

Convegno ODC 2016
L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano:
valori, principi, interessi

Diritto dell'impresa e della concorrenza
Le imprese pubbliche

SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING VS CONCORRENZA
DI FRANCESCA VESSIA

SOMMARIO: 1. Il difficile bilanciamento tra libertà di concorrenza e libertà di monopolio nelle fonti interne e comunitarie. – 2. Le novità in tema di affidamenti diretti: i principi di delega per il recepimento delle direttive appalti, concessioni e settori speciali (Dir. 2014/23-24-25/UE). – 3. I principi di riforma delle società partecipate contenuti nella L. n. 124/2015, c.d. legge Madia. – 4. Le ricadute del principio di sussidiarietà orizzontale sulle problematiche delle società *in house providing* e i principali contenuti della bozza di testo unico sulle società partecipate.

1. *Il difficile bilanciamento tra libertà di concorrenza e libertà di monopolio nelle fonti interne e comunitarie.* – Accostarsi in questo momento allo studio delle società pubbliche, e delle società *in house providing* in particolare, è quanto mai difficile poiché, alle ragioni d'instabilità del settore a tutti ben note (normative alluvionali, scoordinate e provvisorie, scontri giurisdizionali tra le diverse magistrature competenti -civile, amministrativa e contabile-, sovrapposizione tra interventi europei -normativi e giurisprudenziali, non sempre coerenti- e ambiziosi progetti nazionali di razionalizzazione), si sono aggiunte le due riforme in corso di attuazione in questi giorni: 1) quella della pubblica amministrazione, che dopo il primo *step* della Legge delega del 7 agosto 2015, n. 124, entrata in vigore il 28 agosto 2015 (meglio nota come legge Madia) è ormai giunta al varo del testo unico delle società a partecipazione pubblica (approvato in versione provvisoria dal Consiglio dei Ministri il 20 gennaio 2016)¹; 2) la riforma del codice degli appalti, in attuazione delle Direttive 2014 (Dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici generali, Dir. 2014/25/UE sugli appalti nei settori speciali e Dir. 2014/23/UE sui contratti di concessione), di cui è stata approvata la Legge delega, 28 gennaio 2016, n. 11 (pubblicata nella G.U. n. 23 del 29.01.2016, che entrerà in vigore il 13

¹La citata bozza di testo unico delle società partecipate è stata da me consultata per gentile concessione del Prof. Ugo Patroni Griffi.

febbraio 2016).

In questo contesto, com'è evidente, vi sono ancora più dubbi che certezze, ma è comunque già possibile tratteggiare un primo bozzetto dei problemi in campo, su cui occorrerà concentrare l'attenzione nei prossimi mesi, prescegliendo (tra molte) una sola chiave di lettura del fenomeno delle società *in house providing*, da cui ritengo possano derivare conseguenze essenziali per tutte le questioni esegetiche ancora aperte: la relazione con il principio concorrenziale.

Occorre partire ricordando (a me per prima) un dato ormai acquisito, ossia che il nostro Paese ha conosciuto il principio della libertà di concorrenza solo con la firma del Trattato di Roma istitutivo della Comunità Economica Europea nel 1957², venendo da una solida cultura mercantile e dirigistica, e da una lunga storia di interventismo pubblico, nazionalizzazioni e monopoli di Stato³, percepiti come “strumenti di realizzazione privilegiata di sviluppo e di innovazione”⁴. Tutt'ora la nostra carta costituzionale enuncia i valori della concorrenza (artt. 117 e 41 Cost. considerato radice *ante litteram* della libertà di concorrenza)⁵ e del monopolio (art. 43 Cost.), senza stabilirne la reciproca relazione e rimettendo agli interpreti e al legislatore ordinario (nell'evoluzione storica ed assiologica che le leggi, e l'esegesi delle stesse, costantemente assolvono) il compito del loro bilanciamento.

² Art. 3 lett. f) del Trattato di Roma (nella sua versione originaria del 1957) prevedeva che: “L'azione della Comunità importa (...) *la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune*”. Successivamente il principio di concorrenza è stato ribadito anche nel testo del Trattato di Maastricht sull'Unione Europea del 1992, sempre nell'art. 3, riproposto in maniera quasi identica: “Ai fini enunciati all'art. 2, l'azione della comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato: (...) g) un regime inteso a *garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*”; e poi ribadito nell'art. 102 A: “Gli Stati membri e la Comunità agiscono nel rispetto dei *principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza* (...)”.

Attualmente il Trattato sull'Unione Europea (TUE) ripropone il medesimo principio nell'art. 3, comma 3 (“L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, *un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale (...)”) oltre che nell'intero Titolo VII-Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni, Capo 1-Regole di concorrenza, artt. 101-109, Trattato FUE.

Cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza*, (voce) *Enc. dir., Annali*, Milano, 2010, p. 191 ss.; ID., *A “highly competitive social market economy” as a founding element of the European economic constitution*, in *Conc. merc.*, 2011, p. 491.

³ Tra i molti studi sulle società pubbliche e partecipate, dilagate negli anni '50-'70, tutte compiacenti dell'interventismo pubblico in funzione di sostegno e stabilizzazione dell'economia, mi piace ricordare il contributo (sempre attualissimo e in controtendenza) di T. ASCARELLI, *Gli strumenti di direzione economica dello Stato in funzione antimonopolistica*, in PICCARDI-ASCARELLI-LA MALFA-ROSSI, *La lotta contro i monopoli*, Bari, 1955, p. 60, il quale metteva in guardia dai pericoli dei monopoli pubblici e delle politiche di statalizzazione all'ora in atto, preconizzando le distorsioni concorrenziali che a lungo termine avrebbero potuto produrre.

⁴ M. LIBERTINI, *Concorrenza*, (voce), cit., p. 202.

⁵ Per una ricostruzione delle origini del bene giuridico “concorrenza”, della sua introduzione nello scenario del mercato unico europeo e infine nel prisma dei valori costituzionali, si rinvia ad A. ARGENTATI, *Il Principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008, spec. pp. 33 ss., 55 ss., 135 ss.

Tale compito non può essere svolto astraendosi dalla cornice dei principi dei Trattati europei⁶, in cui la libertà di concorrenza è sempre stato pilastro fondamentale della costituzione economica, anche se occorre, per contro, tenere presente che non è mai stato teorizzato un divieto di costituzione dei monopoli.

In particolare l'art. 106 TFUE (*ex* 86 Tratt. CEE) menziona espressamente i monopoli fiscali ed ogni altro diritto speciale o esclusivo concesso dagli Stati, finendo così per legittimare l'esistenza degli stessi. Si preoccupa, però, di interdire le forme di privilegio pubblico (*sub specie* di diritti speciali o esclusivi), contrarie al divieto di discriminazione (art. 18 TFUE), che attribuiscono vantaggi competitivi alle imprese pubbliche alterando l'equilibrio di forze economiche tra imprenditori pubblici e privati nel mercato (principio di neutralità), o che si pongano in violazione del divieto degli aiuti di Stato (artt. 107-109 TFUE)⁷.

Dunque anche il Trattato di funzionamento dell'Unione europea contempla, e non condanna, la creazione di società pubbliche che producano beni o servizi d'interesse generale in regime di monopolio legale, fiscale o altro diritto di esclusiva, rispettando l'autonomia organizzativa delle pubbliche funzioni, dai più ricondotta al diritto di autoproduzione riconosciuto anche in capo allo Stato e ai pubblici poteri⁸.

È evidente, però, che se quest'ultimo diritto fosse illimitato, e il «pubblico» potesse dar vita *ad libitum* a società concessionarie (dirette ed) esclusive nella produzione di beni o servizi d'interesse generale, sarebbe in fatto negato il principio di concorrenza. Da cui l'esigenza di bilanciare la libertà di monopolio con la libertà di concorrenza, in termini sia quantitativi che qualitativi, ricorrendo alla mediazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà (enunciati nell'art. 5 TUE).

In particolare la sussidiarietà costituisce un prezioso volano per l'attuazione di politiche

⁶ E' questa l'opinione largamente dominante presso tutti gli Autori (citati in questo lavoro) che si sono occupati di concorrenza, anche se non mancano *dissenting opinion* che ritengono sostanzialmente impermeabili i due sistemi, costituzionale italiano ed europeo, come quella di A. PIZZOFERRATO, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario e nel sistema costituzionale italiano*, in *Arg. dir. lan.*, 2006, 732 ss., spec. pp. 745-646.

⁷ Per tutti M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 513-515.

⁸ La dottrina pubblicistica quasi unanime e quella commercialistica in maggioranza riconduce al diritto di autoproduzione il fenomeno delle società *in house providing* (tra gli Autori più significativi M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., p. 521; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 511; R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009, p. 116).

Minoritaria, ma pienamente condivisibile per le ragioni che ho avuto modo di spiegare *aliunde*, è invece la posizione di chi considera estranea al concetto di autoproduzione ogni attività economica volta a rafforzare ed estendere i regimi monopolistici (cfr. G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, p. 265).

concorrenziali di liberalizzazione dei mercati, specie da quando è stata recepita tra i valori della Costituzione italiana (con la riforma costituzionale del 2001) nell'art. 118 Cost., dovendo essere intesa in senso ampio, sia come sussidiarietà verticale tra le istituzioni (nei rapporti tra gli organi europei e quelli statali e di questi ultimi con gli enti locali e territoriali) sia come sussidiarietà orizzontale o sociale (nel rapporto tra gli enti pubblici e la comunità, in particolare gli operatori privati ed il mercato)⁹.

La scelta del Trattato di consentire alla discrezionalità politica di ciascuna istituzione pubblica nazionale il bilanciamento tra questi due valori, discrezionalità che si manifesta nella selezione dei beni e dei servizi pubblici da erogare in regime di esclusiva e sottratti al libero mercato, appare coerente con l'esigenza di un'armonizzazione graduale delle normative nazionali e con un altrettanto graduale, ma incessante, processo di liberalizzazione di tutti i mercati, che ha preso avvio dai servizi pubblici statali¹⁰ e si sta estendendo a quelli locali¹¹.

⁹ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Commento all'art. 118 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Utet, Torino, 2006, p. 2350; E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, in *Trattato di diritto dell'economia*, Vol. II, Cedam, Padova, p. 73 ss.; *contra* per una interpretazione riduttiva della sussidiarietà costituzionale, in contrapposizione con quella europea, cfr. A. PIZZOFERRATO, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario e nel sistema costituzionale italiano*, cit., pp. 745-646.

¹⁰ Il riferimento è alle privatizzazioni degli enti statali avviata negli anni novanta, su cui si rimanda a P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 989 ss.; ID., *Privatizzazioni: "Public Companies"*; *problemi societari*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 5 ss.; T. PADOA SCHIOPPA, *Il processo di privatizzazione: sei esperienze a confronto*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 91 ss.; R. PERNA, *Privatizzazione formale/sostanziale e controllo della Corte dei Conti*, in *Foro it.*, 1993, III, c. 285; G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 386 ss.; G. OPPO, *La privatizzazione della impresa pubblica: profili societari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 776; P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia: leggi e documenti*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 187 ss.; ID., *Le privatizzazioni in Italia: la legge 474/1994 e ulteriori documenti*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 748 ss.; A. TARAMASSO, *Il processo di privatizzazione e di liberalizzazione e il diritto comunitario in materia di aiuti di Stato e di concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 933 ss.; B. LIBONATI, *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 40 ss.; R. Costi, *Privatizzazioni e diritto delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 81 ss.; A. MAZZONI, *Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 34 ss.; F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996, *passim*; M.T. CIRENELI, *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *Dir. comm. int.*, 1996, p. 771 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 1996, p. 579.

¹¹ Sono molte le disposizioni di legge che si sono mosse nella direzione della liberalizzazione, razionalizzazione, dismissione, liquidazione ed efficientamento delle società di gestione dei servizi pubblici economici locali degli ultimi anni, tra cui le principali sono:

- art. 2 (*Misure in tema di liberalizzazione*), D.P.R. n. 168/2010 (*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'art. 23-bis, comma 10 del d.l. 112/2008*, si veda *infra* § 3);
- art. 3-bis (*Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*), D.L. n. 138/2011, (*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*);
- art. 9 (*Liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*), L. n. 183/2011 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2012*);
- art. 4 (*Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*), D.L. n. 95/2012 (*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*);
- art. 34, (*Misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti locali, la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni*), commi 20-27, D.L. n. 179/2012 (*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*);

In altri termini l'obiettivo (di lungo periodo) che l'Unione Europea impone, il modello dell'economia sociale di mercato concorrenziale (*rectius* "fortemente competitiva", per stare alla lettera dell'art. 3 TUE)¹², comporta l'implementazione dei valori concorrenziali e competitivi in tutti i settori economici in cui non sia strettamente necessario l'intervento dello Stato o degli enti pubblici, dunque l'arretramento degli investimenti pubblici (statali e locali) rispetto agli investimenti dei privati nei diversi mercati. A ciò si arriva attraverso un processo lento, ancora in atto, fatto di scelte d'intervento sociale ed economico da parte del «socio pubblico»¹³, non fondate su una discrezionalità politica assoluta, bensì su una discrezionalità limitata da (e conformata su) i principi europei di sussidiarietà (orizzontale e verticale) e di proporzionalità.

Questo quadro di valori e principi europei, che ruotano intorno alla libertà di concorrenza, consente di comprendere le posizioni assunte dall'Agcm (già da un decennio ormai) sulla necessità di considerare gli affidamenti diretti senza gara per la gestione di servizi pubblici locali come fenomeno eccezionale rispetto alle istanze competitive e concorrenziali¹⁴, propugnando una doverosa circoscrizione degli affidamenti diretti a società *in house providing* "a quelle situazioni in cui non sia possibile o conveniente l'offerta dei servizi da parte di imprese individuate secondo meccanismi di mercato, secondo il principio di sussidiarietà orizzontale"¹⁵ (*i.e.* fallimento dei mercati, monopoli naturali e simili).

-
- art. 1, commi 550-569-*bis*, L. n. 147/2013 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2014*);
 - art. 1, commi 609-616, L. 190/2014 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2015*);

¹²Cfr. M. LIBERTINI, *A "highly competitive social market economy" as a founding element of the European economic constitution*, in *Conc. e merc.*, 2011, p. 491.

¹³L'espressione "socio pubblico" mi è preziosa per rimarcare sia la netta preferenza, tra le diverse forme d'intervento pubblico, per lo strumento societario sia la centralità del "socio pubblico" nel determinare deroghe alla disciplina generale societaria, come recentemente evidenziato da C. ANGELICI, *In tema di «socio pubblico»*, in *Dir. comm.*, 2015, I, p. 175 ss.

¹⁴Il riferimento è ai pareri AS311, 6 settembre 2005, *Modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali*, in *Boll.*, 2005, n. 35; AS375, 28 dicembre 2006, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. In house e alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, in *Boll.*, 2007, n. 50, p. 71; AS427, 13 novembre 2007, *Disposizioni in materia di concorrenza e qualità dei servizi essenziali nel settore della distribuzione del gas*, in *Boll.*, 2007, n. 39, p. 82 ss. Per l'affermazione dell'eccezionalità del fenomeno *in house* nella cornice dei servizi pubblici locali in relazione al principio di concorrenza mi permetto di rinviare al mio F. VESSIA, *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 31 ss. spec. p. 37.

¹⁵AGCM, AS375, *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, Segnalazione del 28.12.2006, in *Boll.*, 2007, n. 50, p. 72, in cui si legge ancora più esplicitamente che: "i requisiti di legittimità degli affidamenti *in house* non permettono agli enti locali di fare ricorso all'affidamento diretto in qualsivoglia situazione, ovvero quale modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici, relegando lo strumento competitivo della gara a poche ed eccezionali

Il legislatore italiano non è rimasto sordo a questo appello e, proprio per recepire il principio di sussidiarietà orizzontale, aveva introdotto l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 (convertito in L. n. 133/2008). Tuttavia, come è noto, tale disposizione è stata abrogata con D.P.R. n. 133/2011 a seguito del referendum popolare del 12-13 giugno 2011 sul servizio idrico; e quando un mese dopo l'abrogazione referendaria il Governo era intervenuto a ribadire l'operatività, con una normativa fortemente limitativa dell'*in house* (contenuta nell'art. 4, D.L. n. 138/2011), pur escludendovi il servizio idrico oggetto del referendum, la Corte Costituzionale (s. 20 luglio 2012, n. 199) ha censurato tale scelta dichiarando l'illegittimità dell'art. 4 per violazione dell'art. 75 Cost., che vieta il ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare.

Probabilmente la posizione espressa nel 2012 dal giudice delle leggi (in verità non pienamente condivisibile, poichè basata su un'interpretazione letterale del quesito referendario, in contrasto con la volontà dei proponenti e della propaganda pre-referendaria, interessati a preservare l'acqua come bene comune e non tutti i servizi pubblici economici locali) ha ulteriormente alimentato quella posizione, già prima largamente diffusa, che sostiene la piena discrezionalità politica delle autorità locali nella scelta dell'*in house*, in applicazione del diritto all'autorganizzazione e all'autoproduzione dei servizi pubblici, anzichè l'eccezionalità della stessa¹⁶. Da quella pronuncia, inoltre, è stata affermata per la prima volta l'idea che il diritto comunitario sia propenso agli affidamenti diretti e senza gara più di quanto non lo sia il diritto interno.

situazioni. Ciò in quanto i servizi pubblici locali costituiscono servizi economici offerti all'utenza in regime di monopolio ed è pertanto necessario che venga assicurato, nella forma quanto più ampia possibile, il ricorso al mercato attraverso procedure competitive per la scelta dell'impresa offerente, attivando una concorrenza che assicuri la scelta dell'operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e offrire il servizio migliore al minor costo”.

¹⁶Senza pretesa di completezza, in dottrina cfr. C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2001, p. 495; S. COLOMBARI, “Delegazione interorganica” ovvero “in house providing” nei servizi pubblici locali, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 1136; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 179 ss.; ID., *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società “in house”*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 79 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 77; M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, fasc. 12, p. 1371; O.M. CALSOLARO, *Spa in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, p. 1670 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 511; R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009, p. 116; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in BENAZZO-CERA-PATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi – Innovazioni e persistenze. Studi in Onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, p. 471; ID., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *RDS*, 2012, p. 199 ss., spec. 206-208; ed in giurisprudenza cfr. C.d.S., sez. V, 23 aprile 1998, n. 477; C.d.S., sez. V, 6 maggio 2011, n. 2713; C.d.S., sez. III, 4 settembre 2015, n. 4120.

Su quest'ultima considerazione mi trovo in disaccordo, poichè è evidente, da quanto detto fino ad ora, che corrisponde ai principi dei Trattati (UE e FUE) l'articolazione del rapporto tra concorrenza e società *in house providing* secondo le categorie regola-eccezione, dovendo la prima trovare uno spazio maggiore sul mercato, rispetto all'articolazione residuale che dovrebbero avere le società pubbliche dirette affidatarie dei servizi pubblici.

Vero è che la Corte di Giustizia, dalla sentenza Teckal in poi, nella definizione della fattispecie del *providing in house*¹⁷ non ha mai imposto “come requisito di legittimità, quello della «indispensabilità» del ricorso a tale affidamento (...) come nei casi di comprovata impossibilità o inadeguatezza di una scelta di *outsourcing* a favore di imprese private”¹⁸.

Tuttavia mi sembra che la mancata esplicitazione nelle pronunce della Corte di Giustizia del fondamento di necessarietà, *ergo* sussidiarietà, nella scelta pro *in house* non sia da sola sufficiente (come non lo è quasi mai l'argomento letterale *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*) a dedurre una propensione della Corte di Giustizia per gli affidamenti diretti senza gara, o a fondare il giudizio di indifferenza o facoltatività o neutralità del diritto europeo rispetto alla scelta dell'autoproduzione. Tale (contestata) conclusione finirebbe per essere scollata dal (quando non contraddittoria rispetto al) substrato dei principi economici espressi dai Trattati, dai quali emerge che l'Unione *impone* in modo vincolante, e non facoltativo, il perseguimento dei valori della concorrenza, proporzionalità e sussidiarietà, sempre con gradualità e nel rispetto dei tempi necessari a ciascuno Stato Membro, a garanzia della coesione sociale.

Probabilmente le ragioni della prudenza della Corte di Giustizia, manifestatasi con l'astensione da prese di posizione esplicite sulla residualità ovvero ordinarietà del fenomeno *in house*, risiedono nella consapevolezza che, pur essendo presente la scelta dell'*an* in favore della sussidiarietà orizzontale, le decisioni sul *quando*, sul *quantum* e sul *quomodo* attuare tale

¹⁷Le principali sentenze in materia di affidamenti *in house providing* sono: CGCE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*; CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; CGCE, 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname*; CGCE, 10 novembre 2005, n. C-29/04, *Mödling*; CGCE, 6 aprile 2006, n. C-410/04, *ANAV*; CGCE, 18 gennaio 2007, C-225/05, *Jean Auroux*; CGCE, 13 ottobre 2005, n. C-458/03, *Parking Brixen*; CGCE, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*; CGCE, 19 aprile 2007, C-295/05, *Tragsa*; CGCE, 18 dicembre 2007, C-220/06, *Correos*; CGCE, 17 luglio 2008, C-371/05, *Asi*; CGCE, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*; CGCE, 10 settembre 2009, C-573/07, *Se.T.Co.*; CGCE, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*; CGCE, 23 dicembre 2009, C-305/08, *Co.NIS.Ma*; CGCE, 22 dicembre 2010, C-215/09, *Mebiläinen Oyj*; CGCE, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, *Econord*.

¹⁸M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, cit., p. 206.

principio, per giungere alla liberalizzazione dei mercati dei servizi pubblici locali (settore nel quale più da vicino si toccano i bisogni sociali primari delle collettività nazionali)¹⁹ deve essere rimessa alla valutazione dei singoli Stati ed al giudizio di maturità dei mercati e degli imprenditori nazionali e locali per affrontare la sfida della globalizzazione, dunque della concorrenza globale nel settore dei servizi pubblici locali.

La stessa prudenza ha accompagnato finora il legislatore comunitario, che si è astenuto da interventi diretti all'armonizzazione immediata (attraverso direttive), in ragione della riscontrabile difformità tra gli Stati membri nel settore delle *public utilities* locali, nonché per ragioni legate alle ricadute delle liberalizzazioni sul mercato del lavoro: si riscontra, infatti, la massima apertura alla liberalizzazione da parte della Gran Bretagna, una difesa dirigistica in Francia, e una posizione intermedia per la Germania, solo a volersi limitare ai Paesi *opinion leader*.

Adottando questa chiave di lettura si sterilizza completamente l'impatto della giurisprudenza sulle società *in house providing* e delle direttive appalti rispetto al problema di vertice sulla normalità o eccezionalità dell'autoproduzione: la citata giurisprudenza europea, come anche le direttive appalti, stabiliscono soltanto una deroga, a valle, del principio competitivo e sono invece mute rispetto al quesito che sta a monte sull'*an* nella costituzione delle stesse. Il problema di vertice, invece, deve essere risolto applicando i principi della costituzione economica contenuti nei Trattati, dai quali discende la netta contrapposizione tra concorrenza e fattispecie *in house* -la generalità della prima e l'eccezionalità della seconda- nonché la discrezionalità politica di ciascuno Stato Membro nel programmare i tempi e i modi di realizzazione dell'obiettivo competitivo (ma non anche l'obiettivo in sé per sé, che attiene all'*an*), scegliendo quando e come liberalizzare il settore dei servizi pubblici locali.

2. *Le novità in tema di affidamenti diretti: i principi di delega per il recepimento delle direttive appalti, concessioni e settori speciali (Dir. 2014/23-24-25/UE)*. – Questa prospettiva consente di ridimensionare fortemente l'impatto che potranno avere le Direttive appalti del 2014, in fase di recepimento, rispetto all'adozione del principio di sussidiarietà orizzontale: le direttive hanno voluto smussare le rigidità cui si era giunti con le pronunce della Corte di Giustizia in

¹⁹ R. FAZIOLI, *Economia delle public utilities. L'evoluzione dell'intervento pubblico di regolazione, liberalizzazione e privatizzazione*, Padova, 2013, p. 331 ss.

relazione alla definizione del controllo analogo²⁰, in modo da allargare le maglie della fattispecie *in house* attraverso due importanti innovazioni, che però non riguardano il profilo della opportunità di costituzione delle società *in house* (in chiave di normalità o eccezionalità), su cui non si è voluta prendere posizione per l'inopportunità della sede.

La prima novità introdotta da queste direttive attiene alla compatibilità tra il controllo analogo e la partecipazione al capitale di soggetti privati, essendo stato previsto, a differenza del passato in cui era richiesto il capitale interamente pubblico²¹, che il controllo analogo possa sussistere su una persona giuridica quando “non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.

La seconda novità attiene alla definizione del requisito della destinazione prevalente della propria attività in favore dell'ente pubblico controllante, che è stato meglio specificato apportando questa puntualizzazione: “oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi”.

Sono queste le previsioni contenute nella Dir. 2014/24/UE, art. 12, sugli appalti pubblici generali, nella Dir. 2014/25/UE, art. 28, sugli appalti nei settori speciali (acqua, energia, trasporti, servizi postali e difesa) e nella Dir. 2014/23/UE, art. 17, sui contratti di concessione.

Alla luce di tali disposizioni, rientreranno d'ora in poi nel perimetro degli affidamenti diretti “scriminati” (sottratti dall'obbligo di gara) anche le società che abbiano programmato la dismissione ai privati di una quota di minoranza o che siano già partecipate in minoranza da soci privati.

Va detto che l'idea di un affidamento *in house* compatibile con la partecipazione pubblica maggioritaria, e quindi con il controllo analogo non implicante necessariamente la proprietà totalitaria del capitale della società controllata, era già stata avanzata in un regolamento del

²⁰Cfr. la prima lettura delle direttive fatta in uno studio Assonime, *Il recepimento delle nuove direttive europee su appalti e concessioni: alcuni spunti di riflessione*, in *Note e studi*, 5/2014, reperibile sul sito dell'associazione Assonime.

²¹Il riferimento è alle sentenze della CGCE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*; CGCE, 11 gennaio 2005, n. C-26/03, *Stadt Halle*; CGCE, 19 aprile 2007, C-295/05, *Tragsa*; CGCE, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*; CGCE, 17 luglio 2008, C-371/05, *Asi*; CGCE, 10 settembre 2009, C-573/07, *Se.T.Co.*

2007 relativo al servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada e ferrovia (art. 5, comma 2, lett. a) Reg. CE n. 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007)²². Tuttavia la portata settoriale e l'ambito limitato di applicazione del regolamento avevano fatto pensare ad una scelta di carattere eccezionale, non estensibile ad altri settori né generalizzabile. Oggi appare evidente il carattere anticipatorio e preconizzante di questa disposizione rispetto alle direttive sugli appalti e al nuovo modello di controllo analogo in esse contenuto.

Nulla, invece, è detto nelle direttive in relazione all'ulteriore requisito del controllo analogo concernente l'entità del potere di controllo esercitato dall'ente pubblico partecipante che, secondo l'orientamento più volte affermato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale sugli affidamenti *in house*, dovrebbe trascendere gli ordinari poteri spettanti al socio di maggioranza all'interno del sistema societario, assumendo una maggiore intensità e pervasività, così da essere paragonabile al controllo di tipo gerarchico sussistente all'interno delle amministrazioni pubbliche.

Inoltre sono mute le direttive, come già segnalato, sulla questione dell'opportunità di costituire società pubbliche cui affidare senza gara la gestione dei pubblici servizi, se ciò si rapporti in termini di normalità ovvero di eccezionalità rispetto al principio di concorrenza, facendone derivare una non meglio precisata collocazione dell'autoproduzione rispetto ai valori della costituzione economica europea.

Tale scelta non mi sembra casuale ed anzi è coerente con il discorso fin qui condotto: innanzitutto essa appare rispettosa della gerarchia delle fonti, non potendo una direttiva derogare ai principi, già prima esposti, contenuti nelle disposizioni dei Trattati (UE e FUE); inoltre risponde alla logica comune a tutte le direttive di dettare una disciplina minimale per ottenere un livello di armonizzazione basilare, lasciando ai singoli Stati membri la scelta di un recepimento minimo o massimo delle regole in esse contenute.

²²Testualmente l'art. 5, comma 2, lett. a) del citato Regolamento recita: "Al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo [il controllo analogo n.d.r.], sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, *la partecipazione al 100% da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia una influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri*" (corsivo mio).

La Legge 28 gennaio 2016, n. 11, contenente le deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive succitate, ci consente di avere già la conferma dei criteri pro-concorrenziali cui dovrà attenersi il legislatore delegato.

Innanzitutto è stato sancito il “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive” (art. 1, lett. a). Inoltre con riguardo all'affidamento dei contratti nei settori speciali (acqua, energia, trasporti e servizi postali) “si richiede la puntuale indicazione delle disposizioni ad essi applicabili, anche al fine di favorire la trasparenza nel settore *e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati*” (art. 1, lett. h).

Dunque vi è l'intento dichiarato di procedere alla liberalizzazione, *ergo* alla riduzione degli affidamenti diretti a società con diritti esclusivi nella gestione dei servizi pubblici nei settori speciali (energia, acqua, trasporti, poste), muovendosi anche qui in direzione pro-concorrenziale.

Per gli appalti al di sotto della soglia comunitaria si richiede “garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure (...) prevedendo che debbano essere invitati a presentare offerta almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nonché un'adeguata rotazione, ferma restando la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali di cui alla direttiva 2014/25/UE di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, adottati *in conformità ai principi dettati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a tutela della concorrenza*” (art. 1, lett. ii).

È stato contemplato, inoltre, un espresso criterio che ribadisce la necessità di conformarsi all'esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 *per le concessioni nel settore idrico* (art. 1, lett. hhh). Questo criterio, ultroneo e ridondante rispetto ad una (ben più efficace) previsione costituzionale (art. 75 Cost.), probabilmente si spiega in ragione della necessità di delimitare solo al settore “idrico” le ricadute demolitorie del referendum abrogativo, che nell'interpretazione data, invece, dalla Corte Costituzionale nel 2012 dovevano essere estese a tutti i servizi pubblici locali di carattere economico (v. *supra*).

I criteri di delega, però, più significativi rispetto alla questione qui affrontata sono contenuti nei punti iii) ed mmm) dell'art. 1. Il primo prevede “per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavoro, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedure ad evidenza

pubblica, stabilendo che la restante parte possa essere realizzata da società *in house* per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato (...). Il secondo prevede “la previsione di una particolare disciplina transitoria per l’affidamento delle concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del decreto di recepimento delle direttive, siano scadute o prossime alla scadenza, onde assicurare il massimo rispetto del principio dell’evidenza pubblica, nonché, per le concessioni per le quali l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore esercita sul concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, dei principi desumibili dall’art. 17 della direttiva 2014/23/UE” (art. 1, lett. mmm).

La prima delle disposizioni esplicita la regola dell’eccezionalità degli affidamenti senza gara rispetto alle regole competitive, ed ha come obiettivo di limitare entro l’80% del valore dei contratti (che superino l’importo di 150.000 euro) gli affidamenti diretti a società *in house* di secondo grado per i soggetti pubblici, o semplicemente a società controllate di secondo o terzo grado per i soggetti privati, quando tali soggetti siano concessionari esclusivi di servizi pubblici o di lavori pubblici. La seconda norma fa riferimento, invece, al regime transitorio e derogatorio che s’intende introdurre per le società *in house* limitatamente al settore delle concessioni autostradali.

Ciò che assume rilievo per questo studio, però, non è la deroga in sé prevista per il settore autostradale quanto la tecnica di rinvio *sic et simpliciter* al criterio del controllo analogo, come definito dall’art. 17 Dir. 2014/23/UE, che lascia trasparire l’intento del legislatore di mantenere fuori da questa legge la nozione e i presupposti degli affidamenti *in house*. Ciò risulta coerente con la previsione del testo unico sulle società partecipate di un recepimento della fattispecie del *providing in house*, dunque con l’individuazione, in quella sede, dei suoi requisiti.

Si può concludere, allora, in relazione alla legge di delega per la riforma del Codice degli appalti e di recepimento delle Direttive del 2014 nn. 23-24-25/UE sugli appalti, concessioni e settori speciali, che il legislatore interno conferma la sua forte vocazione competitiva, ribadendo esplicitamente il principio di concorrenza e limitando a poche ipotesi eccezionali gli affidamenti diretti a società *in house*, ma non si sbilancia affermando la regola della residualità o stretta necessità come condizione di legittimità per ricorrere al fenomeno dell’autoproduzione, nè si pronuncia sul principio di sussidiarietà orizzontale.

3. *I principi di riforma delle società partecipate contenuti nella L. n. 124/2015, c.d. legge Madia.* – Più significativa, invece, per l'esplicitazione del principio di sussidiarietà orizzontale è la Legge Madia, con la quale sembra che lo Stato, sotto la spinta del decremento delle risorse pubbliche, della *spending review*, degli obblighi di Maastricht e del patto di stabilità, abbia scelto di riformare tutta la pubblica amministrazione partendo dalla razionalizzazione delle società partecipate, come per altro era stato già preconizzato un decennio fa dalla dottrina²³, proseguendo sulla strada già intrapresa a partire dalla Legge finanziaria 2008 (n. 144/2007) che vietava sia la costituzione di società per la produzione di beni e servizi non strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, sia la conservazione di partecipazioni, anche di minoranza, in tali società²⁴, scelta poi confermata dalle successive Leggi di stabilità 2012, 2014 e 2015²⁵.

È quanto emerge dal testo dell'art. 19 L. n. 124, del 7 agosto 2015, nella parte in cui enuncia i principi e criteri direttivi cui dovrà ispirarsi il decreto delegato di riordino dei servizi pubblici locali di interesse economico generale.

*“a) Riconoscimento, quale funzione fondamentale dei comuni e delle città metropolitane, da esercitare nel rispetto dei principi e dei criteri dettati dalla normativa europea e dalla legge statale, **dell'individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario** al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione, e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale;*

*b) **soppressione**, previa ricognizione, **dei regimi di esclusiva**, comunque denominati, **non conformi ai principi generali in materia di concorrenza e comunque non indispensabili** per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio;*

*c) individuazione della disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale, compresa la definizione dei criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, in base ai **principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità e in conformità alle direttive europee**; con particolare riferimento alle società in partecipazione pubblica operanti nei servizi idrici, risoluzione delle antinomie normative in base ai principi del diritto dell'Unione europea, tenendo conto dell'esito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011;*

*e) individuazione, **anche per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato**, delle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di auto-produzione, e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei **principi di autonomia organizzativa, economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità**;*

²³Cfr. E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, cit., p. 74.

²⁴L'art. 3, comma 27, della legge 244/2007 (legge finanziaria 2008) ha disposto che “al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni (...) non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”.

²⁵Non è questa la sede per richiamare le specifiche disposizioni che hanno pianificato la dismissione delle partecipazioni da parte degli enti pubblici locali nelle società partecipate, ovvero la liquidazione delle stesse o il loro accorpamento secondo ambiti territoriali ottimali, fissando una crono-agenda di tali operazioni volte alla liberalizzazione del settore delle *public utility* locali. Per un rapido richiamo alle leggi e alle norme, ormai prossime all'abrogazione per effetto dell'entrata in vigore del decreto legislativo Madia sulle società partecipate, v. *supra* nt. 11.

f) *introduzione, nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di incentivi e meccanismi di premialità o di riequilibrio economico-finanziario nei rapporti con i gestori per gli enti locali che favoriscono l'aggregazione delle attività e delle gestioni secondo criteri di economicità ed efficienza, ovvero l'eliminazione del controllo pubblico*".

Il testo della Legge Madia in parte riproduce quello dell'art. 2, D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 (*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'art. 23-bis, comma 10 del d.l. 112/2008*²⁶) – che era stato travolto dal referendum abrogativo del 2011 sul servizio idrico - e in larga parte si ispira al piano elaborato dal Commissario alla *spending review* Carlo Cottarelli del 2014²⁷, trasfuso già parzialmente nelle leggi di stabilità 2014 e 2015.

Nel piano Cottarelli, in particolare, veniva proposto un elenco dei servizi a necessaria vocazione pubblica, per i quali sarebbe stata possibile la costituzione o la conservazione di società pubbliche affidatarie dirette e senza gara della produzione dei relativi servizi (qui di seguito indicati in tabella, secondo la proposta originaria del piano Cottarelli); mentre per gli altri servizi a vocazione pubblica non necessaria, si proponeva la liberalizzazione, con affidamento ai privati mediante gara, oppure l'opzione della società *in house providing* purchè subordinata ad un giudizio esterno di un'autorità pubblica (nella proposta Cottarelli l'AGCM) che ne sancisse la "necessarietà" o "indispensabilità" a garanzia del soddisfacimento di un bisogno della collettività locale, nei casi in cui diversamente i privati non sarebbero stati in grado di ottemperarvi.

²⁶D.P.R. 168/2010, art. 2 - *Misure in tema di liberalizzazione. "Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio"*.

²⁷Il *Programma di razionalizzazione delle partecipate*, c.d. piano Cottarelli, Roma, 7 agosto 2014 è consultabile al seguente link: http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Programma_partecipate_locali_master_copy.pdf

Tavola III.1. Settori di attività in cui la semplice delibera dell'amministrazione locale partecipante sarebbe sufficiente per rendere possibile il mantenimento di una partecipazione

Consorzio bacino Imbrifero
Servizi pubblici di rilevanza economica a rete (servizio idrico integrato, gas, energia elettrica, rifiuti, trasporto pubblico locale) *
Gestioni Immobili limitatamente al patrimonio indisponibile (incluso patrimonio naturale e verde pubblico)
Illuminazione pubblica
Manutenzione delle strade
Ricerca scientifica (esclusivamente per Università e Regioni)
Servizi Amministrativi (esclusivamente per uso interno delle amministrazioni controllanti)
Società di Trasformazione Urbana
Musei, biblioteche, cineteche
Servizi cimiteriali
Servizi sociali e sanitari (inclusi Asilo nido)
Gruppi di Azione Locale

* Potrebbe essere considerata l'esclusione da questo elenco di gas ed elettricità, per lo meno a partire da una certa data (2016 o 2017)

Dunque il riordino delle partecipate locali s'impenna su cinque criteri direttivi chiari, enunciati nell'art. 19 della legge Madia:

1. l'individuazione dei servizi pubblici locali essenziali, *rectius* delle attività d'interesse generale alla stregua della nomenclatura anglosassone *public utilities*, secondo il principio di necessità, "il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione, e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale" (art. 19, comma 1, lett. a);

2. la soppressione dei regimi di esclusiva nelle *public utilities* che non siano indispensabili (per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio) o che si pongano in contrasto con il principio di concorrenza (art. 19, comma 1, lett. b);

3. l'attribuzione dei diritti di esclusiva alle *public utilities companies* secondo i principi di adeguatezza, *sussidiarietà e proporzionalità* (art. 19, comma 1, lett. c);

4. per i servizi pubblici necessari e indispensabili, fuori mercato, l'ispirazione della gestione ai criteri di economicità, imparzialità e proporzionalità, oltre ai tradizionali principi dell'agire delle pubbliche amministrazioni, ossia autonomia organizzativa, efficacia, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento e mutuo riconoscimento (art. 19, comma 1, lett. e);

5. introduzione di meccanismi premiali ed incentivi alle aggregazioni delle *public utilities companies*, al fine di sfruttare le economie di scala, e alle dismissioni del controllo pubblico

nelle società per conseguire l'obiettivo del riequilibrio economico-finanziario (art. 19, comma 1, lett. f).

Si noti, infine, il richiamo anche nella legge Madia all'esito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, laddove si legge nell'art. 19, comma 1, lett. c) “*con particolare riferimento alle società in partecipazione pubblica operanti nei servizi idrici, risoluzione delle antinomie normative in base ai principi del diritto dell'Unione Europea, tenendo conto dell'esito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*”. Tale richiamo, insieme a quello già visto nella legge delega sugli appalti, non può avere altra logica *a fortiori* se non quella, già segnalata, di delimitare al settore idrico le conseguenze abrogative, contrastando la diversa efficacia demolitoria estesa a tutti i servizi pubblici propugnata dalla Corte Costituzionale.

4. *Le ricadute del principio di sussidiarietà orizzontale sulle problematiche delle società in house providing e i principali contenuti della bozza di testo unico sulle società partecipate.* – Questi criteri direttivi, ed in particolare il principio di sussidiarietà orizzontale strumentale alle liberalizzazioni, precludono ad una soluzione (ci si augura) definitiva di tutte le questioni finora sollevate nella regolamentazione delle società a partecipazione pubblica ed in specie delle *società in house providing*, procedendo ad un arretramento della regolazione pubblicistica e ad un avanzamento di quella privatistica.

In particolare, la regolazione pubblicistica sembra destinata a sopravvivere “per gli acquisti, il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive” (L. n. 124/2015, art. 18, lett. e) al fine di realizzare quel contenimento dei costi che la *spending review* impone; nonché per i requisiti di onorabilità degli organi di gestione e controllo (art. 18, lett. d), al fine di garantirne l'autonomia dagli enti proprietari, ossia la separazione tra politica ed amministrazione.

Inoltre si prevede per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative la possibilità del ritorno alla “internalizzazione”. Fin qui il pubblico.

La regolazione squisitamente privatistica, invece, emerge dall'art. 18, comma, 1, lett. a) (Legge Madia), il quale contempla: “la distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e *individuazione della relativa disciplina, anche in base*

al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa".

Conseguentemente a tale criterio direttivo, la bozza di testo unico sulle partecipate prevede, all'art. 3, che "le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata"; e all'art. 4, che "le amministrazioni pubbliche non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere, direttamente o indirettamente, partecipazioni, anche di minoranza, in tali società".

Si precisa inoltre, nello stesso art. 4 della bozza di T.U., che le uniche partecipazioni consentite alle amministrazioni pubbliche sono quelle in società per lo svolgimento delle attività di *produzione di un servizio di interesse generale, di progettazione e realizzazione di un'opera pubblica*, che sia essa realizzata sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche ovvero in regime di partenariato con un imprenditore privato, *di autoproduzione di beni e servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti e servizi di committenza prestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici* secondo le norme del codice degli appalti.

Sempre il testo unico sulle partecipate, poi, recepisce il principio di sussidiarietà nell'art. 5, rubricato *Oneri di motivazione analitica e obblighi di dismissione*, nel quale si richiede che l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica o di acquisto di partecipazioni da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite *deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali indicate nell'art. 4 (...) nonché le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa*, e deve altresì dare atto della *compatibilità con la disciplina europea sugli aiuti di Stato* ed essere sottoposta a forme di consultazione pubblica, ad un controllo preventivo della Corte dei Conti e, da ultimo, al vaglio dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, la quale potrà agire ai sensi dell'art. 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (parere negativo, messa in mora e impugnativa contro gli atti che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato).

Ancora una vittoria del privato sul pubblico si registra sul terreno della disciplina della responsabilità degli amministratori, laddove, come è noto, proprio le società *in house* erano state destinatarie di una pronuncia reazionaria (Cass. Sez. Un. 25 novembre 2013 n. 26283)²⁸ che aveva (ri)affermato la sussistenza della giurisdizione contabile, anziché civile, in contrasto rispetto a quanto statuito dalla Corte di Cassazione per tutte le altre società pubbliche²⁹.

Su questo punto la legge Madia ha imposto che venisse risolto ogni conflitto, prevedendo all'art. 18, comma 1, lett. c): “la precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate”.

In base a questo criterio la bozza di testo unico ha disposto, nell'art. 12, comma 1, l'assoggettamento a doppia responsabilità degli amministratori pubblici: responsabilità di natura civile, secondo la disciplina ordinaria delle società di capitali, per i danni arrecati alla società e ai creditori sociali, e responsabilità di tipo contabile, come rimedio sostitutivo dell'art. 2395 c.c., quando il danno patrimoniale o non patrimoniale dei soci pubblici, *i.e.* gli enti partecipanti, sia stato una diretta conseguenza della condotta degli amministratori pubblici, ivi incluso il danno (all'immagine del socio pubblico) dovuto all'inerzia nell'esercizio dei propri diritti di socio. Così sembra definitivamente accolta dal legislatore la proposta risolutiva del problema della responsabilità dei gestori pubblici, avanzata da Carlo Ibba nel 2006³⁰, già recepita dalla Cassazione nel 2009³¹.

Del tutto consequenziale a questa impostazione privatistica è quella di riconoscere, nell'art. 12, comma 2. della bozza di T.U., la responsabilità da direzione e coordinamento degli enti pubblici partecipanti, per i danni arrecati ai soci di minoranza e ai creditori delle società partecipate ai sensi dell'art. 2497 c.c., come già da molto tempo propugnato dalla dottrina³².

²⁸Con questa pronuncia è stata affermata la sussistenza esclusiva della giurisdizione contabile sulle società *in house providing*.

²⁹ Si vedano i riferimenti contenuti nella successiva nota 30.

³⁰Per la prima volta tale criterio fu proposto in C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 149 ss.; e successivamente ribadito in ID., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 369 ss.

³¹Con due pronunce di dicembre 2009 e gennaio 2010 la Cassazione ha sovvertito la scelta fatta nel 2003 di assoggettare all'azione di danno erariale gli amministratori di società pubbliche: Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Giur. It.*, 2010, p. 853 ss. Con nota di O. CAGNASSO, *Una «brusca frenata» da parte delle Sezioni Unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativo-contabile*, e in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 77 ss.; confermata da Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2010, n. 519, *ivi*.

³²Cfr. V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2947, comma 1°, c.c. 8art. 19, comma 6°, d.l. n. 78/2009*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, p. 343; F. VESSIA, *Società in house providing e miste e*

Era prevedibile, altresì, che il legislatore prendesse posizione espressamente sulla questione della fallibilità delle società *in house providing*, che tanto ha diviso dottrina e giurisprudenza negli ultimi anni³³, portando alla ribalta una prospettiva “pubblicistica” di equiparazione delle società *in house providing* agli enti pubblici economici³⁴. Ed era altresì prevedibile che lo facesse sconfessando quest’ultima posizione, vista la previsione della Legge Madia, art. 18, comma 1, lett. i), di contemplare la “*possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento*”.

La bozza di testo unico delle società partecipate prevede all’art. 14 una disciplina assai articolata della crisi d’impresa, che contempla specifici obblighi di attivazione in capo all’organo amministrativo della società e volti ad evitare l’aggravamento della crisi, attraverso la proposta di un piano di risanamento, di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 14, commi 1-4) e, in caso di esito negativo, l’assoggettabilità a fallimento o ad amministrazione straordinaria dell’impresa pubblica (art. 14, commi 6-8) secondo la disciplina di diritto comune contenuta nella legge fallimentare (r.d. 267/1942) e nella legge sull’amministrazione straordinaria (D.lgs. 270/1999).

Inoltre è prevista anche una procedura di liquidazione coatta amministrativa, attivabile nel caso di gravi irregolarità o inefficienze nella gestione delle società pubbliche, che abbiano determinato una situazione di crisi irreversibile (art. 15, comma 6). E’ opportuno osservare, in senso critico rispetto a questa previsione, che la l.c.a. potrebbe essere la procedura di liquidazione ideale per contemperare l’interesse del socio pubblico con quello dei creditori privati, ove mai tali società si considerassero enti pubblici sposando la tesi della riqualificazione sostanzialistica, come già ho avuto modo di sostenere in altra sede³⁵; ma finisce per contraddire la natura privatistica di tali società, se viene fatta convivere con il fallimento, il concordato preventivo e l’amministrazione straordinaria. Si auspica, pertanto, che ci sia un ripensamento su tale disposizione.

responsabilità da direzione e coordinamento, in RDS, 2012, p. 647 ss.; C. IBBA, *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in Riv. Soc., 2015, p. 95 ss. spec. pp. 101-104.

³³ Per il quale si rinvia a F. VESSIA, *Società in house providing e procedure concorsuali*, in Dir. fall., I, 2015, p. 142 ss.; C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in Riv. dir. civ., 2015, p. 511 ss.

³⁴ Ci si riferisce alla giurisprudenza di merito che ha affermato la non assoggettabilità a fallimento delle società *in house providing* in ragione della natura formalmente privatistica ma sostanzialmente pubblicistica di tali enti, riqualificati come enti pubblici economici, per tutti in dottrina cfr. G. D’ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in Fallimento, 2014, pp. 497 ss.; e in giurisprudenza v. Trib. Patti, 6 marzo 2009; il Trib. S.M. Capua Vetere, 2009; Trib. Catania, 26 marzo 2010; Trib. Verona, 19 dicembre 2013; Trib. Napoli, 9 gennaio 2014; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012; Trib. Avezzano, 26 luglio 2013.

³⁵ F. VESSIA, *Società in house providing e procedure concorsuali*, cit., p. 156-157.

Inoltre il testo unico in materia di società partecipate si fa carico anche di definire i requisiti del controllo analogo, in sintonia con quanto previsto dalle direttive appalti, e di sancire esplicitamente la specialità delle società *in house providing*, autorizzando la deroga alle disposizioni degli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies*, nell'art. 16 rubricato *Società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici*.

Si afferma innanzitutto che “Nelle società a controllo pubblico titolari di contratti pubblici ricevuti in affidamento diretto non vi è partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prevista da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata”. Così è stata prescelta la soluzione della previsione autorizzativa di legge per l'ingresso dei privati nelle società *in house providing*, recependo la novità delle direttive appalti sulla partecipazione dei privati, mediante un filtro di valutazione legislativo.

In secondo luogo si asserisce che “il requisito del controllo analogo sussiste nei casi: a) nelle società a partecipazione pubblica unipersonale, se l'amministrazione pubblica socia è titolare di un potere di direzione e coordinamento, che può esprimersi anche con l'adozione di atti vincolanti per l'organo amministrativo della società; b) nelle società a partecipazione pubblica pluripersonale, se tutte le amministrazioni pubbliche partecipanti sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata. Si applicano in tal caso le disposizioni dell'art. 12, par. 3, della direttiva 2014/24/UE”.

Per quanto concerne, invece, il requisito della prevalente destinazione, l'art. 16, comma 5, dispone un recepimento mediante statuto delle disposizioni delle direttive appalti, ossia che “gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che almeno l'ottanta per cento delle loro attività siano effettuate nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto a quella prevalente sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri guadagni di efficienza produttiva nell'esercizio dell'attività principale della società”.

Se queste disposizioni fossero confermate anche nella versione definitiva del testo unico, sarebbe risolto il problema dell'applicabilità delle direttive appalti già paventato dal

Consiglio di Stato (sul presupposto della loro natura *self-executing*)³⁶, che si sarebbe posto (o si porrebbe) qualora non fossero state (o non venissero) recepite le nuove condizioni degli affidamenti *in house providing* (ex art. 12, Dir. 2014/24/UE sugli appalti, art. 17 Dir. 2014/23/UE sulle concessioni e art. 28, Dir. 2014/25/UE sui settori speciali) né all'interno del decreto delegato di riordino delle società partecipate né in quello sugli appalti e concessioni.

Quanto all'ultimo aspetto della "patente" privatistica conseguita dalle società *in house providing* in relazione alla loro affermata natura speciale, essa risultava già inequivocabilmente, a mio parere, dall'implicita deroga all'art. 2380-*bis* c.c. che la giurisprudenza comunitaria aveva introdotto con le sue reiterate sentenze in materia di *in house*, in considerazione della posizione sovraordinata rispetto alle leggi nazionali ordinarie, che nella gerarchia delle fonti le sentenze della Corte di Giustizia occupano³⁷, anche se per molti altri Autori la soluzione era inaccettabile senza un'espressa deroga legislativa³⁸.

Tale deroga è oggi prevista dallo stesso art. 16, comma 4, della bozza di T.U. sulle partecipate che contiene la definizione della fattispecie del controllo analogo, il quale recita: "Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui ai commi da 1 a 3:

a) gli statuti delle società per azioni a partecipazione pubblica possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'art. 2380-*bis* e dell'art. 2409-*novies* del codice civile;

b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'art. 2468, comma 3, del codice civile;

c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'art. 2341-*bis*, comma 1, del codice civile".

Analoghe deroghe sono, da ultimo, contemplate anche in relazione alla disciplina delle società a partecipazione mista pubblico-privata (art. 17, bozza del T.U.) al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa, ed essendo altresì prevista

³⁶Il Consiglio di Stato si è pronunciato in favore dell'autoesecutività immediata della direttiva, ossia prima della scadenza del termine di recepimento (18 aprile 2016), dell'art. 12, lett. c), Dir. 2014/24/UE, nella parte in cui definisce i nuovi presupposti dell'*in house providing* nelle pronunce C.d.S., sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298 (sul caso Cineca); C.d.S., sez. III, 7 maggio 2015; ha invece affermato l'autoesecutività differita al termine di scadenza del recepimento, in C.d.S., sez. VI, 29 maggio 2015, n. 1660; C.d.S., sez. V, 11 settembre 2015, n. 4253.

³⁷In tal senso si rimanda a F. VESSIA, *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., p. 661.

³⁸Per tutti C. IBBA, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in AGE, 2015, p. 416.

che in tali società la designazione dell'amministratore unico o delegato spetti al socio privato.