

LUCA R. PERFETTI

*SULL'ATTIVITÀ EXTRATERRITORIALE DELLE AZIENDE
SPECIALI DEGLI ENTI LOCALI
IN MARGINE AD UNA RECENTE SENTENZA DEL TAR LOMBARDIA*

1. Pubblico e privato nei servizi pubblici

L'attività svolta dalle aziende speciali degli enti locali, spesso, si pone al centro del difficile equilibrio tra mercato e gestione diretta dell'amministrazione nel settore dei servizi pubblici, tema da sempre oggetto di un vasto dibattito giuridico e non; si tratta di una questione che si pone all'intersezione tra scelte politiche, teoria economica, dottrina dello Stato e tecnica normativa, sicché l'osservatorio del giurista non può costringersi, sul tema, al solo dato normativo¹.

Tuttavia, nonostante non si possa ignorare la questione accennata, in questa sede ci si limiterà ad esaminarla dal punto di vista della recente decisione del TAR Lombardia sez. III, 18.4.97, n. 493.

La decisione in parola é stata assunta a conclusione di un articolato contenzioso che ha visto la concessionaria del servizio di distribuzione del gas metano di un Comune lombardo, impugnare prima l'intesa stipulata tra il Comune di Paullo e quello capoluogo, "per l'estensione di territorio di Paullo del servizio distribuzione gas metano svolto dall'A.E.M. di Milano", affidandosi a questa la concessione del servizio, poi la successiva modifica di dette intese ed in seguito, il regolamento dell'azienda, quindi il riscatto degli impianti, successivamente, l'immissione nel possesso ed, in-

¹ Sulle questioni complessivamente connesse, per tutti, G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in Onore di V. Ottaviano*, II, Milano 1993, p. 1081 e ss.

fine, l'affidamento all'azienda del servizio².

2. Deroga alla regola del mercato nel caso di affidamento diretto ad un'azienda speciale o Società a capitale misto.

2.1. La soluzione proposta dalla sentenza T.A.R. Lombardia 493/97

La sentenza in esame affronta la questione *ex professo*.

² Cfr. TAR Lombardia, sez. II, 18.4.97, n. 493, Pres. Mariuzzo, Est. Rosati, Sigad S.r.l. (avv. Tanzarella) vs. Comune di Paullo (avv. Mariotti), Aem (avv. Pericu, Buccella), Comune di Milano (Avv. Surano, Ammendola, Moramarco).

Il TAR, in particolare, entrando nel merito di quello che assume essere, *“il punto nodale della controversia”*, consiste nello stabilire se gli accordi intervenuti consentissero *“l'affidamento diretto del servizio di cui è causa ovvero se il Comune di Paullo fosse tenuto ad indire la gara”*. La giurisprudenza di primo grado l'aveva esclusa, argomentando che il servizio *de quo* sarebbe *“fuori mercato”*, in quanto affidato ad azienda municipalizzata secondo modulo normativo [quello dell'art.24 l. 142/90] che appositamente prevede l'assunzione, da parte di tali organismi, di servizi fuori del territorio del comune che li ha istituiti. Il TAR si richiama all'art.5 d.p.r.902/86 che stabilisce che il Comune può deliberare l'estensione dell'attività della propria azienda di servizi al territorio di altri enti locali, previa intesa con i medesimi sulla base di preventivi di impianto e d'esercizio formulati dall'ente strumentale stesso. Quest'ultima norma, però, *“deve ritenersi però superata dall'entrata in vigore della l. 142/90”*, che all'art.22, 3° comma, stabilisce che *“le forme di gestione dei servizi pubblici locali da parte degli enti interessati sono individuate in quelle in economia, in concessione a terzi, per mezzo di azienda speciale istituzione o società per azioni a prevalente capitale pubblico, per cui la suddetta previsione regolarmente, contenuta nell'art.5 del dpr.902/86, deve ritenersi implicitamente abrogata ex art. 64, Il comma, l. 142/90, in quanto, in contrasto con il citato art. 22, prevede una modalità di gestione del servizio pubblico che non rientra tra quelle tassativamente elencate in detto articolo”*. Esclusa dal TAR *“la possibilità di una convenzione concernente l'estensione dell'attività di un'azienda speciale al territorio di ente locale differente da quello che l'ha istituita, la disposizione può trovare applicazione solo nell'ipotesi di cui all'art.25 l. 142/90”*. L'utilizzo di azienda istituita da altro ente, infatti, *“non è infatti riconducibile alla previsione dell'art.22, lett. C) l. 142/90, che concerne chiaramente la gestione di servizi da parte dei comuni mediante propria azienda speciale, bensì a quella della “concessione a terzi” di cui alla precedente lett. C), il cui rilascio è subordinato all'esperienza di apposita gara pubblica.”*

La difesa dell'azienda speciale del Comune di Milano, infatti, aveva assunto che il servizio doveva esser collocato fuori mercato in quanto affidato secondo il modulo normativo dell'art.24 della l.142/90³; in particolare detta previsione stabilisce che al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati i Comuni possano stipulare tra loro convenzioni⁴.

Poiché la controinteressata è ente strumentale del Comune di Milano, la tesi della difesa, inizialmente condivisa dal Tribunale, era che la stessa andasse assimilata ad una "amministrazione aggiudicatrice". La questione è rilevante a partire dal disposto normativo di cui all'art.11 della direttiva 93/38/CEE⁵, che esclude dall'operatività della disciplina dettata dal legislatore comunitario, appunto negli enti che siano essi stessi amministrazioni aggiudicatrici sulla base di un diritto esclusivo di cui beneficia in forza di previsioni di rango primario o secondario che abbiano efficacia nel Paese membro.

La natura d'amministrazione aggiudicatrice, l'operatività della già citata norma di cui all'art.24 della l.142/90, nonché di quella di cui all'art.5 del d.P.R.902/86 (che consente ai comuni di estendere i servizi dell'azienda

³) Sul tema specifico si veda G.CAIA, *Legislazione sui servizi pubblici, attività energetiche e ordinamento delle autonomie locali*, in *Rassegna giuridica ell'energia elettrica*, 1991, p.324 e ss. e, dello stesso autore, *Organizzazione dei servizi pubblici locali: figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amministrativo*, 1991, p.3168 e ss.

⁴ In tema, sia consentito, per brevità, rinviare al mio *Le convenzioni*, in A.MATTIONI (ed), *Le leggi della solidarietà*, Milano, 1994 ed alla dottrina ivi citata.

⁵ Sull'influenza della disciplina comunitaria si rinvia a M.RAMAJOLI, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 1993, p.563, G.RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, ivi, 1994, p.201 e ss. e M. OTTANI, *Gli appalti pubblici*, in A.MASSERA (ed), *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Bologna, 1994, p.375 e ss.

⁶ Di recente si veda, in tal senso, TAR Lombardia, Bs, 24.12.96, n.1422. In precedenza lo stesso Tribunale aveva espresso l'avviso contrario con la decisione T.A.R. Lombardia, Bs, 14.3.96, n.282.

In precedenza, in senso differente, TAR Lombardia, I, 9.1.94, n.88, annotata da S.GOTTI, *Riflessioni in tema di attività extraterritoriali delle aziende municipalizzate*, in *Il diritto della Regione*, 1994, p.338. Fondamentale, invece, per l'orientamento del divieto di attività extraterritoriale delle aziende, TAR Lombardia, Bs, 28.12.95, n.1396.

speciale al territorio d'altri enti locali)⁶, avrebbero giustificato un'esclusione dell'operatività della regola del mercato nell'individuazione del concessionario del servizio.

Il Tribunale, con la sentenza in questione, ha invece smentito quest'impostazione, per un verso ritenendo implicitamente abrogata dalla l.142/90 la disposizione di cui all'art.5, per altro, riaffermando il ruolo del principio di legalità in tema di organizzazione amministrativa⁷, ha escluso che l'art.24, l.142/90, possa configurarsi come norma che precostituisce "un meccanismo *extra ordinem*, tal da consentire cioè a Comuni e Province di provvedere alla gestione dei servizi e funzioni in assoluta libertà", violando l'elencazione, tipica, delle forme di gestione dettata dall'art.22 della medesima legge. La sentenza, quindi, limita l'applicazione dell'art.24 all'istituzione dei consorzi di cui all'art.25 della l.142/90. La regola del mercato avrebbe potuto, quindi, essere disapplicata solo in caso di gestione diretta, di concessione a terzi, ovvero, ove si fosse inteso dar luogo alla gestione per mezzo di un'azienda speciale, attraverso la costituzione di un'azienda propria o di un consorzio ex art.25 l.142/90.

Anche la deroga a mente dell'art.11 della direttiva 93/38/CEE (peraltro ormai recepita con il d.lgs.158/95, che prevede, all'art.2, che la nozione di soggetto aggiudicatore vada estesa ai soggetti privati che per l'esercizio delle attività si avvalgono di diritti speciali o esclusivi, che, dalla stessa disposizione, vengono individuati in quei "diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare" al beneficiario l'esercizio dell'attività in questione), non troverebbe applicazione in ragione del fatto che l'azienda speciale controinteressata gode di un diritto esclusivo concesso con atto amministrativo solo nel perimetro del Comune concedente.

⁷ Sulla tassatività dell'elencazione di cui all'art.24 l.142/90, applicazione del principio di legalità in tema di organizzazione dei servizi pubblici, si veda, di recente, in giurisprudenza, Consiglio di Stato, sez. V, 14.11.96, 1374

La sentenza, affronta, quindi, una serie di questioni che mette conto di esaminare in questa sede, sia pure nei limiti resi evidenti dalla natura del presente contributo.

2.2 Questioni di politica del diritto

Innanzitutto, si pone la questione della deroga dalla regola del mercato a vantaggio degli enti strumentali dettata dalla disciplina comunitaria in termini di politica del diritto.

La questione è delicata perché l'amministrazione fornisce servizi che debbono seguire la formula organizzativa dell'azienda o dell'impresa⁸ in considerazione della loro natura, giacché si tratta di erogare prestazioni e non di adottare atti amministrativi, compito che può esser svolto solo nelle forme organizzative dell'impresa e, ad un tempo, le modalità di erogazione del servizio, la politica tariffaria, gli scopi da perseguire sono profondamente influenzati dall'interesse pubblico ed in particolare dalle scelte politiche dell'amministrazione.

In altri termini, mentre l'unica formula organizzativa in grado di assicurare l'economicità ed efficacia dell'azione dell'ente nell'erogazione dei servizi è data dall'assunzione della modalità operativa dell'impresa (essendo la struttura burocratica improntata all'assunzione di atti e non all'erogazione di beni o servizi), lo scopo di quest'azione non è il fine di lucro, tipico dell'impresa, ma quelli che l'amministrazione determinerà in base ai programmi politico-amministrativi del Comune, sicché, ad esempio, le estensioni di rete o la politica tariffaria non potranno esser rilasciati

⁸ La miglior dottrina ha chiarito come il modello burocratico sia adatto alla produzione di atti, mentre, per quel che concerne l'erogazione di beni e servizi sia l'azienda il modulo organizzativo che occorre porre in essere; sul punto, per tutti, G.PASTORI, *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in *Quaderni regionali*, 1991, p.941 e ss. ed in V.CERULLI IRELLI, G.MORBIDELLI (ed), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994.

a semplici valutazioni d'impresa.

Nello stesso tempo, compenetrata con questa prima tensione tra principi contrapposti, si deve rilevare l'altro potenziale conflitto tra la libertà d'impresa e la garanzia del mercato, da un lato, ed i vantaggi di cui godono gli enti strumentali dei Comuni, dall'altro.⁹ Un'assoluta affermazione della libertà d'impresa e del mercato, infatti, toglierebbe all'amministrazione la disponibilità di strumenti di gestione diretta (e per certi versi anche di efficace regolazione - stanti le note difficoltà al controllo e regolazione dell'attività dei privati che erogano servizi pubblici o di pubblico interesse in assenza di *ad hoc administration* dotate di sufficienti strumenti di ispezione e competenze tecniche delle quali i Comuni sono evidentemente sforniti) in un'area di grande rilievo quale quella dei servizi pubblici. Nel contempo l'ipertrofia degli strumenti di gestione pubblica dei servizi e dell'area a questi normativamente riservata porterebbe alla sottrazione alla libertà d'impresa di un intero settore. Il conflitto potenziale tra principi costituzionali è evidente ed altrettanto chiara è la rilevanza della questione in relazione all'influenza che esercita sulla disciplina comunitaria.

Sul punto la sentenza pare condivisibile. La conclusione della parabola argomentativa del Tar lombardo, infatti, è nel senso che l'amministrazione possa concedere diritti esclusivi solo nell'ambito della sua titolarità e, cioè, all'interno del perimetro del Comune; spetta all'amministrazione l'erogazione dei servizi, che non è, quindi, libera nel mercato. L'amministrazione può, quindi, utilizzare enti strumentali (consorzi, aziende, S.p.A. a capitale misto) in modo efficace ai quali assegnare direttamente il servizio; in questi casi l'amministrazione intende mantenere la gestione del servizio, ma, correttamente, si avvale di modalità operative che rispondono allo scopo che ci si prefigge, perseguibile solo ove l'attività sia svolta in forma d'impresa, la forma tipica della produzione di beni e servizi, qual è la fornitura di gas per uso domestico o industriale.

⁹ Sulla questione, per un inquadramento generale, sia consentito rinviare per brevità al mio, *Libertà economiche e loro funzione sociale nel disegno della carta costituzionale*, in *Iustitia.*, 1989, p. 170 e ss.e dottrina ivi citata.

In questi casi l'amministrazione, per raggiungere gli scopi che intende raggiungere, può non solo derogare alla regola del mercato ma anche ad alcuni fondamentali principi dell'attività d'impresa; infatti, non pare affatto inspiegabile la regola del ripiano di bilancio, perché correttamente, pur nel rispetto del principio di economicità della gestione, l'amministrazione potrà decidere di investire risorse in tal direzione allo scopo di poter poi imporre all'azienda o al consorzio di erogare i servizi con modalità non completamente remunerative allo scopo di ottenere alcuni obiettivi sociali che l'amministrazione si prefigge. Oppure, non diversamente, potrà decidere di ottenere il massimo di utilità economica possibile per poter disporre di risorse da investire direttamente in altre attività. All'interno di un'azienda speciale multiservizi, ad esempio, potrà decidere una politica tariffaria molto competitiva allo scopo di attrarre attività produttive da altri comuni (invitati a collocarsi nel Comune dalla disponibilità di aree e da politiche tariffarie che rendono i servizi molto poco costosi); al contrario potrebbe decidere una politica tariffaria molto severa nella somministrazione di beni (come il gas metano) interessanti le imprese, in modo da poter disporre di risorse finanziarie da spendere poi nel settore dei servizi sociali (assistenza agli anziani, asili nido, ecc.) dove deciderà di applicare tariffe inferiori ai costi di gestione. Si tratta di scelte che riferiscono direttamente all'interesse pubblico ed alla sua individuazione in sede politico-amministrativa¹⁰

Ove, invece, l'amministrazione decida di rilasciare al mercato il servizio lo dovrà fare convintamente, senza deroghe alla regola della *par conditio* tra i concorrenti.

E', infatti, evidente che se l'azienda speciale di un Comune ambisse a gestire i servizi di un altro (confinante o meno che sia) non soltanto si comporta come un soggetto terzo, privo della natura di persona giuridica che gode di diritti esclusivi o speciali in quel Comune (come argomenta il TAR), ma, ancor più, verrebbe a perturbare la regola del mercato.

¹⁰ Sulla questione del rapporto tra Comune ed ente strumentale si veda M. CAMMELLI, *Rapporti tra l'ente locale e azienda speciale nella legge di riforma delle autonomie locali*, in *Regione e governo locale*, 1990, p.775

In detti casi, infatti, si escluderebbe la regola della concorsualità a beneficio di un soggetto che non è ente strumentale del Comune che intende erogare il servizio. Per altro non pare meno rilevante la considerazione che mentre un Comune potrebbe concedere particolari benefici all'azienda speciale che ha costituito in relazione al perseguimento del pubblico interesse, ciò non potrebbe fare per modificare l'equilibrio concorrenziale in Comuni diversi. E' certo, infatti, che ove l'azienda speciale fosse posta in concorrenza con imprese private, il Comune che l'ha costituita potrebbe mettere a disposizione di questa risorse che la renderebbero assai più competitiva dei privati nella dinamica concorrenziale (ad esempio ripianando le perdite conseguenti ad un offerta assai considerevole quanto al canone concessorio).

E' del tutto corretto che il Comune (o i Comuni consorziati) escludano la regola del mercato nel caso in cui erogino con enti strumentali servizi ai propri cittadini in considerazione del perseguimento dell'interesse pubblico; ciò, però, non può essere nel caso di concessione a terzi, che deve essere sempre assistita dal concorso delle regole del mercato.

Poiché s'è sostenuta la necessità della competizione di mercato assicurata dalla concorsualità quando l'amministrazione concede il diritto a terzi (sicché si nega ogni validità all'opinione, pur autorevolmente sostenuta in dottrina e diffusa in giurisprudenza, che la concessione si attribuisce *intuitu personae*, talché si potrebbe escludere la necessità della gara per individuare il concessionario), ciò non potrà escludersi quando il terzo sia un ente strumentale di un'altra amministrazione.

La regola corretta in termini di politica del diritto, in altri termini, pare essere nel senso che, ove l'amministrazione decida di gestire da sé un pubblico servizio ciò dovrà correttamente fare nelle forme organizzative dell'impresa (azienda o s.p.a. che sia); ove invece intenda avvalersi di soggetti terzi, come tale, come un terzo, dovrà considerare anche l'azienda speciale di un altro Comune ed applicare, comunque, la regola della competizione di mercato.¹¹

¹¹ Quanto alla distribuzione tra gestione diretta ed assegnazione alle imprese nella gestione dei servizi pubblici locali si richiamano i dati forniti da M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI (ed.), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, p. 323-4.

Anzi, semmai, in questo caso, non solo si imporrà la necessità della gara, ma occorrerà evitare che l'equilibrio concorrenziale non sia perturbato da particolari condizioni di vantaggio delle quali beneficia il concorrente pubblico o a partecipazione pubblica.

Una simile impostazione, peraltro, pare coerente con le regole costituzionali e comunitarie che presidiano il settore.¹² In particolare rilievo, infatti, in questa sede, vengono non solo gli artt. 41 e 43 Cost., ma anche le norme di cui agli artt. 222 e 90 del Trattato dell'Unione Europea; quest'ultima norma, in particolare, vieta misure contrarie al Trattato con speciale riguardo alle norme sulla concorrenza a vantaggio delle imprese pubbliche o a quelle alle quali le amministrazioni riconoscano diritti speciali o esclusivi. In tal senso, quindi, pare di doversi condividere l'opinione di chi ha autorevolmente ritenuto che non possano desumersi limitazioni d'alcun tipo all'intervento pubblico "e, quindi, in generale all'esistenza di imprese pubbliche, sempre però che queste agiscano alla pari con le imprese private".¹³ In altri termini, e dal nostro punto di vista, nessun limite si pone alla creazione di soggetti pubblici di gestione (aziende o s.p.a.); fuori dell'ambito di competenza del comune che le istituisce, però, queste si comportano, in aderenza alla regola della libertà d'impresa e di concorrenza, come una normale impresa ed operano, quindi, secondo le regole del mercato.

Ulteriore conferma viene dall'art.90 del Trattato dell'Unione Europea, che consente all'impresa pubblica di derogare alle regole di mercato laddove queste le impedirebbero di adempiere alla propria missione, il che è perfettamente spiegabile quanto all'attività di questa all'interno del territorio comunale, nel quale beneficia di diritti speciali o esclusivi proprio perché questo vantaggio è direttamente collegato al perseguimento degli

¹² Sulla questione, per tutti, si rinvia a D. SORACE e C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Diritto amministrativo*, 1996, p. 615 e ss.

¹³ Cfr. D. SORACE e C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p. 622. Negli stessi termini cfr. D. Sorace, *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa economica e non dei privati*, in *Studi in onore di Ottaviano*, Milano, 1993, p.1143 e ss.

obiettivi di interesse pubblico che le sono affidati dal Comune che ne dispone e l'ha istituita; non si spiegherebbe, invece, in relazione al perseguimento della sua missione, l'estensione delle deroghe alla competizione di mercato fuori da questi limiti. E, per contro, la deroga alle regole di mercato all'interno del territorio comunale con l'assegnazione diretta all'azienda costituita dall'ente pubblico, costituisce una limitazione alla libertà d'impresa perfettamente legittima, poiché solo la rimozione delle rigidità derivanti dalla competizione tra imprese e dalla finalità (il lucro) da queste perseguite consente il perseguimento di obiettivi che l'amministrazione locale si sia eventualmente data.¹⁴

3.3. L'azienda speciale

3.3.1. Profili di disciplina

Una conferma di quest'impostazione viene dall'indagine circa la disciplina e la natura dell'azienda speciale.¹⁵

Stante il veloce susseguirsi della disciplina in materia occorre ricostruire il quadro normativo, al fine di valutare il concreto contenuto decisionario della sentenza in questione.

Come noto l'azienda speciale trova la sua disciplina nella l.142/90¹⁶, ormai integrata da successivi provvedimenti legislativi¹⁷. L'adozione della legge di riforma delle autonomie locali ha portato con sé immediatamente il problema della vigenza del r.d.2578/25¹⁸ e del d.P.R. 902/86.

¹⁴ A. BARDUSCO, *L'assunzione dei servizi pubblici e la scelta tra le forme di gestione in I servizi pubblici locali*, Rimini, 1995.

¹⁵ G.CARPANI, *Le aziende degli enti locali*, Milano, 1992

¹⁶ In tema R.CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993

¹⁷ Quali, ad esempio, la l.95/95

¹⁸ Per un confronto tra il disegno del profilo dell'azienda nel r.d. 2578/25 e nella l.142/90 si veda A. BARDUSCO, *Servizi locali e libertà di mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p.23 e ss.

Il problema, peraltro, deve ripartirsi diversamente in relazione alle due diverse fonti normative.

Quanto al d.P.R. 902/86 si deve segnalare un contrasto di giurisprudenza, giacchè si sono registrate decisioni che, considerando vigente la normativa appena citata, ammetteva il concorso delle sue disposizioni con quelle dell'art.24 della l.142/90¹⁹; in tal caso non solo si escludeva la vigenza della regola della concorrenza di mercato per l'individuazione del concessionario ma, ancor più, riaffermava la vigenza del d.P.R. 902/86.

Sul punto la sentenza in questione modifica il precedente orientamento, ritenendo abrogato implicitamente dalla l.142/90 la disciplina in parola, con il ch  confermando i pi  recenti orientamenti giurisprudenziali²⁰.

Sul punto, peraltro, la migliore dottrina²¹, risolvendo i dubbi precedentemente avanzati²², aveva gi  notato come, rinviando l'art.23 l.142/90²³ alla legge, si dovesse ritenere esclusa la vigenza del d.P.R. 902/86, avendo questo natura regolamentare. La giurisprudenza, anche con la sentenza in rassegna, pare essersi assestata sulla pi  sbrigativa argomentazione dell'incompatibilit  della disciplina e della vastit  della riforma, anzich  porsi il problema specifico del rango delle disposizioni contenute nel d.P.R. 902/86.

Peraltro pare che si debba giungere ad analoghe conclusioni anche quanto al r.d.2578/25, in considerazione della disciplina radicalmente nuova dettata dalla l.142/90; neppure potr  ritenersi che, anche a prescindere

¹⁹ In tal senso si rinvia a Consiglio di Stato, sez.V, 3.8.95, n. 1159, Tar Lombardia, Bs, 14.3.986, n. 282 e Tar Lombardia, Bs, 28.12.95, n.1396

²⁰ Si veda Tar Lombardia, Bs, 24.12.96, 1422, sulla quale si veda *F.Todarello, Abrogazione dell'articolo 5 DPR 902/86 e riflessi sistematici in tema di gestione dei servizi pubblici*, in corso di pubblicazione su *Rivista amministrativa della Regione Lombardia*.

²¹ D.SORACE e C.MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p.636

²² Sul punto si veda M.BASSANI, *Sub art.23*, in V.ITALIA e M.BASSANI, *Le autonomie locali*, Milano, 1990, p.362, che espressamente nota come l'entit  del'innovazione normativa "debba far dubitare della sopravvivenza anche delle sole norme compatibili delle precedenti disposizioni".

²³ Sul punto G.MARCHIAN , *L'azienda speciale: prime osservazioni sull'art.23 della l.142/90*, in *Diritto dell'economia*, 1991, p.674

dall'entrata in vigore della l.95/95, mancando una normativa di rango primario, si dovesse ricercare nel testo recato dal r.d. 2578/25 la disciplina delle aziende speciali in attesa di una completa revisione legislativa²⁴. La completa riscrittura del quadro normativo di riferimento operata dal legislatore con la l.142/90, consente di affermare, senza titubanze eccessive, l'intervenuta tacita abrogazione del r.d. 2578/25, peraltro con il conforto della giurisprudenza²⁵. L'approvazione della l. 95/95, dal canto suo, consente di proporre un ulteriore (decisivo) argomento nel senso prospettato in questa sede. La conclusione raggiunta consente di condividere pienamente l'insegnamento giurisprudenziale in esame, che giunge alle medesime conclusioni per diversa via quanto al d.P.R. 902/86; sia pure nel silenzio del giudice amministrativo in relazione al r.d. 2578/25, ci pare che difficilmente, una volta affermato il valore innovativo della disciplina dettata dal legislatore del 1990 ed adeguatamente rammentata la questione della diversa natura delle norme quanto alla loro efficacia formale, si possa giungere a conclusioni differenti.

La questione, naturalmente, si mostra rilevante perché è proprio la disciplina di cui al d.P.R. 902/86 a prevedere la possibilità di estendere i servizi dell'azienda speciale ai comuni che stipulino la convenzione prevista nell'art.5 del decreto in parola. E', quindi, evidente che l'abrogazione della disciplina che prevede la possibilità in parola porta a mettere nel nulla l'eventualità dell'estensione convenzionale dei servizi posti in essere dall'azienda municipalizzata di un comune diverso da quello che usufruisce del servizio.

La conclusione raggiunta, peraltro, è coerente con le conclusioni tratte dall'indagine costituzionalistica e di politica del diritto che s'è troppo succintamente svolta.

Ad una simile conclusione, tuttavia, non si può conclusivamente giungere senza accennare ai profili di innovazione portati dalla l.142/90, anche

²⁴ In senso contrario M. BASSANI, *op.ult.cit.*, e C. TESSAROLO, *Le aziende speciali*, in *Regione e governo locale*, 1992.

²⁵ Si veda Tar Lazio, sez. II, 3.7.92, n. 1566

in considerazione delle valutazioni che si sono premesse in termini di politica del diritto.

3.3.2. Soggettività e responsabilità

L'affermazione della natura innovativa della disciplina in questione, infatti, sol che non si intenda seguire fino in fondo la linea della teoria delle norme e della loro gerarchia, in relazione al richiamo alla legge operato all'art.23 c.5, richiede di essere, sia pure sommariamente, motivata.

Per altro verso alcune delle osservazioni che si sono proposte sul fronte dell'equilibrio tra iniziativa pubblica e libertà d'impresa richiedono d'esser verificate alla luce della disciplina positiva.

La questione è tutt'altro che irrilevante, in ragione del fatto che profili d'indubbio rilievo sull'argomentazione svolta (quale quello dell'autonomia patrimoniale) possono essere compiutamente valutati solo alla luce della ricognizione del dato positivo²⁶; per altro verso il livello di autonomia degli enti strumentali in questione è rilevante allo scopo di valutare eventuali profili, quale quello delle eventuali differenze di trattamento giuridico rispetto alle S.p.A. a capitale misto.

Su questo fronte ha un rilievo evidente quello della personalità giuridica dell'azienda speciale. La l.142/90²⁷ espressamente dispone che le azien-

²⁶ V. PARISIO, *La gestione dei servizi pubblici locali: tradizione e innovazione nel quadro della collaborazione pubblico privato*, in *Giustizia civile*, 1993, II, p.941

²⁷ Come a tutti noto la questione della personalità giuridica delle aziende è stata lungo controversa. La dottrina prevalente era nel senso della mancanza di autonoma personalità giuridica in capo all'azienda (in tal senso M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione, con particolare riferimento alle aziende in Rivista Amministrativa*, 1953, p. 623 e ss., M. CARABBA, *L'intervento degli enti locali nell'economia*, Milano, 1966). L'intervento della l.142/90 ha posto fine alla discussione per via dell'espressa posizione del legislatore; tuttavia, giacché il profilo dell'autonomia confligge potenzialmente con quello della strumentalità, è dato di rilevare accenti diversi, più sensibili al primo profilo (cfr D. SORACE e C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit.) ovvero al secondo (cfr V. ANGIOLINI, *Organizzazione locale per servizi*, in G. BERTI (ed), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, 1993, p.53 e ss).

de speciali abbiano personalità giuridica che si acquista, a mente della l.95/95, con l'iscrizione al registro delle imprese.

Nonostante il dato normativo sia la dottrina che la giurisprudenza non sembrano aver raggiunto conclusioni pacifiche circa l'effettivo grado d'autonomia quale centro di imputazione di situazioni giuridiche, oscillando tra la riproposizione dell'idea dell'azienda quale organo del Comune e la sottolineatura dell'autonomia dell'ente strumentale. E' appunto il profilo della strumentalità che, al di là della giusta sottolineatura dei profili innovativi, merita d'esser attentamente guardato. Strumentalità ed autonomia, infatti, nella tradizione del nostro diritto pubblico, sono sempre stati utilizzati in senso contrapposto e pongono in rilievo una tensione potenziale tale da vanificare l'una delle due locuzioni sol che si focalizzi l'attenzione sull'altra. Peraltro, ad infittire il novero delle incertezze, v'è da notare come la funzionalizzazione dell'attività²⁸ o la strumentalità dell'ente²⁹ sono nozioni tutt'altro che pacifiche nel nostro ordinamento ed, in particolare, nonostante la previsione di cui al comma 6 dell'art.23 della l.142/90 (che assegna al Comune l'onere di conferire il capitale di dotazione, attribuendogli il potere di determinare finalità ed indirizzi, di approvare gli atti fondamentali, esercitare la vigilanza, verificare i risultati della gestione e coprire i costi sociali della gestione), niente affatto pacifica è la valutazione circa la cogenza o meno degli atti di indirizzo alle imprese pubbliche.³⁰ E' ovvio che in que-

²⁸ Sulla questione della funzionalizzazione dell'attività privatistica dell'amministrazione il fondamentale contributo di C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, e, con diversità d'accenti, più recentemente M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996.

²⁹ Cfr. V. OTTAVIANO, *Ente pubblico economico in Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, Torino, 1991

³⁰ Sugli atti di indirizzo, oltre ai fondamentali, M. NIGRO, *Studio sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, S. D'ALBERGO, *Sistema positivo degli enti pubblici nell'ordinamento italiano*, Milano, 1969, e *Direttiva*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, p. 603, V. BACHELET, *L'attività di coordinamento della pubblica amministrazione*, Milano, 1957, di recente, G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1993

sta sede non si potrà neppure accennare partitamente alle questioni accennate; tuttavia v'è quanto basta per cogliere le incertezze della dottrina e le oscillazioni della giurisprudenza; ve n'è d'abbondanza per comprendere come su alcuni profili non si possa certo giungere a conclusioni univoche.

Del resto, anche sul fronte dei profili di politica del diritto non è facile trovare indicazioni univoche. E' certo che l'accentuazione della natura solo formale della rivendicazione della personalità giuridica dell'azienda, quale semplice luogo d'imputazione di effetti giuridici, rischia di determinare l'occultamento "dei processi decisionali e dei livelli di responsabilità, con la conseguenza ultima di vanificare le possibilità di critica dell'opinione pubblica"³¹; per altro verso, se solo si pone mente al fatto che la gestione dei servizi in economia è categoria residuale, riservata alle attività di modeste dimensioni ovvero a quelle che abbiano caratteristiche tali da sconsigliare la costituzione di un'azienda o di un'istituzione, è evidente che la modalità ordinaria di gestione dei servizi dovrebbe essere, appunto, quella dell'azienda o istituzione; ne consegue che, trattandosi di servizi pubblici, non è lecito sottovalutare la necessità di una loro compiuta funzionalizzazione all'interesse pubblico ed in particolare a quelle valutazioni di carattere politico amministrativo che, riservate al consiglio comunale (art.32, l.142/90, "gli indirizzi alle aziende pubbliche"), dovrebbero individuare la missione dell'ente e le modalità del suo raggiungimento.

Posti così i termini della questione non ci pare contraddittoria una lettura non eccessivamente strabica delle norme, o se si vuole, parzialmente conservativa (che non punti, in altri termini ad "accentuare il profilo dell'autonoma identità dell'azienda"³²).

Ne consegue, quindi, che la struttura imprenditoriale dell'azienda e l'oggettiva necessità di non alterare le regole di azione imprenditoriale costituiscono l'elemento organizzativo di autonomia; l'azienda deve essere gestita in termini manageriali e ciò, oggettivamente, la rende adatta per il perseguimento di certi fini e non altri e, per converso, richiede un dato

³¹ D.Sorace e C.Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p.641

³² D.Sorace e C.Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p.641

livello di autonomia.

Per altro verso, però, l'azienda, differenziandosi dalla S.p.A., non necessariamente persegue il fine di lucro ed, anzi, è funzionalizzata al perseguimento degli indirizzi operativi assegnatigli dal Consiglio comunale.

Una simile impostazione non è irrilevante sotto il profilo dell'autonomia imprenditoriale (giacché l'azienda, come l'istituzione, informa l'attività a criteri di "efficacia, efficienza ed economicità" ed ha "l'obbligo del pareggio dei costi e ricavi, compresi i trasferimenti" art. 23, comma 3).

Lo stesso art. 23, infatti, stabilisce che l'ente locale fornisca il capitale di dotazione e ripiani i costi sociali, alternando, così, lo schema imprenditoriale proprio. E' evidente, in altri termini, che poiché l'azienda si deve organizzare secondo il più rigoroso degli schemi imprenditoriali, ove nelle scelte d'impresa decida di perseguire fini sociali ciò determinerebbe costi aggiuntivi o mancati ricavi che spetterebbero all'ente istituzionale pareggiare. Il Comune si vale dell'oggettiva maggiore efficienza del modulo imprenditoriale ma persegue, in tal caso, fini che hanno natura sociale, pareggiando i costi di gestione. E' evidente che questo schema si regge nell'ipotesi in cui l'azienda (o il consorzio) siano lo strumento operativo dell'ente locale e non già assumano anche i servizi di un altro Comune. In detta ultima ipotesi, infatti, l'azienda si troverebbe o dover sostenere i costi sociali di un altro Comune ovvero a finanziare quelli del Comune gestore con gli utili della gestione del servizio in un altro.

Ciò è confermato anche sotto il profilo della responsabilità patrimoniale. Infatti, la non economicità dell'attività complessivamente da svolgere non impedisce che possa avere la distinzione delle poste imputabili alla gestione sociale da quelle derivanti dall'attività imprenditoriale³³.

³³ Sulla tendenza della legislazione ad addossare all'ente locale i costi sociali si veda A. ROMANO, *Profili della Concessione di servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 1994, p. 477. In tal senso anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale, sulla quale si veda, C. BIGNAMI, *Gestione di pubblico servizio in forma di impresa e responsabilità del dipendente, la Corte Costituzionale ci ripensa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 3141 e, complessivamente, F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità del gestore dei servizi pubblici nella prospettiva delle privatizzazioni* in *Diritto Amministrativo*, 1995, p. 143 e ss.

Dalle norme sulla responsabilità patrimoniale si ottiene una doppia conferma; in primo luogo il sistema disegnato dall'art. 23 della l. 142/90 importa una profonda innovazione rispetto a quanto stabilito dal r.d. 2578/25, giacché la previsione relativa ai costi sociali non è traducibile *sic et simpliciter* ad un ripiano delle perdite, possibile, invece, pervenire ad una distinzione tra costi sociali aggiuntivi ed attività d'impresa in sé³⁴; per altro verso se ne ha una conferma del fatto che il ripiano delle perdite, però, rende l'azienda una forma imprenditoriale spuria, impresa quanto alle modalità operative ma non quanto alla fissazione degli obiettivi e degli indirizzi che la governano. Ulteriore conferma di quest'equilibrio viene dal d.lgs. 77/95, che stabilisce la legittimità dei debiti fuori bilancio derivante dalla copertura dei disavanzi delle aziende speciali, ma ciò nei limiti degli obblighi derivanti dallo statuto, convenzione o atto costitutivo e nel rispetto dell'obbligo del pareggio di bilancio ed il disavanzo derivi da fatti di gestione. Il ripiano viene considerato, infatti, un'eventualità, non è automatico: deriva, attraverso gli strumenti normativi citati, dai costi sociali che, espressamente, vengono fatti gravare sull'azienda ("derivati da fatti di gestione").

Il dato della esclusiva responsabilità patrimoniale dell'azienda viene a comprovare le limitazioni all'attività extraterritoriale.

3.3.3. Conclusioni sull'attività extraterritoriale

Dal quadro succintamente tracciato si ha conferma del fatto che la norma di cui all'art. 5 del DPR 902/86 deve intendersi implicitamente abrogata, in forza della profonda innovazione normativa; non di meno la norma

³⁴ Sui tratti originali dell'azienda, in questo senso, M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione, con particolare riferimento alle aziende* in *Rivista Amministrativa*, 1953, p. 623 e ss. e F. BASSI, *Natura giuridica dell'azienda municipalizzata*, Milano, 1957, A. BARDUSCO, *Azienda municipalizzata*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV, Torino, 1987, p. 137 e ss., e G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XX, Roma. Sull'implicita abrogazione del r.d. 2578/25, C. TESSAROLO, *Le aziende speciali*, in *Regione e Governo locale*, 1992, p. 103.

predetta doveva intendersi comunque abrogata in considerazione del suo rango secondario.

La giurisprudenza, dal canto suo, aveva già dettato limiti all'attività extraterritoriale delle aziende speciali in forza della sottolineatura della loro strumentalità.

La natura strumentale dell'azienda è stata considerata limite all'attività extraterritoriale di questa³⁵ dalla giurisprudenza, in forza del collegamento con l'ente di riferimento. La giurisprudenza, ove ha più ampiamente argomentato quest'orientamento³⁶, ha radicato quest'impostazione nell'equilibrio tra strumentalità ed autonomia della personalità giuridica; l'azienda, infatti, ancorché persona giuridica autonoma, non ha visto il venir meno, quanto al Comune, "del vincolo di strumentalità - e dipendenza rispetto al medesimo" e questo "sussiste così visibilmente che non si può certo dire che, allo stato, questa sorta di emancipazione si sia del tutto avverata"³⁷. Del resto una totale autonomia dell'azienda non si spiegherebbe affatto per l'evidente ragione che l'azienda è una delle forme di gestione diretta dei servizi da parte dell'ente locale, che non rilascia il servizio al mercato ma che lo eroga secondo modalità organizzative d'impresa poiché questa è la modalità più adeguata alla produzione di beni e servizi³⁸. La stessa giurisprudenza appena citata ha trovato conferma in questo suo argomentare dalla mancata conversione dei decreti che prevedono l'attività extraterritoriale delle aziende³⁹, ovvero dalla modificazione delle disposizioni in tema di attività extraterritoriale.

La ragione più profonda, però, si ricollega alla questione dell'autonomia patrimoniale: secondo questa giurisprudenza, infatti, la ragione per

³⁵ Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 1995, n. 1159

³⁶ Cfr. TAR Lombardia, Brescia, 1995, n. 1396

³⁷ Cfr. sentenza ult. cit.

³⁸ Sul punto, per tutti, G. PASTORI, *Pubblica Amministrazione e impresa nei servizi pubblici*, in *Scritti per Mario, Nigro*, II, Milano, 1991, p. 345

³⁹ Per queste considerazioni, D. SORACE e C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit., p.652-3

la quale si dovrebbe inibire l'attività extraterritoriale dalle aziende sarebbe il possibile profilo di incostituzionalità derivante dall'eliminazione della regola del mercato a vantaggio di un soggetto terzo che si vale di vantaggi estranei alla struttura imprenditoriale quale il ripiano del bilancio e di altri di tipo fiscale.

Ne deriverebbero profili distorsivi della concorrenza, che deve essere assicurata tra soggetti terzi rispetto all'amministrazione.

Questo spiegherebbe le ragioni del superamento di questo limite nel caso dell'azienda consortile⁴⁰, giacché, in questo caso l'azienda non sarebbe un soggetto terzo.

Più debole, invece, la considerazione circa la necessità che "l'ente locale assuma soltanto servizi pubblici idonei a soddisfare bisogni della popolazione vivente nel territorio che costituisce *ambito territoriale di competenza* dell'ente".⁴¹ La questione non pare affatto posta nei suoi esatti termini.

E' infatti vero che l'assunzione del servizio in un altro comune potrebbe risolversi (ed anzi spesso ha proprio questo scopo) in un'economia di scala e, quindi, in un profitto, sicché in nulla si porrebbe il problema della giustificazione delle spese.

Invero il problema è un altro: una volta condiviso l'orientamento d'autorevole dottrina⁴², secondo cui è possibile distinguere tra costi sociali aggiuntivi e bilancio d'impresa in senso oggettivo, delle due l'una: o l'azienda speciale di un Comune interviene in un altro sopportando costi sociali che non sono propri dell'ente di riferimento, ovvero si esercita attività d'im-

⁴⁰ Sulla quale, prima della l. 142/90, si veda F. BASSI, *Profili giuridici dell'azienda consorziale di pubblici servizi*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1972, p. 176 e ss. e, successivamente, V. BALDINI, *I consorzi tra enti locali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, in M. CAMMELLI (ed.), *Le forme associative tra enti locali*, Milano, 1992, p. 268 e ss.

⁴¹ cfr. T.A.R. Lombardia, Bs, 16.6.95, n.652

⁴² cfr. D. SORACE e C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, cit, p.644-6 e dottrina ivi citata

presa, eliminando così la concorrenza senza alcun giustificato motivo: nella prima ipotesi si potrà ammettere un simile sperare solo con l'azienda consortile, sicché i costi sociali vengano imputati al Comune cui si riferiscono; nella seconda l'azienda entra in concorrenza con altre imprese, comportandosi come queste e, quindi, occorrerà l'esperimento di una gara. Tralasciando, per un istante, la questione relativa al fatto che l'azienda possa o no concorrere con altri in una gara per l'affidamento del servizio, resta il fatto che ove questa si carichi di costi sociali di enti diversi da quello cui è strumentale ciò non potrà darsi proprio per il vincolo di strumentalità e per la competenza al riparo dei costi sociali ed ove assuma il servizio per mere ragioni speculative, comportandosi come un qualsiasi privato con questi andrà messa in concorrenza.

Non deve essere trascurato il diverso orientamento giurisprudenziale⁴³, secondo il quale l'unico limite all'attività extraterritoriale deriverebbe dal perseguimento degli interessi della collettività di riferimento⁴⁴ talché la natura regolamentare del DPR 902/86 non ostacolerebbe un'interpretazione che lo adatti alle novità di legge intervenute, né lo stesso dovrebbe essere considerato implicitamente abrogato; il territorio come limite fisico, quindi, si trasformerebbe nel "vincolo degli interessi da soddisfare"⁴⁵, sicché nessun limite si darebbe all'estensione dell'attività, purché sia nell'interesse dei cittadini. S'è detto delle ragioni che, in termini di teoria delle fonti non fanno propendere per una simile impostazione; tuttavia anche il criterio dell'interesse pare inadeguato: ove si assuma un corretto equilibrio tra autonomia e strumentalità, non si potrà poi non riconoscere che l'azienda o è strumento per il perseguimento, secondo modalità operative imprenditoriali, di fini pubblici o sociali, ed allora la strumentalità è evidente e si deve riferire ad uno o più Comuni a seconda che sia o meno consorziata, oppure si comporta come un soggetto d'impresa privato ed allora dovrà agire in

⁴³ In tal senso, di recente, TAR Piemonte, II, 29.6.95, n. 373, TAR Lazio, II, 21.2.92, n. 442.

⁴⁴ Si veda TAR Lombardia, I, 29.1.1994, n. 88 e TAR Lazio, I, 27.12.93, n. 1818.

⁴⁵ TAR Piemonte, II, 1995, 29.6.95, n. 373

condizioni di mercato e concorrere con altre in una gara.

Ed in questo caso lo strumento previsto dall'ordinamento non è l'azienda ma la società per azioni.

Del resto si è ben consapevoli che vi sono servizi di rete per i quali manca l'economicità della questione ovvero vi sono vincoli strutturali che invitano o per certi versi impongono una gestione sovracomunale: in tal caso, però, si potrà non solo dar vita ad un'azienda consortile ma, più ancora, ad una S.p.a. a capitale misto⁴⁶.

Un'implicita conferma di quanto fin qui sostenuto viene anche dalla l.127/97, laddove, all'art.17, prevede espressamente la possibilità di dar luogo ad una scissione tra l'azienda ed un suo ramo, che può venire costituito autonomamente in S.p.A. con prevalente capitale pubblico o partecipata dal soggetto titolare del servizio, laddove questo sia richiesto dalla natura del servizio ovvero dall'ambito territoriale in cui questo è chiamato a svilupparsi.

Ne deriva un'ulteriore conferma dell'impostazione fin qui seguita: ove l'amministrazione intenda svolgere il servizio attribuendolo a terzi dovrà applicare le regole della concorrenza, che sono derogate nel caso in cui il Comune (o più Comuni associati) costituisca un'azienda (o un consorzio); non così nel caso di attività extraterritoriale delle società dipendenti dall'ente locale, che dovranno esser considerati terzi rispetto al titolare del servizio, sicché dovrà essere posto in competizione con gli altri operatori nel mercato.

⁴⁶ Non dimenticando, poi, che per certi servizi, singole fasi o processi produttivi possono essere appaltati dall'azienda (o dalle aziende, ove si tratti di più comuni) ad S.p.a. alle quali le prime partecipano sul punto cfr. G. CAIA, *Le aziende speciali: carattere imprenditoriale e novità legislative*, in *I servizi pubblici locali*, Rimini, 1995.