prendano in considerazione il valore estremamente modesto della società senza affidamento del servizio scaduto, che criteri di tipo patrimoniale che abbiano riguardo al valore dei beni al termine dell'affidamento.

Il comma 32 introduce il regime transitorio degli affidamenti attualmente in essere per il passaggio graduale alla nuova disciplina ed al fine della progressiva apertura del mercato a favore degli operatori economici privati. Si prevede, in particolare, che, fermo restando quanto stabilito dall'art. 14, comma 32, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni: a) gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al comma 13, nonché gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d) cessino, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 marzo 2012; b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali non abbiano avuto a oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessino, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 30 giugno 2012; c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali abbiano avuto a oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessino alla scadenza prevista nel contratto di servizio; c) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 del c.c., cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure a evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, a una quota

non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

La Legge 12 novembre 2011, n. 183 (“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”), meglio nota come “legge di stabilità 2012”, ha apportato ulteriori modifiche alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Più in particolare, il suo art. 9 ha introdotto alcune modifiche ed aggiunte all’art. 4 del D.L. 13 agosto 2011 testé esaminato. Giova soprattutto ricordare che le lett. h) e i) di tale articolo, comma 2, modificando il comma 3 le disposizioni del D.L. 138/2011 escludono dai divieti di partecipazione alle gare per l’affidamento della gestione dei servizi di cui si tratta non solo il socio privato (come già previsto dal comma 3), ma anche le società miste. Finisce in questo modo il divieto di extraterritorialità per tali società purché costituite nelle forme previste al comma 12 del citato art. 4. In questo modo, la disciplina viene significativamente diversificata rispetto a quella prevista dall’esaminato D.L. 4 agosto 2006, n. 248 (decreto Bersani).

## ***5. Conclusioni***

Si era premesso nell’incipit di questo lavoro che l’esame delle società miste sarebbe stato condotto in una prospettiva diacronica. Al termine dell’analisi dovrebbe apparire chiara la *ratio* di questa scelta metodologica. I mutamenti nella disciplina dei servizi pubblici e dunque di tale modulo organizzatorio ad essi intimamente legato sono stati tanti e tali da imporre un criterio cronologico nello studio della tematica, al fine di coglierne gli spunti più interessanti e problematici.

Si tentano a questo punto alcune osservazioni conclusive di sintesi.

La disciplina dei servizi pubblici è stata condizionata negli anni dalla necessità di conformarsi ai principi dell’Unione Europea. Dal 2008 al 2011, in particolare, la materia è stata segnata da un convulso dinamismo normativo volto a realizzare liberalizzazioni con l’obiettivo ultimo di rilanciare lo sviluppo in un momento di crisi. A ben vedere, infatti, la convinzione europea è proprio quella per cui la tutela della libera concorrenza produce effetti benefici non solo per il mercato, ma per gli stessi utenti destinatari dei servizi. L’applicazione del principio di concorrenza dovrebbe, in ultima analisi, garantire efficienza ed economicità non solo agli enti pubblici affidanti, ma anche e soprattutto alla collettività; pertanto, il processo di liberalizzazione in atto nel settore e che ha provocato un continuo susseguirsi di interventi normativi e giurisprudenziali, lungi dall’essere fine a se stesso, dovrebbe costituire una modalità per raggiungere un risultato di sviluppo e crescita.