

FRANCESCO MARONE
professore ordinario di diritto costituzionale
francesco.marone@unisob.na.it

SERVIZI PUBBLICI LOCALI E SOCIETÀ PUBBLICHE NEL QUADRO DELLA COSTITUZIONE ECONOMICA

LOCAL PUBLIC SERVICES AND PUBLIC COMPANIES IN THE FRAMEWORK OF THE ECONOMIC CONSTITUTION

SINTESI

Con l'espressione servizio pubblico, fermo l'ampio dibattito dottrinale sulla definizione, può dirsi che si fa riferimento, in ultima analisi, all'esercizio di una funzione amministrativa finalizzata alla realizzazione di un interesse collettivo. Questo rende la gestione di un servizio pubblico, in astratto, difficilmente armonizzabile con il principio di concorrenza; ciò che, invece, si è reso necessario quando il legislatore ha deciso di affiancare, alle tradizionali forme di gestione dei servizi pubblici locali, il ricorso a società di capitali. Sin da subito si è posto il problema di armonizzare questo principio generale dell'economia di mercato con i caratteri del servizio pubblico, inevitabilmente legato all'indirizzo politico-amministrativo dell'ente che lo assume. Gli interventi legislativi sono stati numerosi e caratterizzati dalla necessità di far fronte ai rilievi che, in sede europea, venivano mossi a un modello che, in origine, appariva effettivamente poco compatibile con il principio di concorrenza. Dunque, una disciplina poco organica che ha fatto sì che il modello generale di società pubblica ne venisse in qualche modo inciso, così ponendo problemi che attengono anche al modello definito dalla Costituzione economica, che contempla l'intervento pubblico nell'economia e la proprietà pubblica delle società di capitali.

ABSTRACT

The expression public service, without prejudice to the extensive doctrinal debate on the definition, can be said to refer, in the final analysis, to the exercise of an administrative function aimed at the realization of a collective interest.

This makes the management of a public service difficult to harmonize with the competition principle; what, on the other hand, became necessary when the legislature decided to flank the traditional forms of management of local public services with the use of corporations. The problem of harmonizing this general principle of the market economy with the characteristics of public services, which are inevitably linked to the policies of the entity that assumes them, arose immediately. Laws have been numerous and characterized by the need to cope with the remarks that EU made to a model that, originally, appeared indeed not so compatible with competition principle. So, a disorganic discipline that caused the general model of state-owned company to be affected in some way, thus posing problems that also pertain to the model defined by the economic framework of Constitution, which provide public intervention in the economy and public ownership of corporations.

PAROLE CHIAVE: Servizi pubblici – società pubbliche – concorrenza - Costituzione economica.

KEYWORDS: Public services – state-owned company – competition principle – Constitution

INDICE: 1. Costituzione, mercato, concorrenza 2. Servizi pubblici e concorrenza 3. Cenni sulle società degli enti locali nel più generale quadro delle società di proprietà pubblica – 4. Le società miste nel testo originario dell'art. 22, l. n. 142/1990 – 5. La natura delle società miste – 6. L'affidamento del servizio – 7. Incompatibilità del modello italiano con il diritto eurounitario e riforma dell'art. 113 TUEL – 8. *L'in house providing* – 9. L'evoluzione della giurisprudenza eurounitaria e le conseguenti modifiche legislative – 10. *Segue*: il d.l. n. 223/2006 – 11. *Segue*: il d.l. n. 112/2008 e il suo regolamento di attuazione – 12. Il *referendum* del giugno 2011 e il suo seguito – 13. Le riforme del 2016: il Codice dei contratti pubblici e il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – 14. Le decisioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale del 2020 – 15. Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (23 dicembre 2022, n. 201) e il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) – 16. Considerazioni conclusive: il comune non è un imprenditore ma lo Stato può (e in certi casi deve) esserlo

1. Costituzione, mercato, concorrenza

Con l'espressione "Costituzione economica" si è soliti indicare l'insieme delle disposizioni costituzionali che regolano i rapporti economici. Queste sono principalmente quelle racchiuse nel Titolo III della Parte I della Costituzione, ma anche in leggi ordinarie, quali ad esempio quella *antitrust* o quella che ha disposto la privatizzazione delle principali imprese pubbliche¹.

¹ Cfr. S. CASSESE, *Introduzione*, in ID (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012, 3, il quale riferisce di altri due sensi che possono attribuirsi all'espressione costituzione

Tuttavia, se con questa espressione si vuole fare riferimento al modo in cui la Costituzione repubblicana guarda all'economia, è probabilmente più corretto non limitare l'analisi alle sole disposizioni che espressamente si riferiscono ai rapporti economici. Il progetto di società che la Costituzione disegna comprende senz'altro anche i suoi aspetti economici, ma questi sono definiti da un insieme di principi che va oltre i rapporti economici formalmente e strettamente intesi, primo fra tutti il principio di uguaglianza sostanziale di cui al secondo comma dell'articolo 3. In quest'ottica, è condivisibile la posizione di chi ritiene che non vi sia una «una costituzione *economica* distinta dalla costituzione *politica*»².

Comunque, al di là delle precisazioni terminologiche, il modello economico delineato dalla Costituzione è un modello misto, nel quale l'economia di mercato convive con l'intervento pubblico finalizzato a correggerne le dinamiche verso fini di utilità sociale, in ultima analisi rivolti a quella eguaglianza sostanziale dell'articolo 3, che rappresenta forse il più importante elemento di novità della Costituzione.

Il disegno giuridico e istituzionale del nostro ordinamento costituzionale discende anche dalla nuova concezione del ruolo dello Stato nel sistema economico, nata per far fronte alla grande depressione degli anni trenta del '900. Non più un mercato che si autoregola in virtù delle aspettative razionali, ma un mercato regolato dal potere pubblico che ne corregge le distorsioni, divenendone anche attore, là dove necessario³.

economica. La seconda accezione è riferibile al professore di Oxford della fine del XIX secolo, Albert Venn Dicey, il quale ritiene che il diritto pubblico dell'economia non possa fondarsi solo sull'analisi delle norme, ma deve comprendere anche l'analisi dell'opinione pubblica, intesa nel senso di modo in cui i cittadini percepiscono il corso della storia economica. Il terzo significato dell'espressione costituzione economica include, oltre a norme costituzionali, leggi e opinione pubblica, anche gli aspetti amministrativi, ossia gli atti applicativi delle norme formali, che trasformano la costituzione economica in senso formale in diritto vivente.

2 O. CHessa, *La costituzione della moneta*, Napoli, 2016, 11.

3 L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016, 25: «Negli anni '30 si costruì, infatti, una nuova infrastruttura giuridica e istituzionale, destinata a durare a lungo e giustificata per l'appunto con la necessità di non tornare più al passato, di evitare per sempre una nuova crisi di quelle dimensioni e di attribuire, quindi, un nuovo ruolo allo Stato, all'intervento pubblico e alla regolazione che impedisse la stessa creazione delle condizioni di una crisi generale. Proprio per questa ragione, quell'insieme di misure fu pensato,

In quest'ottica, la Costituzione italiana si inserisce come un elemento centrale di quel nuovo disegno politico-istituzionale che aprirà la stagione storica della ripresa economica post-bellica e dello sviluppo pieno dello stato sociale. Tuttavia, il tema del mercato viene affrontato dai Costituenti in modo per certi versi contraddittorio. La diffidenza nei confronti del libero mercato accomuna, in qualche modo, i comunisti e la componente cattolica sociale. I primi, dopo un iniziale atteggiamento più morbido, assumeranno una posizione di più netta avversione, avendo compreso che la via dell'opposizione era inevitabile. I democristiani, d'altro canto, finiranno per difendere il mercato più come libertà politica dei singoli che come sistema economico regolato dal diritto pubblico a tutela del suo regolare funzionamento⁴. Ne verrà fuori un quadro nel quale tutela del mercato e tutela della singola impresa si confondono fino a creare un'economia assistita nella quale il rapporto tra politica e imprenditoria sarà troppo stretto e troppo interdipendente⁵.

Naturalmente, non può non ricordarsi che nel quadro di quel disegno e di quegli equilibri nacque e si sviluppò il *boom* economico italiano degli anni '50 e '60; ma ciò non toglie il carattere peculiare dell'infrastruttura giuridico-istituzionale, caratterizzata dal fatto che, rispetto al modello del libero mercato, la Costituzione italiana disegna un'economia nella quale programmi e diritti individuali prevalgono sul principio di libera concorrenza.

La concorrenza, come principio pubblicistico di regolazione del mercato atto a garantire parità tra i concorrenti, entrerà nell'ordinamento italiano dalla porta europea, affermandosi progressivamente fino alla sua piena attuazione

se pur con gli ovvi e sempre presenti condizionamenti delle contingenze politiche, non come un rimedio temporaneo ad una crisi passeggera, ma come una infrastruttura stabile e permanente, che doveva appunto sia rimediare al passato, sia determinare un futuro più sicuro e scevro da rischi e pericoli».

4 Francesco Saverio Nitti, in Assemblea, commentò che si trattava di una «*unione innaturale tra la falce e il martello e la croce e l'aspersorio*». Pasquale Saraceno, nella sua *Intervista sulla Ricostruzione*, Bari, 1977, sintetizzava la saldatura tra comunisti e democristiani nei confronti del mercato in questi termini: «*Il pensiero marxista e il pensiero sociale cattolico si congiungevano allora sul tema del controllo della anarchia capitalista*».

5 Si veda G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione economica. Atti del convegno dell'AIC del 11-12 ottobre 1991 a Ferrara*, Padova, 1997, 7 ss. Più diffusamente, su questi temi, G. AMATO, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976.

con l'approvazione della legge n. 287 del 1990, che istituisce l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La piena apertura dell'ordinamento italiano al libero mercato e alle sue regole fondanti avviene, quindi, in ragione dell'adesione dell'Italia alle comunità europee. È un percorso progressivo nel quale quanto più i mercati europei si integrano, tanto più il principio di concorrenza si afferma pienamente e diffusamente⁶.

Tuttavia, il principio di concorrenza non sembra essere stato del tutto assorbito dal nostro ordinamento, almeno non nei termini di principio generale di regolazione del mercato.

Basta citare vicende recenti, tra le quali senza dubbio la più evidente è quella relativa alle concessioni balneari marittime, per comprendere come il rapporto del nostro ordinamento con il principio generale che regola il libero mercato sia ancora un rapporto controverso.

Com'è noto, il Consiglio di Stato, con due decisioni dell'Adunanza Plenaria⁷, ha dovuto ribadire che il principio di concorrenza che informa l'ordinamento eurounitario non è compatibile con una disciplina legislativa che sottrae un intero settore economico alla libertà di stabilimento garantita a cittadini e imprese dall'art. 49 TFUE. In quelle decisioni, il Consiglio di Stato, forse eccedendo i limiti della propria giurisdizione, ha fissato al 31 dicembre 2023 la data oltre la quale la disciplina legislativa di proroga dovrà ritenersi non più efficace, arrivando a dire che «oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale proroga

6 Sulla progressiva apertura del sistema giuridico-economico italiano in ragione del procedere dell'integrazione europea e sulle sue conseguenze si veda G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in AA.VV., *La Costituzione economica* cit., 21 ss. Più di recente, per una puntuale ricostruzione di tutte le fasi di quel processo si veda F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Padova, 2019.

7 In *Giur. cost.* 2021, 2935 ss., con nota di E. DI SALVATORE, *Proroghe legislative automatiche, non applicazione e disapplicazione: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulla direttiva servizi*; si veda anche il commento di C. FELIZIANI, *Norma interna in contrasto con il diritto europeo, doveri del funzionario pubblico e sorte del provvedimento amministrativo "antieuropeo"*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2022, 460.

legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento UE».

Il legislatore, ancora di recente, ha ulteriormente prorogato - con il d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 (art. 10-*quater*) - il termine di scadenza delle concessioni balneari, portandolo al 31 dicembre 2025; e ancora una volta il Consiglio di Stato ha ribadito che la norma di proroga si pone «in frontale contrasto con la disciplina di cui all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato»⁸.

In altro ambito, sempre il Consiglio di Stato è dovuto intervenire a chiarire che un'operazione societaria straordinaria che comporti «l'allargamento della compagine sociale a soci privati o la creazione di una società nella quale coesistano soci pubblici e privati», deve rispettare le procedure di evidenza pubblica richieste dalla legge per la selezione dei soci privati nelle società pubbliche⁹.

Ancora, sempre recentemente, la Corte costituzionale ha annullato una legge regionale che disponeva la proroga automatica delle concessioni di servizio di trasporto pubblico locale, ribadendo il carattere trasversale della competenza esclusiva dello Stato in materia di concorrenza¹⁰.

Naturalmente, sono soltanto pochi esempi, ma che danno il senso di una difficoltà del principio di concorrenza ad affermarsi pienamente nell'ordinamento italiano.

D'altra parte, non va dimenticato che si tratta di un principio originariamente non accolto, quantomeno non in termini espliciti, dalla Costituzione e che, forse, assume un carattere strumentale, e quindi in qualche modo anche recessivo, rispetto ai valori costituzionali che delineano il quadro socio-econo-

⁸ Consiglio di Stato, sez. 6^a, 1° marzo 2023, n. 2192.

⁹ Cons. Stato, sez. 5^a, 6 settembre 2021, n. 6213, in *Urbanistica e Appalti*, 2022, 369 ss., con nota di V. DONATIVI, *Fusione e scissione di società partecipate: le indicazioni "ultra petita" del Consiglio di Stato*.

¹⁰ Corte costituzionale, 15 marzo 2021, n. 38

mico, a partire dall'eguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, comma 2, della Costituzione¹¹.

2. Servizi pubblici e concorrenza

La definizione di cosa debba intendersi con l'espressione "servizio pubblico" è oggetto di un dibattito non ancora giunto a conclusioni unanimemente condivise¹². Tuttavia, non sembra doversi dubitare che si tratti, in ultima analisi, dell'esercizio di una funzione pubblica che l'amministrazione assume, attraverso una scelta discrezionale che ha necessariamente un contenuto anche politico, debba essere esercitata perché necessaria per i cittadini e la vita della comunità¹³.

Si tratta, quindi, dell'esercizio di una funzione amministrativa finalizzata alla realizzazione di un interesse collettivo. Questo rende la gestione di un servizio pubblico, in astratto, difficilmente armonizzabile con il principio di concorrenza; ciò che, invece, si è reso necessario quando il legislatore ha deciso di affiancare, alle tradizionali forme di gestione dei servizi pubblici locali, il ricorso a società di capitali.

Da un lato, la circostanza che lo strumento societario si sottraesse ad alcuni vincoli e formalità proprie dell'amministrazione pubblica, soprattutto in tema di selezione del personale e dei contraenti, ha fatto sì che il ricorso a questa soluzione fosse molto ampio, creando un vero e proprio nuovo *genus* nel novero delle società, con problemi e caratteristiche affatto peculiari. Dall'altro, la probabile iniziale inconsapevolezza del legislatore dell'irrompere della con-

11 In questo senso, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in AA.VV., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Convegno annuale AIC, Torino 27-29 ottobre 2011*, Napoli, 2014, 3 ss.

12 F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *Federalismi*, 14/2016, ricostruisce sinteticamente il dibattito citando in nota le diverse posizioni.

13 F. FRACCHIA, *op. ult. cit.*, 5, richiamando E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 647, definisce servizio pubblico «la complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico che organizza un'offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, e utenti; esso è assunto dal soggetto pubblico con legge o atto generale, rendendo doverosa la conseguente attività».

correnza come principio ordinatore del servizio pubblico locale¹⁴, là dove questo veniva gestito nelle forme privatistiche della società a scopo di lucro, ha fatto sì che si ponesse sin da subito il problema di armonizzare questo principio generale dell'economia di mercato con i caratteri del servizio pubblico, inevitabilmente legato all'indirizzo politico-amministrativo dell'ente che lo assume¹⁵.

I problemi sono venuti sin da subito fuori in tutta la loro evidenza e il legislatore, nel tentativo di salvaguardare le ragioni del mercato, ha iniziato a limitare e specificare funzionamento e struttura delle società degli enti locali, fino a incidere, come vedremo, sul *genus* della società pubblica, più ampio e del tutto autonomo dalla specificità della gestione dei servizi pubblici locali.

3. Cenni sulla storia della gestione dei servizi pubblici locali

Affrontare in modo organico, ricostruendone nel dettaglio i tratti salienti e le linee evolutive, la storia della gestione dei servizi pubblici locali è forse una missione impossibile¹⁶. Tuttavia, una riflessione su questi temi appare non solo utile, ma necessaria; in particolare, in una prospettiva costituzionalistica, come fenomeno che deve inquadrarsi nel contesto dell'art. 41 della Costituzione, ovvero del delicato equilibrio tra economia privata, economia pubblica e tutela della concorrenza.

La storia delle società pubbliche nel nostro ordinamento è una storia ultracentenaria, fatta di diverse stagioni e, inevitabilmente, di modelli e discipline stratificati.

¹⁴ Sul punto si veda G. PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in *federalismi.it*, 6/2014.

¹⁵ M. DUGATO, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 2020, 520, il quale specifica il concetto affermando che «il legislatore spinse l'amministrazione nell'unico spazio da evitare: quello a metà del guado tra la riva della dimensione pubblica degli interessi e del servizio pubblico e quello dell'impresa e della concorrenza».

¹⁶ M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI E F. DONATI, Torino, Giappichelli, 2010, 127. Nello stesso volume si veda anche F. MERUSI, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, 1.

Si va dalla legge istitutiva della Banca d'Italia, alla fine dell'Ottocento, e alla sua successiva evoluzione come istituto di credito di proprietà pubblica, alle società di diritto speciale degli anni venti e trenta del secolo scorso, frutto anche del salvataggio di imprese andate in crisi negli anni della grande depressione, fino alla creazione di un sistema di *holding* pubbliche (Iri, Eni, Efim) in funzione di raccordo tra le società di proprietà pubblica, operanti in regime di diritto privato, e il Ministero delle partecipazioni statali¹⁷.

La fase più recente, caratterizzata dall'adeguamento al diritto eurounitario del sistema di imprese pubbliche e da un diffuso *favor* per la privatizzazione, ha conosciuto anche la nascita e il rapido sviluppo delle società c.d. miste, ovvero delle società di capitali partecipate, in tutto o in parte, dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali.

Queste società, inizialmente previste dall'art. 22 della legge n. 142 del 1990 come una delle possibili forme di gestione dei servizi pubblici locali, hanno conosciuto uno sviluppo molto significativo, probabilmente andando oltre le stesse intenzioni del legislatore che le aveva introdotte nell'ordinamento.

Negli anni si è assistito a una crescita tale da snaturare il senso della iniziale previsione legislativa, rendendo necessari interventi incisivi - tanto in sede giurisprudenziale, nazionale ed eurounitaria, quanto in sede legislativa - per riequilibrare il sistema. Da articolazioni privatistiche dell'amministrazione locale, alternative all'azienda speciale e alla concessione nella gestione dei servizi pubblici locali, queste società sono cresciute e hanno mutato forme e strategie, fino a divenire, in alcuni casi, vere e proprie *holding* quotate in borsa.

17 M. CLARICH, Società di mercato e quasi-amministrazioni, in *Dir. amm.*, 2009, 253, il quale per la ricostruzione storica dell'impresa pubblica nell'ordinamento italiano fa riferimento a P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; C. IBBA, *Le società «legali»*, Torino, Giappichelli, 1992; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 1000.

La natura ibrida di queste società, al tempo stesso affidatarie dirette di contratti pubblici e concorrenti nel libero mercato, ha imposto, anche e soprattutto per impulso dell'ordinamento europeo, mutamenti di disciplina normativa tesi, per lo più, a neutralizzare la turbativa della concorrenza nel mercato di cui questi soggetti erano parte. La tendenza legislativa che si è sviluppata è giunta a esiti non del tutto coerenti e, comunque, di difficile raccordo con il sistema economico discendente dall'articolo 41 della Costituzione, per cui sembra utile ricostruirne brevemente i tratti salienti.

4. Le società miste nel testo originario dell'art. 22, l. n. 142/1990

Come detto, l'art. 22, l. n. 142/1990 ha introdotto nell'ordinamento, tra le forme attraverso cui Comuni e Province possono gestire i servizi pubblici locali, quella della società per azioni a prevalente capitale pubblico, ovvero le cosiddette società miste.

Si tratta di disposizioni che sono rimaste sostanzialmente immutate per oltre dieci anni, fino cioè all'approvazione della l. n. 448/2001 che, per venire incontro ai rilievi mossi in sede europea al modello italiano di gestione dei servizi pubblici locali, ha modificato il testo dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico degli enti locali) che, nel frattempo, aveva recepito la disposizione originariamente contenuta nella legge n. 142/90.

Fino a quel momento la legge prevedeva semplicemente che, oltre alle ipotesi di gestione in economia, di concessione a terzi o di azienda speciale, si potesse far ricorso allo strumento della società mista, pubblico-privato, con affidamento diretto del servizio.

L'art. 113 è riferito ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, la cui nozione va tenuta distinta da quella di rilevanza industriale, poiché la rubrica dell'art. 113 è stata modificata dall'art. 14, d.l. n. 269/2003, sostituendo l'aggettivo "economica" a quello precedentemente utilizzato "industriale".

Prima del d.l. n. 269/2003 per rilevanza industriale si intendeva il carattere imprenditoriale di un'attività conformemente al dettato dell'art. 2082 c.c.,

alla stregua del quale «è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi»¹⁸.

Sono, dunque, servizi pubblici di rilevanza industriale quelle attività economiche svolte da più imprenditori in un mercato concorrenziale, che ne assumono il rischio senza il soccorso economico-finanziario pubblico.

Successivamente all'entrata in vigore del d.l. 269/2003, si è esteso l'ambito di applicazione della disciplina dei servizi pubblici locali, facendo questo riferimento non più alla rilevanza industriale ma alla rilevanza economica dei servizi, utilizzando, quindi, un concetto più generale.

Hanno rilevanza economica tutti quei servizi che abbiano potenzialmente una redditività e che possano dar vita a un mercato concorrenziale, indipendentemente dall'intervento o meno di finanziamenti pubblici¹⁹. Si tratta di una

¹⁸ Consiglio di Stato, sez. 5^a, 15 aprile 2004, n. 2155.

¹⁹ T.A.R. Sardegna, sez. 1^a, 2 agosto 2005, n. 1729. Si è riconosciuto che «il servizio di manutenzione dell'impianto di pubblica illuminazione non può essere annoverato tra quelli privi di rilevanza industriale o economica, richiedendosi per il suo esercizio l'impiego di capitali, mezzi e personale da destinare allo svolgimento di un'attività economicamente rilevante, cui ordinariamente consegue anche la produzione di un utile di gestione» (T.A.R. Basilicata, 15 aprile 2005, n. 271). Sempre con riguardo ai servizi d'illuminazione si è affermato che «il carattere di servizio pubblico locale dell'illuminazione delle strade comunali è confermato dai richiami storici (la pubblica illuminazione era inclusa fra i servizi pubblici comunali ex art. 1, lett. c), R.d. n. 2578/1925 e nel Tulp n. 383 del 1934) e ribadito dal divieto di cessione della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, introdotto nell'art. 113 Tuel (l. n. 448 2001 e d.l. n. 269 2003): al pari di altri pubblici servizi, anche il servizio locale di illuminazione pubblica si avvale di un sistema di impianti collegati a rete per la diffusione dell'energia» (Consiglio di Stato, sez. 5^a, 16 dicembre 2004, n. 8090). Più di recente si è ribadito che «La giurisprudenza è consolidata nel riconoscere che il servizio di illuminazione pubblica rientra tra i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica» (T.A.R. Lombardia, sez. 1^a, 14 giugno 2019, n. 1376). Ancora, la qualificazione di servizio pubblico di rilevanza economica è stata riconosciuta con riferimento alla gestione dei rifiuti (T.A.R. Lombardia, sez. 3^a, 8 aprile 2003, n. 994); alla manutenzione delle strade, illuminazione pubblica e impianti elettrici e tecnologici comunali e manutenzione del verde pubblico, che rivestono sicuramente rilevanza economica, «poiché si tratta di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale» (T.A.R. Liguria, sez. 2^a, 28 aprile 2005, n. 527); allo spazzamento delle strade (T.A.R. Lombardia, sez. 3^a, 13 aprile 2004, n. 1451); alla illuminazione cimiteriale (T.A.R. Puglia, sez. 3^a, 11 settembre 2007, n. 2103; T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. 1^a, 1 giugno 2016, n. 1138; T.A.R. Campania, sez. 3^a, 10 dicembre 2020, n. 6023); alla gestione degli stabilimenti balneari (Consiglio di Stato, sez. 5^a, 9 dicembre 2016, n. 5193). Anche con riferimento alla gestione dei porti turistici si è di recente affermato che «La gestione di un porto turistico è qualificabile come servizio pubblico locale di rilevanza economica e a domanda individuale, giacché, nonostante la finalità turistico-ricreativa soddisfi interessi privati di una fascia ristretta di utenti, sussistono nondimeno rilevanti interessi pubblici quali la valorizzazione turistica ed economica del

definizione che assume notevole rilievo, giacché la classificazione di un'attività come servizio pubblico di rilevanza economica comporta la sottoposizione della stessa alla disciplina dettata per la gestione dei servizi pubblici locali²⁰.

5. La natura delle società miste

Problema di carattere generale è costituito dalla natura giuridica delle società miste, in ordine alla quale, in dottrina e in giurisprudenza, si rinven-
tre opzioni interpretative²¹: secondo la prima, le società miste rappresentereb-

territorio, l'accesso alla via di comunicazione marina e la potenziale fruizione da parte dell'intera collettività laddove ricorrano eccezionali esigenze di trasporto pubblico; in virtù del principio di auto-organizzazione e in base al diritto euro-unitario, il Comune può esercitare anche i servizi pubblici di interesse economico (oltre a quelli privi di tale rilievo) nelle forme dell'amministrazione diretta, ossia internalizzandoli e gestendoli con la propria organizzazione» (T.A.R. Liguria, sez. 1^a, 9 novembre 2021, n. 946).

20 Su questo tema è intervenuta la Corte costituzionale (sentenza n. 325/2010) che ha provato ad individuare una nozione oggettiva di rilevanza economica, anche se, come notato da V. COCOZZA, Una nozione oggettiva di «rilevanza economica» per i servizi pubblici locali, in *Munus*, 2011, 237 con esiti non del tutto convincenti. Più recentemente, la Corte, con sentenza 25 maggio 2020, n. 103, ha avuto modo di precisare che «In effetti, la qualificazione in termini di "servizio pubblico locale di rilevanza economica" ai sensi della legislazione nazionale, o quella (già considerata omologa alla prima dalla giurisprudenza di questa Corte: sentenze n. 325 del 2010 e n. 272 del 2004) di "servizio di interesse economico generale" ai sensi della disciplina dell'Unione europea, non dipendono tanto dalla natura dell'attività svolta, quanto dalla circostanza che l'ente pubblico abbia in concreto inteso assumersi la responsabilità dell'attività stessa a beneficio dei consociati; responsabilità che poi potrà essere svolta in proprio, ovvero attraverso affidamenti cosiddetti in house, o ancora delegandone l'esercizio a imprese private mediante contratti di concessione».

21 F. CARINGELLA, *I servizi pubblici locali*, in *L'ordinamento degli enti locali*, a cura di F. CARINGELLA, A. GIUNCATO, F. ROMANO, Milano, Giuffrè, 2007, 714. In generale su questi temi si veda M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 2581; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1985; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2004; A. ZUCCHETTI, *Articolo 112*, in *Commento al Testo Unico de gli Enti Locali* (a cura di V. ITALIA), Milano Giuffrè, 2000, 1133; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994; G. NAPOLITANO, *Dieci anni di riforme amministrative. I servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 7, 804; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008; R. CAVALLO PERIN, *Articolo 112*, in *Commentario breve al Testo Unico sulle autonomie locali* (a cura di R. CAVALLO PERIN – A. ROMANO), Padova, Cedam, 2006, 604; F. CARINGELLA, *I servizi pubblici locali*, in *L'ordinamento degli Enti Locali, Commentario al Testo Unico* (a cura di F. CARINGELLA, A. GIUNCATO, F. ROMANO), Milano, Giuffrè, 2007, 711; F. CARINGELLA, *Gli organismi di diritto pubblico*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (a cura di R. DE NICTOLIS), Milano, Giuffrè, 2007, 233; G. CAIA, *I servizi pubblici*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005; A. MOLITERNI, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 478 ss.; L. R. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, 678 ss.; L. CARBONE, R. VICARIO, *Osservatorio delle decisioni del Consiglio di Stato - criteri distintivi dei servizi pubblici a rilevanza economica*,

bero una estensione del concetto di ente pubblico, ovvero rappresenterebbero un organismo con autonoma personalità giuridica inserito nel quadro generale organizzativo dell'ente di riferimento. Si tratterebbe, in altri termini, di una soluzione alternativa a quella della gestione in economia o attraverso azienda speciale, poiché l'ente locale deciderebbe di costituire un organo formalmente terzo, essendo una società di diritto privato, ma sostanzialmente privo di autonomia gestionale e sottoposto alle direttive dell'ente territoriale di appartenenza.

Trattandosi di una sorta di ente pubblico in forma societaria, risultano di più facile soluzione tutti i problemi di compatibilità con i principi eurounitari e in particolare l'affidamento diretto del servizio.

Una seconda tesi è quella che riconosce a queste società natura di soggetti di diritto privato del tutto autonomi dall'ente di riferimento. Si tratta di una ricostruzione che muove da un punto di vista strettamente privatistico e che giunge a ritenere l'ente locale titolare del servizio e la società per azioni che lo gestisce come soggetti del tutto autonomi, se non per la scelta originaria dell'ente locale di costituire la società stessa. In questo quadro, non residua in capo all'ente locale alcun potere direttivo ma soltanto il ruolo di azionista, con i poteri che a quello *status* collega il diritto societario. È evidente che sul piano della compatibilità con i principi eurounitari questa soluzione crea maggiori problemi della precedente, poiché non vi è possibilità di sostenere la legittimità di un affidamento diretto a una società che è formalmente, a parte il suo mo-

in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 75 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale nella riflessione di Domenico Sorace*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2020, 533 ss.; P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2020, 531 ss.; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2016, 1457 ss.; D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1 ss.; M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. Dir., I tematici III, Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 1086 ss.; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2012, 629 ss.; G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 33 ss.; M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2020, 53 ss.; R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, 2023.

mento genetico, uno dei tanti soggetti di diritto privato che operano in un determinato mercato.

Un'ultima posizione presente in dottrina, peraltro maggioritaria, è quella di ritenere che la questione non possa essere risolta in termini univoci e generali ma che si debba avere riguardo, in concreto, alla natura della singola società mista e al rapporto di autonomia o di subordinazione di questa con l'ente locale di riferimento.

6. L'affidamento del servizio

Come visto, legato al problema della natura giuridica delle società miste è quello delle modalità di affidamento del servizio. Più in particolare, se sia necessario un atto concessorio e se, per la scelta dei soci privati sia necessaria una gara. Si dava per scontato, inizialmente, che fosse legittimo l'affidamento diretto senza gara alla s.p.a. dell'ente locale titolare del servizio.

In ordine alla necessità di un esplicito atto concessorio si distinguono un'impostazione pubblicistica e una privatistica. Secondo la prima non è necessaria una procedura comparativa per la individuazione del gestore del servizio poiché questo viene affidato a un soggetto che è un organo con personalità giuridica, inserito nell'organizzazione dell'ente titolare del servizio. L'impostazione privatistica, che riconosce alle società miste totale autonomia rispetto all'ente di riferimento, risulta invece più difficilmente compatibile con il diritto eurounitario, poiché, se vi è autonomia, non può esservi affidamento diretto, ovvero non può eludersi il ricorso a procedure di evidenza pubblica.

In proposito si è notato²² che prima della riforma del 2001 il testo dell'art. 113 era tale da non lasciare adito a dubbi, nel senso che la società per azioni non avesse bisogno per la gestione del servizio di un atto concessorio e non vi fosse l'obbligo di esperire procedure di evidenza pubblica. Il testo originario dell'art. 113 cita, infatti, tra le forme attraverso cui può essere gestito il servizio pubblico locale, anche la concessione, oltre alla società di capitali a pre-

22 F. CARINGELLA, I servizi pubblici locali, cit., 716.

valente partecipazione pubblica. Ne consegue che si tratta di forme di gestione alternative nelle quali il concessionario deve essere individuato attraverso l'evidenza pubblica mentre la società mista, una volta costituita, esercita direttamente il servizio.

In questa seconda fattispecie resta, però, da chiarire la questione relativa al socio privato. La lettera *e)* del testo originario dell'art. 113 stabiliva che dell'azionariato della società di capitali istituita per la gestione del servizio pubblico locale potessero far parte anche soggetti privati. Si poneva, quindi, il problema della modalità di scelta del socio. Se fosse, cioè, necessaria una gara per la sua individuazione o se, invece, si dovessero seguire le norme privatistiche individuando direttamente su base fiduciaria il socio privato. Questa seconda ipotesi è, naturalmente, più consona alla tesi tutta privatistica che riconosce piena autonomia alle società in questione, mentre risulta più difficilmente conciliabile con l'impostazione pubblicistica secondo la quale queste società sarebbero, comunque, organismi di diritto pubblico posti sotto la direzione dell'ente locale di riferimento.

In proposito è sufficiente ricordare che, a partire già dalla fine degli anni novanta del secolo scorso, la giurisprudenza, sia ordinaria sia amministrativa, si è orientata in maniera pressoché uniforme nel senso della necessità della gara per la individuazione del socio privato.

In sintesi, nell'impianto originario dell'art. 113, qualora si decidesse di utilizzare una società per azioni per la gestione del servizio pubblico, non era necessaria una concessione né, quindi, una gara per l'individuazione del concessionario ma era, di contro, necessaria l'evidenza pubblica per la scelta del socio privato. Questa soluzione interpretativa lascia aperta la questione della compatibilità dell'affidamento diretto con il diritto comunitario, in particolare in assenza di limitazioni alla attività cosiddetta *extra moenia*.

7. Incompatibilità del modello italiano con il diritto eurounitario e riforma dell'art. 113 TUEL

L'impianto originario dell'art. 113 che, come ricordato, risultava essere sostanzialmente analogo a quello introdotto *ex novo* nell'ordinamento giuridico italiano dalla l. n. 142/1990, ha posto, dunque, problemi di compatibilità con il diritto eurounitario. In particolare, la Commissione europea contestava all'Italia la disciplina dell'art. 113 nella parte in cui consentiva un affidamento diretto senza gara, perché la riteneva incompatibile con i principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione delle imprese su base nazionale. L'incompatibilità della disciplina italiana con i principi generali del libero mercato europeo era, poi, aggravata dalla mancata previsione esplicita della necessità della evidenza pubblica per la scelta del socio privato della società di capitali affidataria della gestione del servizio.

Per evitare sanzioni in sede europea, il legislatore italiano è intervenuto dapprima con la l. n. 448/2001 e poi con il d.l. n. 269 del 2003, superando, come già ricordato, la nozione di rilevanza industriale dei servizi in favore della più generale rilevanza economica degli stessi e stabilendo che il servizio possa essere gestito, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, da società di capitali individuate con procedura a evidenza pubblica; da società a capitale misto, pubblico-privato, nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica; da società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente titolare del capitale sociale eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici che la controllano.

Se i primi due modelli gestionali rispondono direttamente ai rilievi mossi dalla Commissione europea, il terzo rappresenta un elemento di novità, ovvero introduce nell'ordinamento italiano quella modalità di gestione che nel diritto eurounitario assume il nome di *in house providing*.

8. *L'in house providing*

Questa figura trova origine, in sede europea, nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione affermava che appalti *in house* erano quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ovvero tra una amministrazione centrale e una locale o tra un'amministrazione e una società da essa interamente controllata. Questo principio, così inizialmente introdotto nell'ordinamento europeo, venne ripreso e sviluppato dalla sentenza *Teckal* del 1999 nella quale la Corte di giustizia affermò la legittimità dell'affidamento diretto della gestione di un servizio a un soggetto avente una personalità giuridica distinta da quella dell'ente affidante, ancorando la legittimità di questa modalità gestionale alla compresenza di due elementi: che l'ente affidante eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi; che l'affidatario svolga la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano.

Si tratta, dunque, per comprendere quando è possibile affidare la gestione di un servizio pubblico senza ricorrere all'evidenza pubblica, di definire con chiarezza cosa si intenda per controllo analogo.

Il controllo analogo va inteso in termini di controllo strutturale e non di controllo sull'attività, nel senso cioè che l'ente pubblico azionista deve esercitare veri e propri poteri direttivi e non soltanto un controllo *ex post*, per quanto stringente, sull'attività. Si deve, quindi, trattare di qualcosa in più di quella influenza dominante utile a classificare un ente come organismo di diritto pubblico.

L'astrattezza dei criteri definitivi utilizzati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Teckal* ha reso necessario un ulteriore intervento a distanza di circa cinque anni, finalizzato a definire più chiaramente i confini dell'affidamento *in house*.

Con la sentenza *Stadt Halle* del 2005 la Corte di giustizia è ritornata su questi temi chiarendo il concetto di controllo analogo, nel senso che esso è in-

compatibile con la presenza di capitale privato nell'azionariato della società. La presenza dei privati rende, infatti, precario il controllo dell'Amministrazione sull'azienda affidataria del servizio, giacché inevitabilmente la presenza dei privati nella compagine sociale porta con sé una logica imprenditoriale che ha finalità del tutto diverse da quelle, squisitamente pubblicistiche, dell'azione amministrativa.

Questa decisione assume grande rilievo poiché mette un punto definitivo sull'accesso delle società cosiddette miste al meccanismo dell'*in house providing*, ovvero esclude la possibilità dell'affidamento diretto alle società con capitale misto pubblico-privato.

Ulteriore specificazione si rinviene nella sentenza *Parking Brixen* del 2005. Con questa decisione la Corte di giustizia ha chiarito che il requisito del controllo analogo è da considerare incompatibile con una vocazione commerciale della società affidataria; vocazione commerciale resa palese dall'ampliamento dell'oggetto sociale a settori diversi da quello dell'affidamento, nonché dalla previsione statutaria dell'apertura del capitale sociale a terzi e dalla previsione della possibilità dello svolgimento di attività al di fuori dell'ambito territoriale di appartenenza dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero della possibilità di svolgere attività cosiddette *extra moenia*.

Questo orientamento restrittivo, inaugurato dalla Corte di giustizia con la sentenza *Parking Brixen*, è stato poi confermato e precisato dalle successive decisioni *Modling* del 2005 ed *Anav* del 2006. Si è notato²³ che l'intervento limitativo della Corte di giustizia si collega al fenomeno dell'elusione dei principi comunitari in tema di concorrenza, attraverso l'ingresso nell'azionariato della società affidataria del servizio pubblico di soci privati, in un tempo successivo a quello dell'affidamento e senza le garanzie dell'evidenza pubblica.

Va qui ricordato che il Consiglio di Stato ha dovuto recentemente chiarire, con la già citata sentenza n. 6213 del 2021, che l'ingresso di soci privati in

23 G. GUZZO, La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: tra ripensamenti legislativi e incertezze giurisprudenziali, in www.lexitalia.it.

una società pubblica non può mai avvenire, nemmeno all'esito di una complessa operazione straordinaria, se non con procedura concorrenziale a evidenza pubblica²⁴.

Per quanto riguarda l'attività svolta dal soggetto aggiudicatario in prevalenza con l'ente o gli enti pubblici che lo controllano, la circostanza può ricorrere o nel caso in cui la società *in house* eroghi direttamente servizi pubblici in sostituzione dell'amministrazione affidataria o nel caso in cui la stessa società operi come stazione appaltante in sostituzione dell'amministrazione, procurando così beni necessari all'attività istituzionale. Questo aspetto, come vedremo, ha creato significativi dubbi interpretativi, fino all'intervento del legislatore del 2006.

9. L'evoluzione della giurisprudenza eurolunitaria e le conseguenti modifiche legislative

L'evoluzione restrittiva della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di *in house providing*, tanto in termini di necessaria partecipazione totalitaria all'azionariato della società affidataria del servizio, quanto in ordine alle attività extraterritoriali delle società *in house*, ha comportato negli anni la necessità di successivi interventi legislativi, fino all'approvazione dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008.

L'art. 14 d.l. n. 269/2003 ha modificato l'art. 113 nel senso di richiedere, tanto alla lettera *a*) del comma 4 (gestione delle reti), quanto al comma 5 (erogazione del servizio), la partecipazione totalitaria di capitale pubblico per l'affidamento diretto senza procedure a evidenza pubblica.

Sul punto, come visto, è intervenuta anche la Corte di giustizia, escludendo la ricorrenza del requisito del controllo analogo nel caso in cui all'azionaria-

²⁴ Sul punto è stato condivisibilmente osservato che «attraverso l'apertura del capitale sociale a operatori economici privati si realizza anche il descritto fenomeno di "circolazione dell'affidamento", che viene realizzato "non attraverso un (nuovo) affidamento esterno integrale, bensì ricorrendo alla modifica del profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già attribuito". In ipotesi di tal fatta, la gara a doppio oggetto per la selezione del partner privato risulta dunque imposta dalla necessaria osservanza delle normative di derivazione eurolunitaria in tema di affidamento di concessioni e appalti, al fine di garantire una sostanziale equiparazione tra detta selezione e la gara per l'affidamento di tali contratti pubblici». Cfr. V. DONATIVI, *op. cit.*, 380.

to partecipassero soggetti privati. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 1/2008, ha chiarito, recependo gli orientamenti della giurisprudenza eurounitaria, che, ai fini dell'affidamento diretto della gestione del servizio pubblico, non è sufficiente la partecipazione pubblica totalitaria, ma è necessario che l'ente pubblico azionista disponga di strumenti di controllo, maggiori di quelli che il codice civile riconosce alla maggioranza degli azionisti. In particolare: lo statuto della società non deve consentire che quote del capitale sociale siano alienate a soggetti privati; al consiglio di amministrazione non devono essere affidati rilevanti poteri gestionali e contestualmente, come detto, l'ente pubblico controllante deve essere titolare di poteri più incisivi di quelli normalmente riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza degli azionisti; l'azienda, inoltre, non deve avere una vocazione commerciale, ovvero non deve ampliare l'oggetto sociale, non deve aprirsi ad altri capitali, né deve espandere la propria attività dal punto di vista territoriale a tutta l'Italia e all'estero; le decisioni più importanti devono essere preventivamente vagliate dall'ente affidante.

L'adunanza plenaria n. 1/2008 ha costituito, come si è notato²⁵, il più importante tentativo di organica razionalizzazione della materia dell'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali, tanto da rappresentare il punto di partenza della riforma legislativa di cui all'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008. L'orientamento è stato, peraltro, confermato anche dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 439 del 2008.

Inoltre, con la stessa decisione, l'adunanza plenaria ha anche chiarito, richiamando il parere della 2^a sezione del Consiglio di Stato n. 456 del 2007, che, qualora si scelga di utilizzare la forma della società mista per la gestione del servizio pubblico locale, non è sufficiente, perché sia legittimo l'affidamento diretto, che il socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica, essendo richiesto, nelle ipotesi in cui vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, che ricorrano due garanzie: sostanziale

25 G. GUZZO, La disciplina dei servizi pubblici locali, cit.

equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio e gara per la scelta del socio, tale per cui il socio si configuri come operativo, ovvero concorra materialmente allo svolgimento del servizio; che sia previsto un rinnovo della procedura di selezione del socio alla scadenza di un dato periodo di tempo, per evitare che il socio divenga un socio stabile.

Va, infine, segnalato, in ordine alla questione del controllo analogo, che la Corte di giustizia, con sentenza del 17 luglio 2008 in causa C-371/05, ha ritenuto che ricorresse un'ipotesi di controllo analogo, nonostante lo statuto dell'affidataria prevedesse la possibilità dell'ingresso di soci privati, poiché nella fattispecie quell'ingresso non era avvenuto. In proposito si è parlato²⁶ di *revirement* della Corte di Lussemburgo rispetto alla sentenza *Anav* del 2006, nella quale si era affermato che anche l'astratta previsione statutaria della apertura dell'azionariato ai privati, confermando una vocazione commerciale della società affidataria, escludeva il ricorrere del controllo analogo.

10. Segue: il d.l. n. 223/2006

L'evoluzione della giurisprudenza in tema di *in house providing* e tutela della concorrenza ha contribuito, come già accennato, a rendere necessari interventi legislativi di modifica della disciplina interna della materia.

Per quanto riguarda in particolare la questione della extraterritorialità, ovvero della legittimità di attività imprenditoriale svolta da società di enti locali, affidatarie dirette di servizi pubblici, al di fuori del territorio degli enti di appartenenza la giurisprudenza interna, seppur con diverse oscillazioni si era orientata nel senso che «le società miste comunali sono, in via di principio, legittimate a svolgere la propria attività anche al di fuori del territorio del comune dal quale sono state costituite, in quanto munite dal legislatore di capacità imprenditoriale, ma sono pur sempre tenute, per il vincolo genetico-funzionale che le lega

26 G. GUZZO, La disciplina dei servizi pubblici locali, cit.

all'ente di origine, a perseguire finalità di promozione dello sviluppo della comunità locale di emanazione»²⁷.

Il problema è stato affrontato in sede legislativa dapprima con l'art. 35 della legge n. 448 del 2000, riprodotto poi dall'art. 14 della legge n. 326 del 2003, prevedendo, nel regolare il regime transitorio, che, al termine di questo, le società affidatarie dei servizi pubblici non potessero più svolgere attività al di fuori del proprio territorio. Successivamente, la questione è stata affrontata, in via definitiva, dall'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006. Questa disposizione stabilisce, al fine di evitare alterazioni della concorrenza e del mercato, che le società a capitale interamente pubblico o miste, costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche regionali e locali, «devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale».

La disposizione in oggetto indica, dunque, una soluzione definitiva al problema dell'attività *extra moenia*, vietandola in termini assoluti per tutte le società partecipate dagli enti regionali e locali. Tuttavia, lo stesso art. 13 prevede, al comma 3, un termine (più volte prorogato negli anni successivi) entro il quale le società in parola debbano cessare le attività non consentite, così da non produrre eccessivi traumi nei mercati di riferimento di quelle stesse società.

11. *Segue*: il d.l. n. 112/2008 e il suo regolamento di attuazione

La materia è stata oggetto di un ulteriore intervento del legislatore nel 2008, che ha introdotto una nuova disciplina organica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. L'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 disponeva che le modalità di gestione dei servizi in oggetto fossero due; e precisamente, l'affidamento a imprenditori privati, mediante procedura a evidenza pubblica o l'affidamento a società mista, il cui socio privato venisse scelto mediante procedure a evidenza pubblica che avessero a oggetto tanto la qualifica di socio, quanto l'attribuzione

²⁷ Consiglio di Stato, sez. 5^a, 30 maggio 2005, n. 2756.

di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. La possibilità di ricorrere a società a capitale interamente pubblico rimaneva un'ipotesi derogatoria, ammessa solo in circostanze particolari e specificamente «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato».

Veniva, in sintesi, operata una scelta netta a favore del ricorso al mercato privato, lasciando alla gestione *in house* soltanto i servizi che, per ragioni contingenti, non potessero essere gestiti secondo le regole del libero mercato. Inoltre, il comma 8 regolava il regime transitorio degli affidamenti non conformi alle regole appena descritte, individuando termini di cessazione degli affidamenti *in house* diversificati a seconda della natura dell'affidatario.

Il successivo comma 9 disponeva che le società affidatarie dirette di pubblici servizi locali in virtù di tale affidamento non potessero acquisire la gestione di servizi ulteriori, né direttamente né all'esito di gara pubblica. Da questo divieto restavano escluse le società quotate in mercati regolamentati. Si tratta di una scelta molto chiara, che in qualche modo provava a chiudere la stagione dei servizi *in house*, scegliendo in modo netto il ricorso al mercato per la gestione dei servizi pubblici locali.

Con il d.P.R. n. 168 del 2010 è stato emanato il regolamento di delegificazione in materia di servizi pubblici locali, previsto dal comma 10 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, che ha disposto, per quanto più strettamente ci interessa, che (art. 3, comma 2) «le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all'articolo 23-*bis*, c. 2, lett. a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge».

In conclusione, la disciplina in materia di gestione dei servizi pubblici locali, vigente prima del *referendum* del giugno 2011, può essere così sintetizzata.

La gestione poteva essere conferita a imprenditori o società terze mediante procedura a evidenza pubblica, oppure a società miste nelle quali il pri-

vato avesse una quota non inferiore al 40% e fosse scelto mediante gara che avesse a oggetto anche i compiti operativi attribuiti al socio.

La possibilità della gestione *in house* rimaneva un'ipotesi derogatoria, giustificata da situazioni eccezionali dovute a «caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» (art. 23-*bis*, comma 2). Le società affidatarie dirette di contratti di gestione di servizi pubblici locali non potevano concorrere all'aggiudicazione di altri contratti a meno che non fossero quotate in mercati regolamentati.

Infine, il regolamento di attuazione dell'art. 23-*bis*, come detto, completava il quadro normativo in argomento. L'art. 2 disciplinava il procedimento di adozione della delibera con cui si decide di non liberalizzare un servizio pubblico locale. L'art. 3 dettava norme generali in tema di affidamento, disponendo che le società pubbliche potessero partecipare alle gare bandite per l'affidamento del servizio.

12. Il referendum del giugno 2011 e il suo seguito

La disciplina dei servizi pubblici locali sembrava dover trovare, dunque, un assetto finalmente stabile con l'entrata in vigore dell'art. 23 *bis* del d.l. 112/08.

Tuttavia, quella disposizione è stata oggetto di una richiesta referendaria, dichiarata ammissibile dalla Corte costituzionale²⁸ e votata in senso favorevole all'abrogazione dal corpo elettorale, nella consultazione del giugno 2011.

Il legislatore, con il dichiarato intento di adeguare l'ordinamento all'esito del *referendum* (così, infatti, recitava la rubrica della legge) ha approvato l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, con il quale ha sostanzialmente reintrodotta la disciplina dell'art. 23 *bis* abrogata col *referendum*, con la sola esenzione del servizio idrico. La campagna referendaria era stata condotta dai promotori in nome dell'acqua pubblica, ragione per cui il legislatore ha ritenuto di poter rispettare

²⁸ sentenza 26 gennaio 2011, n. 24.

la volontà del corpo elettorale reintroducendo la disciplina per tutti i servizi pubblici locali, esclusi quelli idrici.

Naturalmente, se è innegabile che sul piano politico, e dunque anche della percezione e della consapevolezza degli elettori, la consultazione referendaria era intesa come consultazione contro la cosiddetta privatizzazione dell'acqua, è altrettanto innegabile che, sul piano strettamente giuridico e, dunque, sul piano dell'effetto del *referendum* sull'ordinamento, oggetto della consultazione era l'intero testo dell'art. 23 *bis*.

Con un successivo intervento (art. 25, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1), la disciplina è stata corretta in senso ancor più liberista, prevedendo che il ricorso a procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali sarebbe stato considerato elemento di "virtuosità" degli enti territoriali. Inoltre, veniva abbassata la soglia massima degli affidamenti *in house* da 900.000 a 200.000 euro.

Avverso l'art. 4 d.l. 138/2011 hanno proposto ricorso alla Corte costituzionale diverse Regioni, censurando, tra gli altri vizi, la violazione dell'art. 75 della Costituzione, perché la sostanziale reintroduzione di una disciplina abrogata per via referendaria sarebbe in contrasto con la disciplina del *referendum*.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 199 del 17 luglio 2012, ha accolto il ricorso della Regione Puglia, ritenendo che la riapprovazione, a distanza di un solo mese e senza che vi siano stati mutamenti significativi del quadro politico, di una legge abrogata per via referendaria sia illegittima per contrasto con l'art. 75 della Costituzione. E, nello specifico dell'art. 4 del d.l. 138/11, non è sufficiente a farne salva la legittimità costituzionale neanche la circostanza che questo facesse salva la disciplina del servizio idrico.

Così, dunque, i servizi pubblici locali tornavano a essere disciplinati dall'art. 113 del d.lgs. 267/00, le cui disposizioni erano state, però, in larga parte abrogate dall'art. 12 d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168. In questo quadro la disciplina da seguire risultava essere in buona parte dettata dai principî eurounita-

ri, con una conseguente riespansione dei margini di autonomia degli enti locali²⁹.

Va, infine, segnalato che il regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* (d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168), non essendo stato oggetto del *referendum*, restava ancora vigente. Di quelle disposizioni bisogna, quindi, tener conto, provando ad armonizzarle con il quadro emerso dal *referendum* del 2011 e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012. Compito non facile per l'interprete se solo si pensa che l'art. 2 del d.P.R. 168/10, dettando "misure in tema di liberalizzazione", sembra poco conforme allo spirito del *referendum* che ha abrogato l'art. 23 *bis*.

13. Le riforme legislative del 2016: il Codice dei contratti pubblici e il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica

La ricostruzione della disciplina applicabile ai servizi pubblici locali risulta ancor più complessa alla luce delle riforme legislative del 2016.

In particolare, l'art. 28 del d.lgs. 19.8.2016, n. 175 dispone l'abrogazione dell'art. 14 del d.l. 30.9.2003, n. 269, che aveva a sua volta abrogato diverse disposizioni dell'art. 113 TUEL, sostituendole con altre. Si tratta di abrogazione di clausola abrogatrice espressa che potrebbe farsi rientrare nell'ipotesi, derogatoria rispetto alla regola generale, di reviviscenza di norme abrogate. Se, infatti, di norma l'abrogazione delle norme abrogatrici non comporta reviviscenza delle norme originarie, come la Corte ha avuto modo di ribadire anche di recente³⁰, si ritiene però che faccia eccezione il caso in cui l'abrogazione riguardi una clausola abrogatrice espressa. In queste circostanze, la *ratio legis* sarebbe proprio

29 A. SANDULLI, *Editoriale*, in *Munus*, 2/2012.

30 La Corte Costituzionale, con sentenza 1.6.2023, n. 108, ha ribadito «che si tratta di fenomeno circoscritto a casi tassativi, corrispondenti alle ipotesi di annullamento di norme meramente abrogatrici di altre disposizioni (ex plurimis, sentenze n. 220 del 2021, n. 10 del 2018 e n. 218 del 2015), di annullamento di una disposizione legislativa per vizio procedurale (sentenze n. 95 del 2020, n. 148 e n. 23 del 2016 e n. 32 del 2014; ordinanza n. 184 del 2017) e di declaratoria di illegittimità costituzionale di singole parole di una disposizione (sentenze n. 8 del 2022, n. 106 del 2018 e n. 58 del 2006)».

quella di far rivivere la disciplina previgente, ragion per cui andrebbe riconosciuta un'eccezione alla regola generale³¹.

Nel caso che ci occupa sembra delinearsi una situazione limite. L'abrogazione riguarda disposizioni non di mera abrogazione, ma sostitutive delle precedenti, il che potrebbe far ritenere che non vi sia reviviscenza, ma è anche vero che non si comprende quale possa essere la ratio dell'art. 28, comma 1, lett. b), d.lgs. 175/16 se non quella di ripristinare il testo dell'art. 113 del TUEL antecedente alla riforma del 2003.

Si tratta, naturalmente, di una questione di teoria generale molto complessa, che richiederebbe una riflessione più approfondita di quanto non sia possibile fare in questa sede. Tuttavia, se ne può forse prescindere, perché, se si allarga lo sguardo alla disciplina d'insieme dettata in materia di società di gestione di servizi pubblici dai decreti legislativi nn. 60 e 175 del 2016 ci si rende conto che le disposizioni dell'art. 113 risultano in buona parte abrogate tacitamente, perché superate dalle riforme successive che, pur se non organicamente, hanno ridisegnato in buona parte il regime di gestione dei servizi pubblici.

Tanto il Codice dei contratti pubblici, quanto il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, si occupano di gestione dei servizi pubblici, disciplinando diffusamente il regime degli affidamenti *in house* e le caratteristiche delle società affidatarie³².

Il quadro normativo che si delinea sembra reintrodurre elementi, quali ad esempio la possibilità dell'ingresso di soci privati nelle società *in house* o la legittimità di attività cd. *extra moenia* delle stesse società, che in passato avevano creato non pochi problemi interpretativi, sia sul piano della compatibilità con l'ordinamento europeo, sia sul piano della legittimità costituzionale di soluzioni già abrogate dal corpo elettorale per via referendaria. Era, dunque, prevedibile che vi sarebbero state ulteriori questioni in futuro e che la storia della disciplina

31 Per una ricostruzione dei termini teorici della questione, si veda A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, XVII, 1998, *ad vocem*.

32 Si vedano, in particolare, le seguenti disposizioni: artt. 5 e 192, d.lgs. 50/2016; linee guida ANAC n. 7, di attuazione dell'art. 192; artt. 2, 4, 5, 7 e 16, d.lgs. 175/2016.

dei servizi pubblici locali non finisse lì. D'altra parte, come notato in dottrina, sarebbe stato forse auspicabile che l'intera disciplina dell'*in house providing* fosse contenuta in un unico testo normativo, anziché essere separata in diversi commi di diversi articoli di due distinti decreti legislativi³³.

In quest'ottica, non è un caso che - sull'onere motivazionale gravante in capo alle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016 - siano state sollevate due distinte questioni dinanzi alla Corte di giustizia UE e dinanzi alla Corte costituzionale³⁴.

14. Le decisioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale del 2020

La suddetta questione dell'onere motivazionale relativo al mancato ricorso al mercato nella decisione di affidare *in house* un servizio è stata affrontata, nel 2020, con due decisioni della Corte di giustizia UE e della Corte costituzionale³⁵.

I giudici amministrativi si erano posti il problema se la direttiva 2014/24 dovesse essere interpretata nel senso di ostare a «una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche “contratto *in house*”, all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna».

La Corte di giustizia ricostruisce la propria giurisprudenza e, nel ricordare il principio di libera organizzazione sancito dalla direttiva, precisa che «la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può es-

33 C. VOLPE, P. PERISI, *Art. 5*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 57.

34 La questione alla Corte costituzionale è stata rimessa dal T.A.R. Liguria con ordinanza n. 886/2018. La questione alla CGUE è stata rimessa dal Consiglio di Stato con ordinanze n. 138, n. 293 e n. 296 del 2019.

35 Si fa riferimento alle decisioni della Corte di Giustizia 6 febbraio 2020 nelle cause C-89/19 e C-91/19 e della Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100.

sere illimitata», ma deve anzi essere orientata al rispetto delle regole fondamentali del TFUE e, in particolare, «della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza».

Fatta questa precisazione, la Corte di giustizia conclude nel senso di ritenere che l'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta «a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche “contratto *in house*”, all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna».

In sintesi, da punto di vista del diritto eurounitario, il principio di concorrenza non richiede che le ipotesi in cui si decida di derogarvi siano residuali e strettamente motivate, ma nemmeno esclude che i singoli Stati scelgano di tutelare maggiormente il ricorso al mercato rispetto ai vincoli posti dalla direttiva. Dunque, la scelta del legislatore italiano non è imposta da vincoli europei, ma è frutto di una scelta politica di maggior favore per il mercato.

Altra questione, sempre riferita alle norme del Codice dei contratti pubblici sugli affidamenti *in house*, era stata sollevata dal giudice amministrativo dinanzi alla Corte costituzionale.

In particolare, il dubbio riguardava l'eccesso di delega in cui sarebbe incorso il legislatore del Codice, violando il principio direttivo posto dalla legge di delega, secondo il quale è vietato introdurre o mantenere «livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (cosiddetto *gold plating*)». Se, come abbiamo visto chiarito dalla Corte di giustizia, non c'è un vincolo nel diritto eurounitario ad aggravare con un onere motivazionale particolare la scelta di non ricorrere al mercato per la gestione di un servizio, la scel-

ta del legislatore di introdurlo sarebbe un'ipotesi di *gold plating*, che la legge di delega aveva voluto espressamente escludere.

La Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione. Preliminarmente, il divieto di *gold plating* è un principio direttivo della delega, «ma non è un principio di diritto comunitario, il quale, come è noto, vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati». Il limite è, quindi, una scelta discrezionale del legislatore delegato che va interpretata, però, come divieto di impedire oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli minimi fissati dal diritto eurounitario, tali da ridurre la concorrenza tra imprese.

La finalità del divieto, e quindi il suo limite operativo, è quella di limitare gli oneri non necessari, ma non quella di impedire di far prevalere altri valori costituzionali rispetto alle esigenze di massima semplificazione, che vanno anzi ritenuti, dinanzi a questi, recessive.

Sarebbe anche la succitata decisione della Corte di giustizia a confortare questa interpretazione, avendo chiarito che il principio di libera autorganizzazione non impone di non poter rendere meno agevole per l'amministrazione la scelta di non ricorrere al mercato.

La sentenza della Corte desta qualche perplessità, perché la questione non è se il divieto di *gold plating* derivi o meno da un vincolo comunitario. L'ordinanza di rimessione non lamentava, infatti, la violazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione. La legge di delega ha limitato lo spazio di discrezionalità del legislatore delegato vietando il *gold plating* e la violazione dell'art. 76 appariva piuttosto chiara.

Al di là delle perplessità, però, resta il dato che tanto la giurisprudenza europea quanto quella costituzionale hanno riconosciuto la legittimità di una disciplina legislativa che limita il ricorso alla gestione diretta da parte dell'amministrazione scegliendo in modo chiaro il *favor* per il mercato che, viceversa, il corpo elettorale aveva bocciato. Naturalmente, è noto l'orientamento della Cor-

te, espresso proprio in riferimento a quel *referendum* del 2011, secondo il quale la scelta referendaria vincola il legislatore solo in un quadro politico immutato e va da sé che il quadro, in oltre dieci anni, sia profondamente mutato, ma non può tacersi che la scelta mercatista non convince alla luce di quell'espressione del corpo elettorale, soprattutto perché figlia di quell'equivoco iniziale sul rapporto tra servizi pubblici e concorrenza che ha segnato tutta la legislazione successiva al 1990.

Vuole dirsi, più chiaramente, che la degenerazione del fenomeno delle società *in house* ha fatto sì che il legislatore si affannasse in un tentativo di limitarne le dimensioni in un'ottica concorrenziale, confondendo il rispetto del principio di concorrenza, che vincola tutte le società operanti sul mercato, con la proprietà delle quote societarie.

La scelta di gestire *in house* non comporta, *ex se*, un *vulnus* alla concorrenza, a meno che quelle società pubbliche che assumono direttamente la gestione di un servizio non vadano poi a competere sul mercato con società private che non godono del medesimo beneficio.

A questa separazione netta si è arrivati tardi, ma ci si è arrivati. Senza, tuttavia, smettere di voler perimetrare la possibilità di ricorrere, da parte dell'amministrazione pubblica, al modello della società di capitali, vicenda rispetto alla quale tanto il diritto eurounitario quanto la Costituzione sono neutri, ammettendo che le società possano essere sia pubbliche sia private.

15. Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (23 dicembre 2022, n. 201) e il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)

La materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è stata oggetto, da ultimo, di un intervento legislativo organico entrato in vigore alla fine del 2022 quale *milestone* del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. In attuazione della delega di cui all'art. 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118, è stato emanato il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 recante il "*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*" che, pur rappresentando un tentativo, da salutare

con favore, di dettare finalmente una disciplina organica della materia, lascia irrisolti alcuni nodi problematici relativi al ricorso all'*in house providing*, soprattutto alla luce della sopracitata recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale.

Le forme di gestione del servizio pubblico locale sono, a norma dell'art. 14, (i) l'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, (ii) l'affidamento a società mista, (iii) l'affidamento a società *in house* «nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea» e, infine, (iv) limitatamente ai servizi non a rete, la gestione in economia o mediante aziende speciali.

L'affidamento a società *in house* è disciplinato dall'art. 17 che rinvia al TUSP e al Codice dei contratti pubblici, salvo prevedere, al comma 2, che, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, la decisione di affidare direttamente il servizio a società *in house* necessita di una motivazione che dia conto espressamente delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei «benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*».

Emerge piuttosto chiaramente la diffidenza del legislatore delegato nei riguardi della gestione diretta in forme privatistiche. Probabilmente si tratta di una diffidenza derivante da dati statistici che restituiscono il senso di un'esperienza non sempre felice se non, in certi casi, addirittura dannosa. Sotto questo aspetto non si può biasimare l'indirizzo scelto dalla legge di limitare il ricorso a questa forma di gestione. Tuttavia, sul piano più strettamente giuridico, la soluzione non convince del tutto.

In primo luogo, sembra esservi una contraddizione interna al d.lgs. 201/2022 che consente il ricorso all'*in house* «nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea» (art. 14, comma 1, lett. c), ma poi ne limita il ricorso chie-

dendo una chiara motivazione della scelta di non ricorrere al mercato. Si tratta di un'opzione legittima ma non imposta dal diritto eurounitario. Non è, cioè, un limite fissato dal diritto dell'Unione, ma una scelta discrezionale del legislatore nazionale che ha optato per un chiaro *favor* del ricorso al mercato in luogo della gestione diretta a mezzo di società di capitali. Sotto questo aspetto la contraddittorietà appare piuttosto chiara, se solo si fa riferimento alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia che ha chiarito la indifferenza della scelta di non ricorrere al mercato dal punto di vista del diritto dell'Unione.

A ciò si aggiunge la considerazione, alla quale si è già accennato, che la scelta di limitare il ricorso all'*in house providing* si pone in contrasto con il risultato del *referendum* del 2011. Ciò, se è senz'altro costituzionalmente legittimo, pone tuttavia qualche dubbio sul piano dell'opportunità politica, a maggior ragione a valle di orientamenti giurisprudenziali che hanno inequivocabilmente chiarito che il *favor* mercatista in tema di servizi pubblici locali non “ce lo chiede l'Europa”, ma è rimesso alla discrezionalità politica del legislatore.

In questo quadro, sarebbe stata forse una soluzione più equilibrata quella di mantenere una neutralità tra le diverse opzioni di gestione, salva naturalmente la necessità di meccanismi di controllo e intervento in relazione a distorsioni nell'utilizzo delle società degli enti locali.

La scelta, peraltro, risulta contraddittoria anche in relazione al ruolo che la disciplina dettata per l'attuazione del PNRR sembra riconoscere alle società pubbliche quale elemento di accelerazione degli investimenti, rappresentando, sotto questo aspetto, una evidente rottura con la normativa vigente, contenuta in diversi testi legislativi e sempre nel senso di ritenere l'*in house* un'ipotesi residuale rispetto al ricorso a procedure di affidamento del servizio a evidenza pubblica. Da questo punto di vista, sembra che la disciplina del PNRR e quella di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali non si parlino, quasi come

se la seconda si fosse limitata a ribadire le scelte del passato senza una riflessione che tenesse conto di tutti gli elementi di novità³⁶.

Di segno parzialmente diverso e più aderente alla disciplina di attuazione del PNRR sembrano le disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici.

In particolare, l'art. 7 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 detta un principio di auto-organizzazione amministrativa, in ragione del quale «Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea». Sembrerebbe una piccola rivoluzione della disciplina delle società pubbliche, per la prima volta da molto tempo qui costruita in aderenza al quadro dei principi costituzionali ed eurounitari, neutri rispetto alla proprietà delle società, fatto salvo il rispetto del principio di libera concorrenza.

Tuttavia, la stessa disposizione prevede anche, per i servizi pubblici locali d'interesse economico generale, un rinvio al d.lgs. 201/2022 che, di fatto, ridimensiona molto la portata innovativa della succitata disposizione generale di cui al comma 1 dell'art. 7. Buona parte degli affidamenti diretti riguardano servizi pubblici locali, ragion per cui il cambio di paradigma, pur apprezzabile, rischia di restare un po' sulla carta³⁷.

Emerge, in conclusione, un disegno normativo stratificato nel tempo, che sembra, nonostante i recenti interventi, peccare di organicità, essendo facilmente visibile il difetto di coordinamento tra discipline dettate più dall'esigenza di correggere errori che non da un disegno di regolamentazione del settore

³⁶ In tema di rapporto tra *in house* e PNRR si veda A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 298 ss. secondo cui «la scelta del legislatore di puntare sulla capacità dell'amministrazione di gestire autonomamente le attività di supporto tecnico-operativo ai soggetti che progettano e attuano il Piano parrebbe segnare un potenziale punto di rottura rispetto alle tendenze consolidate nel passato recente. Nulla, infatti, anche a seguito delle pronunce della Corte costituzionale e della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2020, lasciava presagire una qualche discontinuità rispetto al consolidarsi della tendenza, già cristallizzata nella disposizione dell'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016 (Codice degli appalti), a ritenere l'*in house* providing un'opzione meramente residuale rispetto all'evidenza pubblica».

³⁷ A tal proposito, R. CARANTA, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giur. it.*, 2023, 1950 ss. parla espressamente di «schizofrenia del legislatore».

chiaro e univoco. Da ciò si ricava la sensazione, per certi versi paradossale, che una disciplina normativa elaborata per aprire un mercato alla libera concorrenza si sia trasformata in un elemento di turbativa della concorrenza all'interno di quello stesso mercato, là dove ha favorito lo sviluppo di società pubbliche che, forti di importanti contratti affidati direttamente, si sono affacciate sul mercato in concorrenza con le altre. E anche la disciplina organica da ultimo adottata, e qui brevemente riassunta, non sembra aver sciolto tutti i nodi che una storia trentennale ha creato.

16. Considerazioni conclusive: il comune non è un imprenditore, ma Lo Stato può (e in certi casi deve) esserlo

La figura della società mista, nelle diverse forme che ha assunto nel tempo, ha avuto un rilievo notevole negli ultimi venti – venticinque anni, al punto che dall'evoluzione di questa modalità di gestione dei servizi pubblici locali, e in particolare dall'intreccio tra *in house providing* e presenza sul mercato, si sono sviluppate realtà industriali di primo piano. E questa è probabilmente la ragione per la quale il legislatore aveva ritenuto di escludere dal divieto di cui al comma 9 dell'art. 23-*bis* le società quotate.

Se, infatti, il fenomeno è andato probabilmente oltre le intenzioni stesse del legislatore che aveva originariamente pensato quel modello e, comunque, ha raggiunto dimensioni, quantitative e qualitative, tali da divenire incompatibile con i principi eurounitari, le conseguenze non possono ricadere sui risparmiatori che in quelle imprese hanno creduto e investito. Fatta salva, però, la tutela del risparmio e probabilmente anche dei livelli occupazionali nei territori di riferimento delle aziende pubbliche di maggior importanza, il modello è stato sostanzialmente abbandonato dall'ordinamento.

Le vicende legislative e giurisprudenziali dell'ultimo decennio, dal *referendum* del 2011 fino al d.lgs. 201/2022, restituiscono un quadro nel quale alcuni nodi problematici sono sciolti, ma, per certi versi, al prezzo di una equivoca let-

tura della storia e del regime giuridico delle società pubbliche e di queste nell'ambito del disegno economico della Costituzione.

Il tema del rapporto tra affidamenti diretti ed extraterritorialità dell'attività svolta dalle società degli enti locali è stato risolto nel senso indicato dalle istituzioni europee, che hanno a più riprese segnalato un *vulnus* al principio di libera concorrenza, che era piuttosto evidente.

Tuttavia, ciò è avvenuto con interventi stratificati che peccano di organicità e non risolvono in modo del tutto convincente le molte questioni teoriche che toccano. In particolare, si è deciso di limitare non solo la proprietà di quote sociali da parte degli enti locali, bensì di tutte le amministrazioni pubbliche, dimenticando che, sul piano del disegno economico della Costituzione, Stato ed enti territoriali non sono assimilabili.

L'articolo 41 della Costituzione, nel quadro complessivo del disegno costituzionale, costruisce un sistema economico misto nel quale convivono la libertà d'iniziativa economica privata e quella pubblica. Vi è la scelta per l'affievolimento della libertà d'iniziativa economica privata in favore di un governo politico dello sviluppo economico, fondato sulla equiparazione dell'economia privata e di quella pubblica e il limite al governo politico dell'economia è rappresentato dall'affermazione dell'economia di mercato e, dunque, della libera concorrenza alle cui regole è sottoposta anche l'attività economica pubblica³⁸.

L'intervento pubblico nell'economia risulta, quindi, giustificato dalla volontà del Costituente di non lasciare il mercato del tutto libero di individuare i

³⁸ F. GALGANO, Art. 41, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982. Oggi, peraltro, le affermazioni sull'affievolimento della libertà di iniziativa economica privata sono da rapportare al rafforzamento dell'ordinamento comunitario, prevalente come è noto, anche sulle disposizioni costituzionali. Si è parlato in proposito di emancipazione dallo schema dirigitico definito in Costituzione, R. NANIA, Libertà economiche e libertà d'impresa, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. NANIA E P. RIDOLA, Torino, 2001, 78. Oggi, a seguito della modifica del Titolo V della Parte II della Costituzione, tali affermazioni appaiono ancor più vere. Si è notato, infatti, che «si sono fortemente ridimensionate quelle indicazioni di cui al 2° e 3° comma (fino al punto di indurre a ritenere le medesime previsioni quiescenti al pari di quelle di cui all'art. 43) volte a legittimare gli interventi pubblici nell'economia». Cfr. R. NIRO, Art. 41, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO E M. OLIVETTI, Torino, 2006.

propri equilibri, ma di guidarne lo sviluppo attraverso un sistema economico misto. Ciò spiega la proprietà pubblica, che peraltro si va tendenzialmente riducendo, di aziende strategiche per il sistema economico nazionale. Ma le stesse considerazioni non possono valere per le società degli enti locali, che non hanno tra le proprie finalità istituzionali quella di guidare lo sviluppo economico, ovvero hanno un ruolo nel sistema che non sembra ne possa giustificare l'intervento diretto nell'economia.

Il rapporto tra l'articolo 41 della Costituzione e la tendenza evolutiva della normativa in tema di gestione dei servizi pubblici locali suggerisce, quindi, una considerazione conclusiva.

Le disposizioni vigenti in tema di società pubbliche denotano il disfavore nei confronti di queste da parte del legislatore. Si tratta di un atteggiamento che va oltre quanto richiesto dal diritto eurounitario, per il quale è indifferente che la proprietà sia pubblica o privata, purché l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati, tali da distorcere la concorrenza. Ma la tendenza legislativa restrittiva nei confronti dell'intervento pubblico nell'economia, al di là delle considerazioni svolte in precedenza sulle società partecipate dagli enti locali, è compatibile con l'art. 41 della Costituzione?

Nei suoi contenuti programmatici quella disposizione costituzionale delinea, come detto, un sistema di economia mista, nel quale l'intervento pubblico non soltanto è ammesso, ma è richiesto al fine di indirizzare l'iniziativa economica all'utilità generale. Il processo di integrazione europea, che ha introdotto nell'ordinamento principi di concorrenza e libero mercato più ampi e rigidi di quelli conosciuti dal nostro diritto interno, nel dispiegare i suoi effetti sulla disciplina dei servizi pubblici locali sembra aver prodotto un effetto paradossale. L'apertura del mercato dei servizi pubblici locali ha inaugurato una stagione di proliferazione incontrollata di società pubbliche o semi-pubbliche finalizzate alla gestione. Ma proprio la crescita rapida e molto vasta del fenomeno ha comportato incongruenze con il diritto eurounitario, tali da innescare una tendenza

legislativa di riduzione dell'ambito di operatività di quelle società, al fine di garantire l'equilibrio del mercato. E il legislatore, in una sorta di “eccesso di legittima difesa”, ha probabilmente inciso anche sul regime generale delle società pubbliche, costituzionalmente e comunitariamente ammissibili e necessarie³⁹.

³⁹ In questo senso M. CLARICH, Società di mercato e quasi-amministrazioni, cit.