

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO



Scuola di Dottorato
in Scienze giuridiche

Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Curriculum in Diritto Amministrativo
XXVII ciclo

**IL CONDIZIONAMENTO DEL DIRITTO EUROPEO
SULL'ORGANIZZAZIONE PUBBLICA
DEI SERVIZI ECONOMICI**

*Studio sui limiti derivanti dal diritto dell'Unione europea alla
discrezionalità organizzativa, tra autoproduzione ed esternalizzazione*

– Diritto Amministrativo - IUS/10 –

Candidato
Dott. Gherardo Carullo
R09627

Tutor
Chiar.ma Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Coordinatore del Dottorato
Chiar.mo Prof. Silvio Ferrari

A.A. 2013/2014

ai miei genitori

Ringraziamenti

È forse impossibile ricordare tutti coloro che, in un modo o nell'altro, hanno avuto un ruolo nei tre anni che hanno accompagnato la realizzazione di questo lavoro, aiutando a renderlo possibile. Pertanto, in uno, ringrazio allo stesso modo tutti coloro che, a vario modo, vi hanno direttamente o indirettamente contribuito.

Tra questi, tuttavia, desidero in particolar modo ringraziare la Professoressa Diana-Urania Galetta, la cui costante guida ed i cui preziosi consigli sono stati indispensabili affinché il presente studio potesse essere concepito, prendere forma e vita.

Non meno, desidero altresì ringraziare il Professor Guido Greco che ha accompagnato la stesura con stimoli e suggerimenti che hanno a loro volta arricchito e sviluppato il filo del discorso con utili spunti e riflessioni.

Sommario

Nota d'introduzione.....	1
--------------------------	---

– I –

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI: BREVI CENNI INTRODUTTIVI

1. Partecipazione all'Unione europea e diritto amministrativo nazionale (cenni).....	5
2. Delimitazione dell'ambito di indagine.....	15
2.1. Circostrizione dell'accezione di organizzazione amministrativa al momento dinamico di esercizio della c.d. funzione organizzatrice	15
2.2. Le forme di gestione rilevanti: affidamento in house e società miste nel contesto dei servizi economici	23
3. Premessa storica (rinvio).....	30
4. Le norme ed i principi europei rilevanti: tra libertà fondamentali e regole di concorrenza in senso stretto	32
5. Le principali opzioni organizzative tra autoproduzione ed esternalizzazione: cenni sul quadro normativo nazionale.....	41

– II –

LA SCELTA TRA AUTOPRODUZIONE O ESTERNALIZZAZIONE QUALE MOMENTO DI VALUTAZIONE DISCREZIONALE NON IMMUNE DAL DIRITTO EUROPEO

1. Premessa: l'autonomia del momento di scelta del modello organizzativo rispetto alla successiva procedura di affidamento.....	51
2. L'opzione tra autoriproduzione ed internalizzazione quale momento di scelta discrezionale.....	52
3. Dal modulo organizzativo libero (vincolo solo nazionale), al condizionamento dei principi europei.....	57
3.1. L'insussistenza di un generale obbligo di matrice europea in favore dell'esternalizzazione.....	57
3.2. Il condizionamento sul momento discrezionale quale conseguenza della necessaria applicazione del diritto europeo alle attività a contenuto economico indipendentemente dalla proprietà pubblica o privata.....	67
4. L'apertura al mercato quale limite all'azione successiva dell'Amministrazione: il principio di alternatività tra autoproduzione ed esternalizzazione	76

LIVELLO INTERNO: POTERE DI CONTROLLO SUI SERVIZI
INTERNI ED ONERE DI AFFIDAMENTO MEDIANTE GARA

1. Livello interno dell'organizzazione: in house quale "estrema" estensione delle strutture sulle quali l'amministrazione può (e deve) esercitare un controllo di matrice pubblicistica	81
2. I requisiti dell'in house che definiscono l'ampiezza dei poteri che devono sussistere in capo all'amministrazione controllante	93
2.1. L'intensità del controllo	93
2.2. La compartecipazione pubblica	98
3. La responsabilizzazione dell'amministrazione in ordine tanto alla scelta quanto alla procedura di affidamento	102
4. Riflessioni di sintesi sul "livello interno": il condizionamento nella scelta tra autoproduzione od esternalizzazione derivante e dalla necessaria governance pubblica nell'internalizzazione e dalle opzioni a disposizione dell'Amministrazione per rivolgersi al mercato	108

IL CONFINE TRA AUTOPRODUZIONE E MERCATO: I RAPPORTI
CON L'IMPREDITORIA PRIVATA NELL'*IN HOUSE* E NELLE
SOCIETÀ MISTE

1. Lo sdoppiamento del ruolo dell'Amministrazione in prospettiva del confine tra sfera organizzativa pubblica e mercato	111
2. Il problema della partecipazione privata nell'in house quale indice della necessaria separazione della guida pubblica dagli interessi privati nell'autoproduzione	117
3. La società mista quale modulo organizzativo volto alla cooperazione tra pubblico e privati	122
3.1. Il problema della gara e la scelta del socio negli affidamenti diretti	128
3.2. Superamento della sfera meramente interna nelle società miste quale conseguenza dell'ingresso del socio privato nel momento gestionale	132
4. Riflessioni di sintesi sul "livello di confine": la necessaria separazione tra internalizzazione e mercato e conferma della necessaria governance pubblica nell'internalizzazione	135

LIVELLO ESTERNO: "IMPERMEABILITÀ" TRA
AUTOPRODUZIONE E MERCATO

1. Vincoli territoriali e materiali negli "affidamenti internalizzati" quali limiti	
---	--

alla possibilità di realizzare significative economie di scala e conseguente necessaria verifica della sostenibilità economica dell’iniziativa in autoproduzione	139
1.1. Per le società in house	139
1.2. (segue) e per le società miste.....	143
2. Le norme in materia di aiuti di Stato quali guarentigie europee contro la commistione di ruoli.....	146
2.1. Precisazione del significato di mercato in ottica di aiuti di Stato, non più in antitesi rispetto al concetto di autoproduzione.....	146
2.2. La trasparenza nelle relazioni finanziarie quale rimedio alla commistione di ruoli: vincoli sulla tenuta della contabilità, ma solo in caso di affidamento diretto	148
2.3. Il rapporto tra pubblici poteri ed operatori economici in un’ottica di aiuti di Stato quale indice del divieto per i primi di interferire con le decisioni gestionali dei secondi	156
2.4. Il limite alle compensazioni per oneri di servizio pubblico imposto dalla disciplina sugli aiuti di Stato	164
3. Riflessioni di sintesi sul “livello esterno”: la non commistione degli interessi quale principio cardine, a livello europeo, nella strutturazione dei rapporti tra sfera pubblica e mercato.....	166

– VI –

IL LIMITE EUROPEO ALLA DISCREZIONALITÀ
 NELL’ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI: LA CENTRALITÀ
 DELL’ELEMENTO ECONOMICO QUALE VINCOLO
 ALL’AUTODETERMINAZIONE

1. Principi europei ed organizzazione tra mercato ed autoproduzione: il quadro complessivo emerso induce verso gestioni economicamente sostenibili, anche in ragione dei nuovi vincoli finanziari costituzionali.....	169
2. Istruttoria, ponderazione degli interessi in gioco e modelli di gestione: la ricerca dell’equilibrio tra esigenze europee, finalità perseguite e principio di proporzionalità	178
2.1. Indifferenza della valutazione circa la fattibilità economica rispetto alla definizione degli eventuali oneri di servizio pubblico (...)......	179
2.2. (segue ...) ed il più complesso intreccio degli elementi economici con quelli inerenti la determinazione dell’interesse pubblico.....	182
3. Motivazione della scelta in ordine alla fattibilità e sostenibilità economica della soluzione prescelta in rapporto ai vincoli europei.....	188
4. Elemento economico della scelta ed intensità del sindacato giurisdizionale	192
5. L’ambito applicativo oltre i servizi economici.....	198

* * *

Riflessioni conclusive.....	203
Bibliografia.....	207

Nota d'introduzione

Nella varietà degli studi che si sono occupati delle modalità con cui il diritto europeo, a vario modo, ha influenzato ed influenza il diritto amministrativo nazionale, ancor oggi resta da approfondire un'interessante parte della disciplina inerente l'organizzazione pubblica.

Pur se non mancano autorevoli studi che ben hanno spiegato i modi in cui organizzazione europea e nazionale coesistono e s'influenzano, in particolare analizzando i complessi intrecci, anche procedurali, che da tale coesistenza derivano, ciò che è restato sullo sfondo è il momento di esercizio del potere discrezionale nell'ambito delle scelte organizzative in materia di servizi economici. Eppure, che sussista una pur minima, ineludibile, convergenza, spesso conflittuale, anche di tale funzione con il diritto europeo è ormai cosa che non può passare inosservata.

Tra i numerosi esempi che si potrebbero portare, quello che forse più efficacemente è in grado di rappresentare il fenomeno a cui si allude è l'ormai famoso caso *Parking Brixen*¹. Si tratta, come noto, di un giudizio avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata innanzi alla Corte di giustizia dal Tribunale Regionale per la Giustizia Amministrativa di Bolzano su di una questione in fatto apparentemente banale: l'affidamento, da parte di un ente locale ad una propria partecipata della gestione di due parcheggi.

Astraendo e, quanto più possibile, semplificando la questione, si tratta di un caso in cui un ente locale, nell'esercizio delle proprie competenze, si è trovato a dover decidere come organizzare un servizio di rilevanza economica da prestare a favore dei propri cittadini-utenti. E, nell'esercizio della propria discrezionalità, ha deciso di affidare la gestione ad una sua preesistente partecipata. Il che, a prima vista, appare sostanzialmente piuttosto ragionevole.

Senonché, in tale contesto si inserisce il diritto europeo e, così, la determinazione dell'ente locale, che pur trovava fondamento nella legislazione nazionale², viene dichiarata incompatibile con il mercato interno, in quanto in

¹ Si tratta della nota sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005, nella causa C-458/03, *Parking Brixen*.

² In particolare dell'allora vigente articolo 113, comma 4, lett. a) e comma 5, lett. c), del D.Lgs.

contrasto con il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi: la formula organizzativa prescelta discrezionalmente dall'ente locale si rivela non percorribile, ostando all'affidamento disposto a favore della sua partecipata la disciplina volta alla tutela del mercato interno.

In questi termini la decisione risulta certamente in linea con le finalità perseguite dai Trattati e, quindi, con la tutela della libera circolazione e di prestazione di servizi e, così, la trasparente e non discriminatoria selezione dei contraenti della Pubblica Amministrazione.

Tuttavia, una volta che si sia accettato che un determinato modello di affidamento è compatibile con l'ordinamento europeo solo a specifiche condizioni, sorge l'inevitabile domanda sulle conseguenze che possa determinare detta perimetrazione delle alternative a disposizione delle Amministrazioni nell'organizzazione dei servizi di loro competenza. In altre parole, se un affidamento quale quello disposto nel caso *Parking Brixen* è precluso dal diritto europeo, viene da chiedersi se e quali vincoli di carattere europeo, oltre che nazionale, possano rinvenirsi – e debbano perciò essere considerati – nel momento in cui l'Amministrazione vada a selezionare la formula organizzativa da adottare.

Organizzazione amministrativa e limiti europei alla discrezionalità delle amministrazioni degli Stati membri è dunque l'ottica scelta per l'approfondimento. Obiettivo del presente studio è stato, infatti, di chiarire in che modo tale condizionamento si realizzi e, in concreto, quali conseguenze ciò comporti, anche in ordine al regime degli atti adottati dalle Amministrazioni in tema di organizzazione dei servizi economici di loro competenza.

A tal fine si andranno ad indagare i diversi istituti di diritto europeo, primario e derivato, che, in una progressione ideale dall'unità organizzativa interna sino al rapporto esterno dell'Amministrazione con il mercato, possano determinare più o meno penetranti condizionamenti sull'organizzazione pubblica

del 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL), sul che rilevava infatti F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la "neutralità" delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2005, pag. 1918, che la pronuncia «*mette decisamente in crisi l'affidamento diretto a società in mano pubblica locale totalitaria di servizi pubblici*» secondo il modello delineato da detta norma.

nazionale dei servizi economici.

Giova sottolineare che quelli qui accennati, così come molti degli argomenti che si andranno a trattare, non rappresentano fenomeni del tutto nuovi nel contesto europeo³. Ciò che oggi consente di trarne originali conclusioni, piuttosto che la novità degli argomenti trattati, è semmai proprio la ormai lunga stratificazione di alcuni principi cardine delle discipline rilevanti, anche grazie al determinante ruolo della Corte di giustizia⁴. Il che permette di sviluppare le riflessioni che si esporranno su sufficientemente solide fondamenta.

L'interesse dello studio non è peraltro meramente dogmatico. Se pur la dimostrazione dei riflessi che l'ordinamento europeo può avere sull'ordinamento nazionale è cosa di non poco conto, le conseguenze che se ne possono trarre non si fermano al mero inquadramento teorico. Dall'impostazione del quadro europeo si possono desumere alcune coordinate essenziali in grado di fornire un'utile chiave di lettura anche delle norme nazionali. Sia laddove è stato il nostro legislatore a rimandare espressamente ai principi europei – come, per fare un esempio, nel caso dell'articolo 34, comma

³ Basti pensare che il primo uso del termine *in house* a livello comunitario nell'accezione corrente si rinviene già nella Comunicazione della Commissione sugli Appalti Pubblici nell'Unione Europea (COM(98) 143). Identificano in tale atto la prima ricorrenza dell'istituto in un testo ufficiale europeo anche S. CORNELLA, *L'in house providing nell'Unione europea, in Italia e nel Regno Unito: una prospettiva comparata*, in Atti del Convegno «Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale», Trento, dicembre 2012, pag. 48; F. ASTONE, *La nuova funzione degli statuti nelle società «in house»*, in *Amministrare*, 3, 2011, pag. 330; D. MARRAMA, *La Plenaria nicchia su in house providing e società miste*, in *Gazz. For.*, 2, 2008, pag. 101; C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in *Urb. App.*, 12, 2008, para. 1; M. CHIAPPETTA, *Società miste e affidamenti in house al vaglio del Consiglio di Stato...aspettando il Legislatore*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2, 2008, pag. 377; A. DI GIOVANNI, *L'attuale regime delle società in house providing*, in *Riv. Amm. App.*, 3, 2006, pag. 229; A. CALLEA, *Gli affidamenti "in house,"* in *Amministrare*, 3, 2006, pag. 331; C. ALBERTI, *Appalti «in house», concessioni «in house» ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2001, para. 3. Nella dottrina straniera, per tutti, cfr. J. ARNOULD, *Les contrats de concession, de privatisation et de services «in house» au regard des règles communautaires*, in *RFDA*, 2000, n. 4.

⁴ Definisce «determinante» il ruolo della giurisprudenza europea nel delineare i tratti dell'*in house* D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2007, para. 1. A. CALLEA, *Gli affidamenti "in house,"* cit., pag. 331 parla di «decisivo contributo alla definizione dell'istituto». Più in generale, ha ben descritto il fenomeno di portata trasversale A. GATTO, *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2002, para. 5, secondo cui «la storia dell'integrazione europea dimostra che quando la Corte di giustizia imbecca una strada, gli ordinamenti interni dei singoli Stati membri, prima o poi, finiscono con l'adequarsi».

20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 – sia laddove le norme nazionali siano più semplicemente espressione dei medesimi principi che ispirano il quadro europeo e, perciò, si prestino ad un'interpretazione sistematica che ne renda l'applicazione coerente con il contesto sovranazionale. Con ogni relativa conseguenza in ordine al regime della relativa attività amministrativa e degli atti adottati.

Il tutto anche nell'ottica dei rinnovati articoli 81 e 97 della Costituzione, i quali impongono una profonda rimediazione degli spazi che le società a partecipazione pubblica possono avere non solo nell'organizzazione amministrativa generale, ma anche ai fini del pareggio di bilancio del soggetto proprietario delle quote di riferimento.

In ultimo, peraltro, il presente studio ha l'ambizione di contribuire a dipanare un groviglio legislativo che, tra ordinamento nazionale ed europeo, rende spesso difficile la ricostruzione della disciplina applicabile, anche in ragione del problematico rapporto del nostro legislatore con la disciplina di alcuni dei settori qui rilevanti, quale quello dei servizi pubblici locali.

Anche per tale motivo, dunque, si rendono anzitutto necessarie alcune brevi precisazioni terminologiche e di contenuto, a fronte della altrimenti insuperabile vastità della materia trattata.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E
ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI: BREVI CENNI
INTRODUTTIVI

1. *Partecipazione all'Unione europea e diritto amministrativo nazionale (cenni)*

La sottoscrizione del Trattato di Roma del 1957 ha rappresentato un passo determinante nella storia, non solo giuridica, degli Stati europei, sia di quelli allora fondatori, sia di tutti quelli che, via via, si sono uniti, nonostante forse la partenza sia stata «*in sordina*»¹, rispetto a quanto auspicato da alcuni dei “padri fondatori” dell’Europa², essendosi seguita la via della gradualità e della progressione³.

L’ambizioso progetto di creare un mercato europeo all’interno del quale gli operatori economici potessero muoversi liberamente, così da stringere i legami reciproci tra i vari Paesi aderenti e creare un tessuto di relazioni tanto

¹ Con espressione di E. CHITI, C. FRANCHINI, *L’integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, pag. 11.

² Primi fra tutti JEAN MONNET e ALTIERO SPINELLI, «*i due veri, autentici padri del disegno dell’unificazione europea*», cfr. A. PADOA-SCHIOPPA, *Prefazione*, in U. MORELLI (a cura di), *Altiero Spinelli: il pensiero e l’azione per la federazione europea*, Milano, 2010, pag. 2. Ma gli esempi potrebbero proseguire, si pensi, ad esempio, alla visione di RICHARD COUDENHOVE-KALERGI, il quale, nel rappresentare il futuro dei Paesi europei chiuso nell’alternativa tra «*unione o disintegrazione*», aveva auspicato la creazione di una Confederazione dell’Europa continentale, da cui l’associazione dallo stesso fondata *Paneuropa*, cfr. R. COUDENHOVE-KALERGI, *Storia di Paneuropa*, Milano, 1964.

³ Sul punto si veda l’interessante ricostruzione delle origini dell’Unione europea di S. BATTINI, *L’Unione europea quale originale potere pubblico*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2013, pag. 5 e ss..

stretto da consentire di prevenire conflitti quali i due che si erano consumati nei decenni precedenti⁴, si è presto rivelato obiettivo implicante molto più che la mera abolizione di barriere doganali⁵.

Non stupisce, di conseguenza, che la dottrina si sia concentrata – in taluni casi, da tempo – nello studio del complesso sistema di condizionamenti derivanti dall’adesione all’allora Comunità Economica Europea sul sistema giuri-

⁴Basti al riguardo ricordare che nel preambolo si legge espressamente che gli Stati contraenti hanno sottoscritto il Trattato di Roma del 1957 «*decisi ad assicurare mediante un’azione comune il progresso economico e sociale dei loro paesi, eliminando le barriere che dividono l’Europa, ... risolti a rafforzare, mediante la costituzione di questo complesso di risorse, le difese della pace e della libertà e facendo appello agli altri popoli d’Europa, animati dallo stesso ideale, perché si associno al loro sforzo*». Già nella Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, propulsivo di quella che sarebbe divenuta la CEECA, si legge che «*La creazione di questa potente unità di produzione, aperta a tutti i paesi che vorranno aderirvi e intesa a fornire a tutti i paesi in essa riuniti gli elementi di base della produzione industriale a condizioni uguali, getterà le fondamenta reali della loro unificazione economica*» (testo tradotto reperibile sul portale www.europa.eu). Sul punto S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2001, para. 3, ha peraltro sottolineato che solo apparentemente la Comunità esauriva i suoi scopi nell’economia, posto che «*in realtà, gli scopi della costruzione europea sono stati, fin dall’inizio, politici, essendo orientati verso l’istituzione di un potere politico generale*». In proposito, in un recente scritto, G. GUARINO, *Un saggio di verità sull’Europa e sull’Euro*, in *Giuseppugarino.it*, 2012, pag. 3, dopo aver ricordato come l’ideale europeo fosse stato proposto già prima del secondo conflitto mondiale da menti illuminate quali Einaudi e Don Sturzo, Lionel Robbins, Altiero Spinelli e, nel 1950 Schumann e Monnet, che nel condividere l’obiettivo federalista, ne proposero un’attuazione per gradi, afferma che la CEE costituì una «*meravigliosa costruzione il cui concorso ad uno sviluppo comune sarebbe stato considerevole*».

⁵Come confermano N. CATALANO, R. SCARPA, *Principi di diritto comunitario*, Milano, 1984, pag. 23, secondo i quali «*il mercato comune è molto di più che l’unione doganale, perché non si accontenta della mera abolizione degli ostacoli alla libera circolazione ...[,] deve necessariamente comportare la creazione di una struttura nuova, con poteri autonomi e con propria personalità giuridica distinta da quella degli Stati membri*». Il che è dato ormai pacifico non solo nella dottrina strettamente giuridica, ma anche negli studi di più ampio respiro, cfr. ad esempio G. LASCHI, *Memoria d’Europa: riflessioni su dittature, autoritarismo, bonapartismo e svolte democratiche*, Milano, 2012, pag. 256, la quale sottolinea proprio che, eliminati dazi e frontiere, «*le disparità esistenti acquisteranno un peso ancora maggiore*» e, quindi, di interventi armonizzazione di sempre più penetrante portata. Secondo P. MENGOZZI, *Il contributo del diritto alla determinazione dell’identità dell’Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2011, para. 8, il processo di integrazione ha costituito «*nell’esperienza umana un fenomeno completamente nuovo che ha portato ... ad una messa in comune dei destini dei popoli che hanno partecipato a tale processo*». Nella dottrina giuridica, tra gli innumerevoli studi che si sono occupati della questione, si segnala per tutti, F. SORRENTINO, *La Costituzione europea*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, vol. I Parte Generale, II Ed., Milano, 2007, pag. 15 e ss., il quale descrive l’Unione europea come un continuo processo evolutivo iniziato negli anni ‘50, «*da un lato, in quanto questi organismi, sebbene deputati a svolgere compiti di unificazione e di regolazione dei rispettivi mercati, erano indirizzati, in prospettiva, a perseguire finalità d’integrazione politico-sociale tra i popoli degli Stati fondatori, dall’altro, in quanto il successo di quelle esperienze induceva gli Stati a perfezionarle, via via estendendole a settori connessi con quelli economici, e a promuovere l’ingresso di nuovi partners*».

dico nazionale. In proposito basta qui sottolineare che i riflessi sull'ordinamento interno della partecipazione alla, oggi, Unione europea⁶, sono stati e continuano sempre più ad essere, in tutti i campi del diritto, numerosissimi, a partire dalle fondamenta stesse dello Stato, che ha visto ridisegnati non solo i suoi compiti, ma anche le proprie modalità di relazione con i cittadini, le istituzioni sovranazionali e gli altri Stati membri⁷.

Senza poter certo addentrarci nell'analisi dei vari campi in cui si è avvertita l'incidenza delle norme europee sugli istituti nazionali, basta qui rilevare che si tratta di fenomeno di carattere generale. Gli studi che hanno affrontato il tema hanno infatti già dimostrato il peso del diritto europeo sui più svariati rami dell'ordinamento, a partire dal diritto privato⁸, sino, addirittura, alla materia penale⁹.

Anche solo concentrando l'attenzione sul diritto amministrativo, le implicazioni che la partecipazione ad un'organizzazione sovranazionale quale quella europea ha determinato sono innumerevoli, tanto che si è addirittura sostenuto che il diritto amministrativo sarebbe ormai europeizzato nel suo complesso¹⁰, come parrebbe avvalorare la quantità di studi che si sono occupati del

⁶ Pur nell'attuale sistema dell'Unione europea e del diritto europeo, nel proseguo del testo si utilizzerà ancora, quale sinonimo, l'aggettivo *comunitario*, in segno di continuità rispetto alle più tradizionali definizioni.

⁷ Sull'argomento, per tutti, S. CASSESE, *L'arena pubblica nuovi paradigmi per lo stato*, in *Riv. Trim. App.*, 3, 2001, il quale descrive i molteplici modi in cui le interazioni tra i soggetti pubblici e privati sono cambiati nei tempi più recenti, anche per effetto dell'influenza europea.

⁸ Per tutti si veda L.V. MOSCARINI, *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, Milano, 2009, pag. 236, il quale parla di «europeizzazione del diritto privato», a sua volta riportandosi a quanto descritto nelle opere di M. CAPPELLETTI, A. PIZZORUSSO, *L'Influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, e di N. LIPARI, *Diritto privato europeo*, Padova, 1997.

⁹ Anche in questo caso, data la vastità dell'argomento, si rimanda, per tutti, a C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*, Milano, 2007.

¹⁰ In tal senso G. SCIULLO, *L'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in *Giustamm.it*, 3, 2007. Ma i commenti, anche più autorevoli, che sono giunti a simili conclusioni non mancano nei più svariati settori del Diritto Amministrativo, si veda ad esempio A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XI Ed., Torino, 2014, pag. 58, secondo cui, anche nell'ambito della trattazione della nozione di interesse legittimo, sconosciuta in ambito europeo, «si deve tener presente l'influsso sempre maggiore del diritto comunitario sul nostro ordinamento. Nei settori di sua competenza l'ordinamento dell'Unione europea ha inciso profondamente anche sul diritto amministrativo dei Paesi associati, introducendo elementi ed istituti comuni e promuovendo lo sviluppo dei diversi ordinamenti nazionali secondo direttrici omogenee».

fenomeno¹¹.

Si è infatti del tutto condivisibilmente notato che anche solo la mera applicazione delle norme in materia di concorrenza in senso ampio, ivi incluse dunque anche quelle volte alla creazione del mercato unico¹², incidono inevitabilmente sul diritto amministrativo, in quanto richiedono l'acquisizione di specifiche specializzazioni, procedimenti amministrativi particolari e controlli giurisdizionali *ad hoc*¹³.

In tale prospettiva può notarsi che l'intervento di riforma europeo ha in prima istanza investito i singoli settori sui quali è direttamente intervenuto. Il che, tuttavia, non significa affatto che tale intervento settoriale sia stato di poco conto, avendo talvolta determinato stravolgimenti anche radicali, ridisegnando in modo profondo gli istituti e le categorie nazionali in modo coerente a quello che è stato definito il c.d. "imperativo del mercato interno"¹⁴.

¹¹ Solo per citarne alcuni, cfr. G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011; S. BATTINI, G. VESPERINI (a cura di), *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, Milano, 2008; S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II Ed., Milano, 2007, pag. 1; D.-U. GALETTA, *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif italien: un cadre général*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2007; G. GRECO, *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2007; *Ibid.*, *I rapporti tra ordinamento nazionale e comunitario*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II Ed., Milano, 2007, pag. 827; *Ibid.*, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, I Ed., Milano, 1997, pag. 933; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007 e *ibid.*, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2005; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione*, cit.; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Padova, 1992.

¹² La precisazione è doverosa in quanto vi è una netta distinzione, da tener fin d'ora presente, tra *regole di concorrenza* propriamente dette secondo le definizioni dei Trattati – ossia le norme di cui agli articoli 101 e seguenti del TFUE (già articoli 81 e ss. del TCE) – e le norme inerenti le c.d. libertà fondamentali, ossia quelle atte a garantire la libertà di stabilimento e di libera circolazione di capitali, persone e servizi in vista della creazione del mercato unico. Data la rilevanza che la distinzione ha nell'ambito del presente studio, sul punto si tornerà più volte, ma si veda in particolare, nel presente capitolo, il § 4.

¹³ Così M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2004, para. 1. In particolare l'Autore sottolinea che «l'applicazione della disciplina della concorrenza ha inciso su istituti particolari del diritto amministrativo, favorendo l'estensione di alcuni strumenti, come le procedure ad evidenza pubblica, e in particolare le gare, nella materia dei contratti pubblici; contribuendo a limitare l'impiego di altri strumenti, come le associazioni temporanee di imprese e le concessioni amministrative; conducendo a ravvisare illeciti nell'attività dei consorzi di coordinamento della produzione sottoposti a vigilanza pubblica», cfr. *ivi*, para. 4.

¹⁴ Parafrasando l'espressione di R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, VII Ed., Oxford, 2012, pag. 51 «*the single market imperative*». In termini analoghi anche G. TESAURO, *Diritto co-*

Del resto, si è rilevato che l'esigenza di dare corretta attuazione al diritto europeo ha richiesto una specifica attività di miglioramento della «*capacità amministrativa di dare attuazione al diritto dell'Unione*», la quale è stata garantita non solo attraverso il controllo da parte della Corte di giustizia e della Commissione, ma anche da specifiche iniziative di «*coordinamento, completamento e supporto promosse dalle stesse istituzioni europee*»¹⁵.

Parallelamente a detto fenomeno settoriale, si è poi assistito ad un'espansione, per così dire, «*a macchia d'olio*», anche su settori non direttamente interessati dalla normazione comunitaria¹⁶. In questo senso, quindi, si è

munitario, VII Ed., Padova, 2012, pag. 365, secondo il quale «*nel processo di integrazione europea globalmente considerato, la realizzazione di un mercato comune ... ha avuto da sempre un ruolo centrale*». A dimostrazione del peso dell'intervento europeo, basti richiamare G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, pag. 20, secondo cui «*tutte le discipline di settore, nel breve volgere di un lustro, sono radicalmente riformate. I regimi di riserva consentiti dall'art. 43 cost. sono in larga misura superati: è il diritto europeo a stabilire in quali casi è eccezionalmente ammesso il conferimento di diritti speciali ed esclusivi*». Sul punto, oltre di nuovo a G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II Ed., Milano, 2003, pag. 2189 e ss., anche N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II Ed., Milano, 2003, pag. 2265, e, dalla medesima Autrice, *Le telecomunicazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II Ed., Milano, 2003, pag. 2391. In chiave europea si vedano sui medesimi temi: N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II Ed., Milano, 2007, pag. 1007; D.-U. GALETTA, M. GIAVAZZI, *Trasporti terrestri*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II Ed., Milano, 2007, pag. 2174; R. PEREZ, *Comunicazioni elettroniche*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II Ed., Milano, 2007, pag. 783. Sui temi dei servizi a rete e, quindi, dei connessi problemi qualificatori e di contenuto dei servizi stessi, in chiave comparatistica ed in prospettiva europea *post* liberalizzazione, si veda E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa: concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano, 2000. Tali settori, tuttavia, per le ragioni che verranno espone nel proseguito, resteranno esclusi dal presente studio, sul che v. *infra*, § 2.

¹⁵ Il testo delle due citazioni è di G. VESPERINI, *Il vincolo europeo*, cit., pag. 4, il quale offre una breve sintesi dei vari settori in cui l'intervento europeo ha, nel tempo, influenzato il regime amministrativo nazionale (*ivi*, pagg. 11-14). Sulla rilevanza del coordinamento nella fase di adeguamento del diritto nazionale, oltre alla dottrina che si analizzerà nel presente capitolo al paragrafo 2.1, si veda E. SCHMIDT ASSMANN, *Forme di cooperazione amministrativa europea*, in *Dir. Amm.*, 3, 2003, pag. 473.

¹⁶ Secondo un fenomeno da più parti descritto, ad esempio A. MASSERA, *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 4, 2005, para. 8, secondo cui «*tutta la materia amministrativa è oggi, nel nostro ordinamento, materia «europeizzata», anche al di là dei settori materiali di attività che sono oggetto delle competenze comunitarie, con una decisione che non costituisce certamente un atto dovuto di adeguamento, ma una scelta ordinamentale ben caratterizzata, che va nella direzione del monismo, proprio in uno di quei campi ove sono finora state maggiori le specificità e, per così dire, le gelosie nazionali*». Sul punto anche F. ITALO, *Diritto comunitario e diritto nazionale, una convivenza problematica. Riflessi sulla materia degli appalti pubblici*, in *Urb. App.*, 6, 2007, para. 1, il quale afferma che «*l'influsso del diritto UE si fa sen-*

osservato che l'influenza europea, non solo nelle materie di interesse europeo, agisce su un piano più generale ed astratto, che ha portato ad intaccare anche i principi generali dell'azione amministrativa¹⁷.

Riprendendo la suddivisione con cui il Benvenuti affrontava l'analisi dello studio del diritto amministrativo nei suoi celebri *Appunti*¹⁸, e quindi distin-

tire anche in ambiti ancora riservati al legislatore nazionale».

¹⁷In proposito, già da tempo D.-U. GALETTA, *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 1997, para. 5, aveva affermato che «sorge spontanea la domanda ... se ed in che misura sia possibile sostenere ancora che l'influenza del diritto comunitario sugli ordinamenti interni degli Stati membri vada limitata a quei settori ove il diritto comunitario stesso prevalga sul diritto interno degli Stati membri». Sul punto anche J. SCHWARZE, *European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon*, in *EPL*, 2, 2012, pag. 289, secondo il quale «the general principles of administrative law as elaborated by the Court of Justice have ... become an instrument and promoter of an evolution of a common European administrative law». Si veda poi la copiosa dottrina, citata anche dalla stessa Autrice, tra cui vale ricordare S. CASSESE, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 1991, pag. 3 e ss., *ibid.*, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 1992, pag. 23 e ss., *ibid.*, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 1993, pag. 329; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 1991, pag. 351 e ss.; M.P. CHITI, *Implicazioni amministrative della integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 4, 1992, pag. 1175 e ss.; *ibid.*, *The Role of the European Court of Justice in the Development of General Principles and their possible Codification*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 1995, pag. 661 e ss.; G. GRECO, *Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione: un'ulteriore fonte (combinata) di obblighi e di poteri amministrativi per gli Stati membri?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 4, 1992, pag. 1315 e ss.; E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 4, 1992, pag. 1209 e ss.; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 1994, pag. 521 e ss.. Più di recente, in senso sostanzialmente conforme, si è infatti notato che «nonostante la più volte dichiarata incompetenza dell'Unione europea in ambito processuale, a salvaguardia dell'autonomia degli Stati membri, la posizione del diritto comunitario e della relativa giurisprudenza nei riguardi degli istituti processuali nazionali non è certo di indifferenza», M.P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2011.

¹⁸Si ricorderà che l'Autore, negli *Appunti di Diritto Amministrativo*, V Ed., Padova, 1987, oggi in *Scritti Giuridici*, Vol. I, Milano, 2006, pagg. 643-868, dopo un primo inquadramento delle nozioni generali, esponeva la materia ripartendo gli argomenti in più sezioni, la prima inerente «La pubblica amministrazione», ove affrontava la questione definitoria ed il tema dell'organizzazione, la seconda relativa a «L'Attività Amministrativa», ove trattava del procedimento, degli atti e del loro regime, la terza, dedicata a «L'Azione Amministrativa», ove invece, dopo aver descritto degli strumenti dell'Amministrazione, parlava dei fini da questa perseguiti, per passare infine alla quinta su «I rapporti di Diritto Amministrativo e la loro tutela». Tale approccio si riflette poi in più opere dell'Autore, tra cui giova ricordare *Premesse giuridiche allo studio della scienza dell'amministrazione*, in *Atti del I Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 26-29 settembre 1955)*, Milano, 1957, pagg. 85-86, oggi in *Scritti Giuridici*, Vol. II, Milano, 2006, pagg. 1587-1594, ove l'Autore, trattando delle deficienze della scienza del diritto amministrativo, si riferisce ai «problemi della struttura», ai «problemi dell'attività» ed ai «problemi della tutela».

guendo i settori oggetto di attenzione nelle macro categorie corrispondenti ad organizzazione, attività e tutela giurisdizionale¹⁹, può agevolmente dirsi che, almeno in rapporto alle ultime due, la dottrina maggioritaria è ormai concorde sul fatto che un condizionamento vi sia. Semmai quello che ancora può dirsi in discussione è il grado di tale incidenza.

Quanto alla tutela giurisdizionale, i diversi piani sui quali il diritto europeo ha giocato un ruolo di primo piano sono molteplici, come dimostra la copiosa dottrina in proposito²⁰. In particolare è significativo il caso degli appalti pubblici, la cui rilevanza, almeno casistica, si è detto dimostrare come questo si

¹⁹ Come ben noto, si tratta di macro suddivisione che non ha perso di rilevanza anche negli studi più recenti, per tutti cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VI Ed., Torino, 2013, il quale suddivide l'opera in tre parti: «l'organizzazione», «l'attività amministrativa» e «la giustizia amministrativa».

²⁰ A dimostrazione dell'ampiezza delle ripercussioni del diritto europeo sul diritto processuale amministrativo italiano v'è la copiosa produzione dottrinale sul punto. Tra i tanti cfr. S. D'ANCONA, *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2013, pag. 33 e ss.; C. FELIZIANI, *Gli effetti della sentenza di annullamento tra legalità, effettività della tutela e principio di autonomia procedurale degli stati membri. Il punto di vista della Corte di giustizia*, in *Foro amm. CdS*, 12, 2012, pag. 3102 e ss.; G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, Catania, 2010; V. PARISIO, *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, Milano, 2009, pag. 119; A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008; V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2008, pag. 433; R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II Ed., Milano, 2007, pag. 1031; S. MORETTINI, *L'effettività del diritto comunitario ed il processo amministrativo negli Stati membri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2007, pag. 723; G. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Merc. Conc. Reg.*, 3, 2003; ;C. LEONE, *Disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara dalla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, pag. 898 S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002; G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001; D.-U. GALETTA, *Giustizia amministrativa italiana e diritto comunitario: problemi e prospettive di sviluppo nell'ottica di una giustizia amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 1999; F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa: contributo allo studio dell'influenza manifestata dal diritto europeo sul sistema di giustizia amministrativa italiano e sui poteri del giudice amministrativo*, Napoli, 1999; V. CERULLI IRELLI, "Atti amministrativi" di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge merloni, in *Giornale Dir. Amm.*, 11, 1999, pag. 1057; M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997; G. GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 1996, pag. 797; G. RECCHIA, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996; E.M. BARBIERI, *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 1996, pag. 692; R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992; G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 1992; AA.VV., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990.

riveli uno dei più prolifici settori ove registrare «l'atteggiamento dei giudici amministrativi italiani nei confronti del diritto comunitario»²¹.

Quanto all'attività amministrativa, gli studi sembrano essere maggiormente cauti rispetto a quanto si è visto accadere in relazione all'incidenza sull'attività giurisdizionale. Anche se, pure in questo ambito si possono indubbiamente registrare numerosi contributi²². In proposito vale in particolare ricordare quegli studi che, attraverso un'attenta e profonda indagine della giurisprudenza della Corte di giustizia, sono giunti alla conclusione che nemmeno l'autonomia procedurale degli Stati membri sia immune dalle vicende europee, essendo anche questa soggetta a più o meno stringenti vincoli europei²³.

Eppure, tanto l'autonomia procedurale, quanto, soprattutto, l'amministrazione della giustizia, sono in teoria materie sottratte alla compe-

²¹ D.-U. GALETTA, *Giustizia amministrativa italiana e diritto comunitario*, cit., para. II.1. In senso analogo anche F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2010, pag. 7, secondo cui «il diritto comunitario ha svolto un ruolo centrale in ordine alla definizione dei caratteri essenziali e dei confini della disciplina in tema di contratti delle pubbliche amministrazioni e, soprattutto, di appalti pubblici». Nello stesso scritto, in un'ottica più allargata comprendente anche ad altri settori dell'attività amministrativa, ivi, pagg. 113 e seguenti.

²² Solo per fare un esempio, basti ricordare la notissima *querelle* in merito alle conseguenze sul regime degli atti amministrativi contrari al diritto europeo, sul che, per tutti, si vedano i numerosi contributi di G. GRECO succedutisi nel tempo: *Incidenza del diritto comunitario*, cit.; *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale)*, in *Dir. Amm.*, 2, 2003; più recentemente in *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II Ed., Milano, 2007; *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2008; ed in ultimo *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, in *Argomenti di Diritto Amministrativo. Letture*, vol. II Parte Speciale, IV Ed., Milano, 2013. Ma si tratta di argomento trattato da numerosissimi Autori, ad esempio cfr. M. ANTONIOLI, *I principi dell'ordinamento comunitario come principi generali dell'attività amministrativa*, in Atti del Convegno «Procedura, procedimento processo, Atti del Convegno di Urbino», Padova, 2010, pag. 75 e ss.; M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anti-comunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2008; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e regioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2007; C. LEONE, *Disapplicabilità dell'atto*, cit.; C. LEONE, *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2000.

²³ In tal senso D.-U. GALETTA, la quale ha approfonditamente esaminati i riflessi sull'autonomia procedurale dell'ordinamento europeo; tra i più recenti contributi sul tema si segnalano dall'Autrice: *L'autonomia procedurale degli Stati Membri dell'Unione europea, Paradise Lost?*, Torino, 2009; *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Ius Publicum Network Review*, 2011; *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia: linee generali di sviluppo e critica di alcune recenti «involuzioni»*, in *Foro amm. TAR*, 11, 2011; *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Ius Publicum Network Review*, 2012.

tenza dell'Unione europea²⁴. Ma la prassi e l'esperienza, ben studiate e spiegate dalla dottrina citata, hanno dimostrato che tanto il procedimento quanto il processo sono due strumenti che si sono rivelati tanto fondamentali quanto necessari per assicurare l'effettività del diritto europeo²⁵. Con la conseguenza che, anche questi, si sono dovuti piegare alle esigenze via via espresse dal legislatore europeo²⁶, al punto da influenzare, come detto, anche quei settori che, formalmente, sarebbero estranei al fascio di materie investite direttamente dalla

²⁴ Sull'attività giurisdizionale, per tutti, R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, cit., pagg. 1031–1032; sul procedimento D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, cit., *passim*. Il tema delle competenze dell'Unione è argomento troppo vasto per essere affrontato in questa sede. Si pensi anche solo alla possibile rilevanza nel contesto europeo della dottrina delle *compétence de ses compétences* (su cui, per tutti, U. SCHLIESKY, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, Tübingen, 2004, pagg. 368–375), a quelli più concreti, quali il tema delle funzioni amministrative delle istituzioni comunitarie. Sul punto, non potendo andare oltre in questa sede per ragioni di spazio, ci si riporta all'inquadramento di D.-U. GALETTA, *Impatto del diritto UE sul sistema delle fonti del Diritto Amministrativo*, in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2014, pagg. 9–10, la quale spiega che «la delimitazione delle competenze dell'Unione europea si fonda sul principio di attribuzione» il quale «implica ... che l'azione dell'Unione europea sia basata e sulle competenze che risultano in modo specifico da disposizioni del Trattato, e su quelle competenze che si possono desumere in modo implicito da queste disposizioni». Sul rapporto tra principio delle competenze di attribuzione e principio di sussidiarietà, cfr. anche J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, pagg. 133–144, e G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., pagg. 94–98. Per una recente analisi critica del riparto di competenze a seguito del Trattato di Lisbona, si veda L.S. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU Member States?*, in A. BIONDI; P. EECKHOUT (a cura di), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, pag. 85 e ss., mentre per un generale inquadramento delle funzioni, B.G. MATTARELLA, *Le funzioni*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2013, pag. 143 e ss..

²⁵ Come ben spiegato da D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, cit., pag. 11, in alcune materie estranee alle competenze dell'Unione – prima fra tutte quella processuale – il principio di effettività e quello dell'effetto diretto hanno permesso al legislatore europeo di intervenire per assicurare il raggiungimento dei propri obiettivi. Tanto che, sottolinea l'Autrice, il criterio dell'effettività deve essere ormai inteso quale «vero e proprio “obbligo di risultato” in capo alle autorità degli Stati membri» (ivi, pag. 22), le quali sono tenute a collaborare «al fine di garantire che le norme del diritto UE possano esplicare pienamente i loro effetti», D.-U. GALETTA, *Impatto del diritto UE*, cit., pag. 10, ed anche, sul punto, della medesima Autrice, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2013, pag. 92, ove parla «di un effetto conformativo di tipo indiretto in ragione del principio di effettività (o c.d. effetto utile dell'effetto diretto)». Sul principio di effettività si veda anche G. GRECO, *Effettività*, cit., pag. 277; ed anche l'approfondita analisi monografica di S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, 2009; L. D'ANDREA, *Effettività*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 2118 e ss..

²⁶ Il che, tuttavia, sotto un profilo sistematico, non ha portato, fino ad oggi, «a definire in modo organico un diritto del cittadino alla tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione. La preoccupazione principale della Corte pare soprattutto un'altra: è quella di assicurare che le modalità di tutela giurisdizionale negli ordinamenti nazionali siano adeguate all'esigenza di salvaguardare gli interessi dell'Unione europea», cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pag. 88.

normazione dell'Unione.

Dunque, pur a fronte della teorica indifferenza del diritto europeo in relazione a determinati aspetti degli ordinamenti nazionali, si è assistito, proprio in quei settori non oggetto di diretta normazione europea, a numerosi condizionamenti. Val la pena allora di chiedersi se anche in rapporto all'affermata «*autonomia istituzionale*» degli Stati membri²⁷ non sia registrabile una qualche influenza europea²⁸.

Del resto, la dottrina ha da tempo sottolineato il ruolo fondamentale giocato dal diritto comunitario nella trasformazione dei servizi pubblici²⁹, tanto che, in relazione a detto settore, ci si è chiesti «*se, allo stato di evoluzione del diritto europeo, rimanga davvero l'autonomia organizzativa degli Stati membri*»³⁰.

Va da sé che, per lo svolgimento di una qualsivoglia attività da parte delle autorità pubbliche, una qualche forma organizzativa deve pur sempre esiste-

²⁷ Sul che, per tutti, A. MASSERA, *I principi generali*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II Ed., Milano, 2007, pag. 292.

²⁸ Del resto, in dottrina si va sempre più diffondendo l'idea che una qualche incidenza sull'apparato organizzativo ormai via sia, sul punto, oltre la dottrina che via via sarà citata nel proseguo, si veda in particolare E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 4, 2005, para. 1: «*tradizionalmente estranea alle questioni poste dall'integrazione europea, anche l'organizzazione pubblica sta oggi vivendo una stagione di adeguamento ai principi e alle regole comunitarie*».

²⁹ Cfr. M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2003, para. 1, il quale afferma che «*il diritto europeo ha rappresentato un fattore di cambiamento epocale anche nel settore dei servizi pubblici*».

³⁰ Così M.P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei spl tramite società miste*, in *Foro amm. TAR*, 3, 2006, para. 1. Ancora più netta, sul punto, la posizione dell'Autore nell'ultima edizione "individuale" (l'opera è divenuto lavoro collettaneo nelle versioni più recenti) del suo noto volume *Diritto Amministrativo Europeo*, IV Ed., Milano, 2011, ove afferma che la sentenza del 9 marzo 2010, nella causa C-518/07, «*va ben oltre il caso della protezione dei dati personali, dimostrando il formidabile grado di incidenza del diritto dell'Unione sull'organizzazione amministrativa degli Stati (con buona pace per chi ancora si attarda sul principio di autonomia organizzativa)*», *ibid.*, pag. 325; od ancora evidenzia «*la tendenza generale che porta ad erodere continuamente l'affermata autonomia organizzativa degli Stati membri*», *ibid.*, pag. 335. In proposito, non stupisce dunque quanto già da tempo affermato da G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 3, 1996, para. 9, secondo cui «*si è andata sviluppando la preoccupazione che il vento liberalizzatore proveniente da Bruxelles e dalla vicenda comunitaria complessivamente intesa possa spazzar via, o comunque danneggiare in maniera vistosa e a volte intollerabile, l'impianto dei servizi pubblici, in particolare in quei Paesi dove essi hanno radici più profonde e soprattutto di carattere sociale oltre che economico*».

re³¹. Non è allora difficile immaginare che, in modo analogo a quanto è avvenuto in relazione agli strumenti di tutela giurisdizionale ed al procedimento, anche in relazione agli aspetti organizzativi una certa influenza sia registrabile, in ragione degli obiettivi perseguiti dall'Europa sul fronte dei servizi economici. Non a caso si è da tempo parlato in dottrina del «*modello di organizzazione dei servizi pubblici locali derivante dal diritto comunitario*»³².

Prima di passare oltre, tuttavia, si impongono a questo punto alcune brevi precisazioni terminologiche.

2. *Delimitazione dell'ambito di indagine*

2.1. *Circoscrizione dell'accezione di organizzazione amministrativa al momento dinamico di esercizio della c.d. funzione organizzatrice*

Un punto che si deve necessariamente chiarire è cosa si intende in questa sede per condizionamento sull'organizzazione amministrativa.

Va anzitutto chiarito che in questa sede non si vogliono analizzare le nozioni organizzative delle quali l'Europa ha, in un modo o nell'altro, imposto al nostro legislatore l'adozione o la riforma. Sotto un tale profilo, si è già ampiamente sottolineato in dottrina che un'influenza sull'ambito dell'organizzazione l'Europa l'ha già avuta da tempo, quantomeno tramite l'introduzione dell'organismo di diritto pubblico, che ha fornito una nozione sostanziale per l'identificazione dei soggetti sottoposti a determinate discipline pubblicistiche³³, oltre che la base per una rimeditazione circa gli indici rivelatori della na-

³¹ E stata infatti da tempo sottolineata la stretta relazione tra organizzazione ed attività amministrativa, sul che, per tutti, si veda il recente contributo di G. TACCOGNA, *La disciplina dell'organizzazione amministrativa*, Trento, 2014, pagg. 4-7.

³² Utilizza tale espressione A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, pag. 400 e ss., ed anche in *ibid.*, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2001, para. 2. Più di recente, richiama espressione analoga anche M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli users' rights*, in *Dir. Un. Eur.*, 3, 2005, para. I, secondo il quale «*le caratteristiche di quella che è stata chiamata la Nuova Gestione dei Pubblici Servizi in Europa sono state influenzate - se non addirittura determinate - dal diritto della concorrenza: è grazie agli artt. 82 ed 86 ... che la nuova struttura dei Servizi Pubblici basata sulla trasparenza è diventata un modello reale che è stato progressivamente arricchito e si è diffuso nei sistemi di tutti gli Stati membri*».

³³ E l'impatto di tale nozione sostanzialistica è certamente innegabile, come dimostra la non indifferente attenzione mostrata non solo dalla dottrina nazionale – sul che v. note seguenti – ma anche da quella straniera, cfr. ad esempio C. BOVIS, *Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets*, in *CMLR*, 39, 2002, pag. 1039, secondo cui «*the Court held that the aim of the public procurement rules, as well as the at-*

tura pubblica di un ente³⁴.

Come ben noto, poi, in assenza di una definizione generale di pubblica amministrazione nel TFUE, a livello europeo, tanto nella normativa primaria quanto in quella derivata, si registrano molteplici ulteriori norme volte ad individuare, direttamente od indirettamente, l'ambito soggettivo pubblico³⁵, settore per settore³⁶. Basta qui ricordare solo i più noti esempi, tra cui anzitutto non può dimenticarsi la nozione restrittiva di pubblica amministrazione di cui all'articolo 45, paragrafo 4, del TFUE inerente la libera circolazione dei lavoratori, od ancora nei Trattati, la nozione di Stato e di risorse statali di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE, che ha viceversa introdotto un'accezione assai più ampia in tema di aiuti di Stato. Ma gli esempi potrebbero continuare con le numerose figure individuate dalla normazione derivata, quale, ad esempio, la nozione di impresa pubblica di cui alla Direttiva relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese³⁷.

Ciò che intendo indagare è, invece, sino a che punto l'Amministrazione, nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, incontra un limite di derivazione

tainment of freedom of establishment and freedom to provide services, would be jeopardized if the public procurement provisions were to be held inapplicable, solely because entities which were set up by the State to carry out tasks entrusted to by legislation were not formally part of its administrative organization». V. anche H. SCHEPEL, Delegation of regulatory powers to private parties under EC Competition law: towards a procedural public interest test, in CMLR, 39, 2002, pag. 32, secondo cui «[there has been an] emerging consensus among public lawyers that traditional administrative law methods of determining the province of "government" need to be reconsidered».

³⁴ Si allude a quanto esposto da GUIDO GRECO, in ultimo negli *Argomenti di Diritto Amministrativo. Lezioni*, II Ed., Milano, 2013, pagg. 63–68, ove l'Autore, riprendendo l'idea già avanzata in *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2000, pag. 839, ha proposto una serie di indici atti a consentire l'individuazione, con buona approssimazione, degli enti pubblici (amministrativi), quale «*differenza algebrica tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica*», per usare l'espressione dello stesso Autore in G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 1999, para. 5.

³⁵ Cfr. M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, cit., pag. 260. Come ben noto, infatti, a livello europeo si conoscono molteplici nozioni di pubblica amministrazione, cfr. J.A. MORENO MOLINA, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, pag. 561.

³⁶ Si rinvia, pertanto, agli svariati studi sul tema, tra cui si segnalano B. SPAMPINATO, *La nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale e in quello dell'Unione europea*, in *Giornale Dir. Amm.*, 8, 2011; G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. Amm.*, 3, 2007; J.A. MORENO MOLINA, *Le distinte nozioni*, cit..

³⁷ Direttiva della Commissione del 16 novembre 2006, n. 2006/111/CE.

europea nelle scelte inerenti la propria organizzazione.

Si tratta, certamente, di due temi strettamente connessi, posto che difficilmente può scindersi l'oggetto della scelta, ossia le forme organizzative adottabili, dal momento di scelta vero e proprio. Ma proprio partendo da tale considerazione, il punto che ritengo essenziale mettere in luce non è tanto l'estensione del condizionamento europeo sulla nozione statica di pubblica amministrazione, che rappresenta, semmai, la premessa logica del discorso, quanto il riflesso di questa sull'aspetto dinamico dell'organizzazione³⁸. Ossia

³⁸ Secondo la nota distinzione tra l'accezione statica e dinamica della nozione di organizzazione, sul che si veda per tutti R. MARRAMA, *Organizzazione in senso statico ed in senso dinamico*, in L. MAZZAROLLI; G. PERICU; A. ROMANO; F.A. ROVERSI MONACO; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001, pag. 357, il quale ben spiegava che «il termine "organizzazione" può essere inteso in due distinte accezioni: l'una statica e l'altra dinamica. Nella prima l'organizzazione si configura come il risultato dello svolgimento della attività relativa e cioè come l'insieme di strutture predisposte ed esistenti in un preciso momento storico ed in uno specifico contesto per la realizzazione di determinati fini. ... La seconda accezione, quella dinamica, sta ad indicare, invece, l'organizzazione come esercizio della relativa funzione e cioè come l'attività dell'organizzazione». Si tratta, come noto, di distinzione ormai da lungo tempo acquisita, già infatti proposta da M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, pag. 109, secondo cui «anche se la considerazione dell'organizzazione in senso statico è indispensabile per definire il territorio dell'organizzazione ed i caratteri della materia d'organizzazione, questa considerazione non è a sua volta che un'operazione di unificazione concettuale degli effetti dell'attività d'organizzazione. In realtà, il fulcro del fenomeno organizzativo, particolarmente nel campo giuridico, è nell'attività d'organizzazione, e ciò non solo nel senso elementare che l'organizzazione è inscindibilmente legata a quell'attività che, dopo averle dato vita, la alimenta continuamente e continuamente la trasforma per adattarla ai mutevoli bisogni della collettività, ma nel senso più impegnativo che la struttura prodotta non è che l'aspetto effettuale del fatto (meglio, del farsi) d'organizzazione» (sulla rilevanza del contributo citato, che pur non necessita certo di presentazioni, si veda A. SANDULLI, *Mario Nigro, giurista dello Stato democratico-sociale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2010, para. 4 in particolare). Ricollegandosi all'insegnamento di Nigro, G. SCIULLO, *La semplificazione dell'organizzazione*, in *Dir. Amm.*, 2, 2009, conduce poi un'interessante analisi su come possa delinearci un'attività di semplificazione dell'organizzazione amministrativa. Un utile inquadramento è offerto altresì da G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, 2008, pag. 57, il quale, partendo dall'idea che «l'organizzazione è struttura», sottolinea che è proprio «tale profilo strutturale, a costituire il principale fattore di contrapposizione dell'organizzazione (statica), rispetto all'azione, tipicamente (più) dinamica», al quale pure si rinvia per un aggiornato quadro d'insieme sull'argomento (*ibid.*, *passim*, ed in particolare pag. 47). Sul punto è di particolare interesse la prospettiva offerta da M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità*, in *Dir. Amm.*, 1, 2000, para. 2, secondo il quale «il profilo organizzatorio finisce con l'ergersi a sede nella quale è dato prefigurare sia l'azione della pubblica amministrazione, sia i suoi obiettivi, unicamente in vista dei quali la stessa norma attributiva del potere pre-dispone gli strumenti necessari alla sua attuazione», il che permette dunque di apprezzare la centralità del momento di scelta organizzativa che si va analizzando. In chiave europea F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, pag. 111, osserva che anche determinate azioni delle istituzioni europee «sono, in fondo, riconducibili all'esercizio di una funzione organizzatrice vera e propria» e che, peraltro, «in seguito al Trattato di Lisbona ... l'emersione della funzione organizzatrice da ultimo richia-

su quel momento discrezionale nel quale l'Amministrazione, disponendo di un determinato *set* di strumenti, si trova a dover adottare una forma organizzativa, piuttosto che un'altra, scegliendo entro dei limiti non solo nazionali, ma anche di derivazione europea.

Resta perciò estraneo al presente lavoro anche il discorso a valle di tale scelta, ossia le conseguenze organizzative che derivano dalla scelta operata dall'amministrazione – proprio in quanto circostanza prettamente conseguenziale e per lo più sottratta al diritto europeo – se non quale elemento che non può sfuggire alla valutazione dell'Amministrazione nel considerare l'effettiva convenienza della soluzione che intende adottare³⁹.

Si tratta dunque di chiarire quali disposizioni europee vengono in gioco ed in che termini queste costituiscono un limite alla discrezionalità dell'Amministrazione. In altri termini, si vuole indagare quali conseguenze possa avere l'ordinamento europeo sul momento dinamico dell'organizzazione, ossia sulla «*attività organizzante*»⁴⁰, intesa quale espressione di quella funzione riservata all'Autorità pubblica attraverso cui viene determinato l'assetto da conferire alla propria organizzazione, il «*risultato dell'organizzare*»⁴¹.

Il che rappresenta uno dei “nodi cruciali” del problema in quanto, come si vedrà, è proprio in quel momento che entra in gioco quel complesso di nor-

*mata può intravedersi, anche testualmente, nella previsione, quale questione di interesse comune e come materia di possibile intervento normativo delle istituzioni, della “cooperazione amministrativa” (v. artt. 6 e 197 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, d'ora in poi TFUE)». Anche A. POLICE, Organizzazione, pubblico impiego e mezzi, in M.R. SPASIANO E ALTRI (a cura di), La Pubblica Amministrazione e il suo diritto, Milano, 2012, pag. 88, affronta tale duplice natura dell'organizzazione amministrativa, tuttavia riferendo al momento statico «*gli aspetti relativi alla morfologia dei singoli apparati amministrativi*», mentre a quello dinamico, più che la c.d. funzione organizzatrice, le «*relazioni dinamiche che s'instaurano all'interno e all'esterno di ognuno di essi*».*

³⁹ Fenomeno che, comunque, non può certamente essere trascurato, posto che, come sottolineato da A. MALTONI, *L'affidamento dell'attività*, in *L'esternalizzazione strategica nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, 2006, pag. 80, la scelta dell'amministrazione «è destinata a riflettersi sull'assetto organizzativo dell'ente che esternalizza», in ragione del «complessivo riassetto della struttura organizzativa interna» che ne può derivare. Peraltro con l'indubbia necessità di «evitare che, come conseguenza dell'affidamento a soggetti privati di funzioni e compiti pubblici, si creino situazioni che possono definirsi ‘perverse’ ... nel senso che, ... la spesa pubblica relativa all'espletamento di quelle stesse attività, invece che decrescere, aumenti», cfr. *ibid.*, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, pag. 438.

⁴⁰ Con espressione di S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. IV, Padova, 1996, pag. 11.

⁴¹ Così definisce uno dei significati da attribuire al «*termine organizzazione*», V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di Diritto Amministrativo*, III Ed., Torino, 2012, pag. 83.

me europee che, nel loro insieme, assumono un ruolo determinante nell'individuazione della soluzione ottimale, sia sotto un profilo economico, sia concorrenziale, sia di offerta verso l'utenza⁴².

Esulano, invece, dall'ambito di indagine tutti quei fenomeni che, se pur attinenti al medesimo tema dei condizionamenti sull'Amministrazione derivanti dalla partecipazione all'Unione europea, non investono l'assetto organizzativo dell'Amministrazione inteso quale momento dinamico di scelta, ma si pongono a monte di questo.

Non rilevano perciò le questioni legate al fenomeno delle liberalizzazioni⁴³. Per quanto certamente influenzato dal diritto europeo, ed in taluni casi da esso imposto⁴⁴, si tratta di un processo che, nei suoi tratti essenziali, ha lasciato poco margine di scelta sulle opzioni di fondo e che, per di più, almeno nel nostro ordinamento, è stato in via principale attuato mediante atti normativi. Pertanto, alla luce del noto primato del diritto Europeo⁴⁵, e dei conseguenti vincoli ricadenti sul legislatore⁴⁶, detto processo di apertura dei mercati alla concor-

⁴² Parafrasando con l'espressione in virgolette A.M. CECERE, *Public utilities between italian legislation and community law: the in house providing*, in Y. SHEMSHUCHENKO; I. GRITSENKO; O. KRESIN (a cura di), *Droit Européen et droit comparé*, Kiyv-Chambery, 2010, pag. 472, il quale afferma che «*the crux of the problem is to provide citizens with the service by following the most favourable economic conditions and respecting the rules of competition*».

⁴³ Sulla nozione di tale fenomeno, ampiamente studiato sotto molteplici profili, si rimanda, per tutti, a G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 3492, il quale spiega che «*per liberalizzazione amministrativa si intende l'eliminazione o la riduzione degli ostacoli di ordine amministrativo che si frappongono allo svolgimento di attività private. Per liberalizzazione economica, invece, si intende la possibilità di svolgere attività economiche prima inammissibili a causa dell'esistenza di monopoli legali o di accedere a mercati caratterizzati in precedenza da robuste barriere all'ingresso*». Per un recente inquadramento delle liberalizzazioni delle attività economiche nella prospettiva europea, si veda N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà d'impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2013, pag. 603.

⁴⁴ Si pensi, ancora una volta, ai ben noti settori, cui si è già accennato *supra*, gradualmente aperti alla concorrenza per volontà del legislatore europeo, quali l'energia, i trasporti pubblici di linea, le poste, le comunicazioni elettroniche e i trasporti marittimi ed aerei, in relazione ai quali si rinvia, per tutti, ai già citati due Trattati che, rispettivamente in un'ottica nazionale ed europea, offrono una panoramica completa dei fenomeni: S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II Ed., Milano, 2003; M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II Ed., Milano, 2007.

⁴⁵ Sul quale, per tutti, cfr. D.-U. GALETTA, *Impatto del diritto UE*, cit..

⁴⁶ Sul punto, per tutti, M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. Amm.*, 4, 2004, para. 1, afferma che «*in base al Titolo V (art. 117, comma 1, Cost.) letto assieme alle fonti comunitarie e internazionali, il rispetto delle regole e del principio di concorrenza dettati dal diritto comunitario e derivanti dagli obblighi internazionali può considerarsi vincolo per la legislazione sia statale che regionale e condizione della sua le-*

renza, pur avendo avuto innegabili riflessi sull'organizzazione dello Stato, dell'Amministrazione e dei pubblici poteri nel loro complesso, così come sul ruolo dagli stessi giocato nei mercati e nelle economie nazionali⁴⁷, ha poco a che vedere con l'oggetto del presente studio in quanto si pone, per l'appunto, a monte del momento discrezionale qui in esame.

Il presente studio ha inoltre un diverso oggetto anche rispetto agli studi che, già da tempo, hanno efficacemente inquadrato il problema organizzativo e funzionale tra istituzioni nazionali ed europee nell'aspetto relazionale. Tali studi hanno infatti concentrato la loro attenzione sugli istituti introdotti, o rimodellati, per esigenze europee, per poi analizzarne il funzionamento in un'ottica comunitaria. Il che ha portato gli studiosi che se ne sono occupati a concludere che oggi non è più possibile considerare l'amministrazione nazionale quale entità distinta ed autonoma rispetto a quella europea, essendo le stesse ormai intrecciate a tal punto da dover spesso essere considerate in un contesto unitario⁴⁸. Ma anche in questo caso si tratta di riflessioni che si pongono ancora a monte

gittimità».

⁴⁷ In proposito, oltre quanto si dirà nel capitolo IV, § 1, si veda ad esempio la ricostruzione dei cambiamenti determinati da tale processo da M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'Amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.*, 4, 1995, para. 2.

⁴⁸ Sul punto restano fondamentali quei lavori che, in una coerente linea evolutiva dagli anni '90 ad oggi, hanno studiato il fenomeno. A partire dalle intuizioni di C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana*, cit., il quale, in un momento ancora anteriore al vento di liberalizzazioni europeo, aveva studiato i rapporti tra amministrazione nazionale ed europea, individuando un «nuovo modello di amministrazione fondato sul principio della coamministrazione» (*ibid.*, pag. 31 e *passim*). Sul filo di tale ricerca, L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali*, cit., in epoca più recente ha poi portato la ricerca un passo oltre, studiando l'evoluzione di detti rapporti ed analizzando vari settori oggetto di disciplina europea dagli anni '90 in poi, concludendo in favore del superamento dei tradizionali modelli di azione comunitaria (diretta, indiretta, coamministrazione, integrazione decentrata), e sottolineando invece l'esigenza di «conferire unità alla cura della funzione che incorpora un interesse pubblico composito che trascende gli Stati membri» (*ibid.*, pag. 260). In linea con tale pensiero, in una prospettiva allargata rispetto al solo Diritto Amministrativo, G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, che ha avanzato «il dubbio che non sia in atto una sorta di *translatio imperii*, dai vecchi ai nuovi detentori della sovranità, ma un processo ben più complesso di moltiplicazione e diversificazione delle istanze decisionali» (*ibid.*, pag. 20). Ed, infine, a «chiusura» dei precedenti studi, si inserisce il recente contributo di G. VESPERINI, *Il vincolo europeo*, cit., il quale, attraverso un'attenta analisi di alcune discipline specifiche (diplomi d'istruzione superiore, regimi nazionali di autorizzazione preventiva, circolazione e diritti di soggiorno dei cittadini europei e dei loro familiari, autorità indipendenti), offre un rinnovato inquadramento dell'assetto del diritto amministrativo e delle amministrazioni, sia nazionali che europee in un contesto «unitario». Sul tema dell'intreccio tra amministrazione nazionale ed europea, si veda poi anche S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario: contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006, il quale analizza le conseguenze di tale fenomeno sul regime degli atti amministrativi.

del fenomeno che si vuole analizzare⁴⁹.

Restano inoltre solo sullo sfondo del presente discorso i profili attinenti all'inquadramento dogmatico, sotto un profilo prettamente interno, di alcuni istituti che solo indirettamente si andranno a toccare, quali l'annoso dibattito sulla natura delle società a partecipazione pubblica⁵⁰, del loro regime⁵¹ e dei riflessi della partecipazione pubblica sulle modalità di *governance* societaria⁵².

⁴⁹ Come ben spiegato da F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, cit., pag. 179, «queste forme ulteriori e più innovative di coordinamento ... possono assumere anche la forma di coordinamento per principi, ... ma sempre rispettose di determinati standard elaborati in seno a specifici organismi "compartecipati"». Per una panoramica delle diverse teorie relative al fenomeno dell'intreccio dell'Amministrazione europea con quella nazionale, L. BARONI, *I modelli di amministrazione: diretta, indiretta e altre forme "intrecciate,"* in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2014, pag. 231 e ss..

⁵⁰ Problema che ancor oggi può ancora ben rappresentarsi con la domanda «privato *nel* pubblico o pubblico *nel* privato?», avanzata da G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in Atti del Convegno «Le società pubbliche», Venezia, novembre 2004, pag. 6. Per l'ampiezza del tema, in proposito basti ricordare che le Società pubbliche sono solo quelle in cui lo Stato o altri enti pubblici detengono la totalità o la maggioranza delle azioni, esercitando il controllo della società, cfr. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, pag. 439. In proposito la dottrina è quanto mai vasta, si ricordano, per citarne alcuni: M. DUGATO (a cura di), *Le Società a partecipazione pubblica*, in *Giornale Dir. Amm.*, 8-9, 2013; A. MASSERA, *Le Società pubbliche*, in *Giornale Dir. Amm.*, 8, 2009; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2, 2009; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società legali in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009; V. DOMENICHELLI, *Servizi pubblici e società di capitali in Italia: alla ricerca del giudice*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2007; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; F. GOISIS, S. CASSESE, *Imprese Pubbliche*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 2960 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2006; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 5-6, 2006; F. FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.*, III, 2005; M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. Amm.*, 2, 2005; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; ; R. GAROFOLI, *Società in mano pubblica: forma, natura e problemi*, in *Urb. App.*, 3, 1998; D. STORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 1997; M. RENNA, *La società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, in *Dir. Amm.*, 1, 1996; C. IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992; F. MERUSI, *Impresa pubblica e statuto dell'impresa*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988; A. ROSSI, *Profili giuridici della Società a partecipazione statale*, Milano, 1977.

⁵¹ Tema la cui complessità è ben descritta dall'espressione «campo minato», cui fa cenno F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in Atti del Convegno «Le società pubbliche», Venezia, novembre 2004, pag. 31, ed in merito al quale, pertanto, si rinvia alla dottrina richiamata alla nota precedente ed in quella successiva alla presente.

⁵² Sul punto la dottrina è assai vasta, si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività: G. GRÜNER, *Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, in *Dir. Ec.*, 2, 2012; R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle im-*

Per quanto tali questioni siano di sicuro interesse, come conferma la mole di lavori in proposito, da un lato non pare che il presente studio potrebbe aggiungere alcunché a quanto già si è detto in proposito, vista anche l'autorevolezza degli studiosi che se ne sono occupati, ma, soprattutto, eventuali approdi innovativi circa tali ultime questioni non aggiungerebbero comunque molto al discorso che, invece, è qui di centrale importanza e che intendo pertanto approfondire.

In ultimo non rileva in questa sede neppure la progressiva perdita di peso degli Stati nazionali da più parti rilevata nella determinazione delle scelte economiche, sempre più dipendenti dal contesto globale e dai condizionamenti da questo derivanti⁵³. Si tratta di problemi che vanno molto al di là di quanto inte-

prese partecipate da regioni ed enti locali, Napoli, 2012; F. ASTONE, *La nuova funzione*, cit.; C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2007, pagg. 191–270; G. BASSI, S. CAPACCI, A. MASSARI, F. MORETTI, *Le Società a partecipazione pubblica locale. Nuovi aspetti di governance, organizzazione e gestione tra diritto comunitario e riforma nazionale dei servizi e del diritto societario*, Rimini, 2006; G. PIPERATA, *Governance e servizi pubblici*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizzazione del paese*, Milano, 2005, pag. 157 e ss.; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. Amm.*, 4, 2004. In senso critico rispetto al ricorso alla struttura societaria si veda anche la dottrina citata nel capitolo III, § 1. In prospettiva ribaltata rispetto alla citata dottrina si veda, invece, P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale*, Padova, 2007, il quale conduce un interessante studio sulla trasponibilità, nel settore pubblico, dei moduli e dei canoni di direzione di stampo privatistico.

⁵³ Sul punto si veda ad esempio S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013, il quale analizza il quadro attuale sottolineando come dalla coesistenza degli Stati e di una molteplicità di istituzioni sovranazionali emerga un nuovo regime politico globale, la «*global polity*». Lo stesso Autore aveva peraltro già in precedenza rilevato come vi sia un progressivo arretramento della sovranità statale in conseguenza dell'avanzare di quella dell'economia, cfr. *ibid.*, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in C. FRANCHINI; L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo: riflessione in ricordo di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 2002, pag. 11. Invece, F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2006, pag. 313, ha posto l'accento sulla crisi delle norme statali quale conseguenza della globalizzazione. Ancora M. SCIUTO, *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità statale nel mercato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2009, para. 1, sottolinea la tensione tra la dimensione nazionale dell'ambito di incidenza del potere pubblico e la dimensione transnazionale del regolato e le conseguenze che ne derivano, suggerendo che, onde evitare i fallimenti del mercato, la regolazione dovrebbe divenire sovranazionale, attraverso forme di cooperazione internazionale. Sul punto A. MASSERA, *Oltre lo stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2001, para. 1, sottolinea che «*l'internazionalizzazione della finanza finisce per apportare alla sovranità degli Stati stessi limitazioni ben maggiori di quelle derivanti dalla loro adesione a organizzazioni internazionali*». Per un quadro delle diverse teorie sulle tema, anche di stampo sociologico, ed economico, si veda G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2003, ove l'Autore, nell'anticipare le tesi che formeranno poi oggetto di studio in *ibid.*, *Al di là dei confini statuali*, cit., conclude che «*una volta acquisita consapevolezza del fatto che lo Stato non è più l'ente supremo, ma un (tuttora essenziale)*

ressa approfondire in questa sede e dei quali, pertanto, non è certamente proficuo un approfondimento in questa sede.

2.2. *Le forme di gestione rilevanti: affidamento in house e società miste nel contesto dei servizi economici*

Si è efficacemente detto in dottrina che quando si parla di pubblica amministrazione il punto non è chiarire *se* produrre o meno beni o servizi pubblici, ma *quanto* e *come* produrne⁵⁴. In relazione a quest'ultimo aspetto, assumono preminente rilievo le «*forme di gestione*» selezionabili⁵⁵.

Tra queste – per quanto riguarda i moduli in autoproduzione – vengono qui in rilievo gli affidamenti *in house* e le società miste. Tali istituti, quali *species* del fenomeno delle società partecipate e controllate dagli enti pubblici⁵⁶, rappresentano un utile punto di partenza per il presente studio⁵⁷. Sia per l'innegabile rilevanza, dal lato pratico, che rivestono⁵⁸; sia in ragione della ma-

soggetto nello spazio giuridico globale, bisognerebbe anche ripensare criticamente la «dottrina dello Stato», cioè considerarla in prospettiva storica, e gettare le basi di una nuova fase della riflessione giuridica riguardante i pubblici poteri» (I pubblici poteri, cit., para. 12).

⁵⁴ L'espressione è di E. BONELLI, *Pubblica Amministrazione e mercato*, in *Giustamm.it*, 2007, para. 5.

⁵⁵ «*Forme di gestione*», intese quali «*complesso degli strumenti giuridici attraverso i quali l'ente locale provvede ad organizzare il servizio, facendosi direttamente carico delle relative attività ovvero affidandole in tutto od in parte ad altri soggetti, al fine di assicurare l'erogazione del servizio all'utenza secondo parametri che ne garantiscano il più possibile la rispondenza ai bisogni della collettività*», S. D'ANTONIO, *Le forme di gestione. La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, pag. 110.

⁵⁶ Come evidenzia M. CLARICH, *Società di mercato*, cit., il modello dell'*in house*, uno dei modi «*principali di utilizzo dello strumento societario con finalità diverse da quello di esercizio dell'attività di impresa con scopo lucrativo*», è diffuso soprattutto a livello di enti locali, mentre, in rapporto alle società miste, lo stesso Autore sottolinea che queste hanno ormai sostituito da tempo le Aziende municipalizzate, quale «*forma di gestione dei servizi locali perfettamente fungibile*», cfr. M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni*, cit., para. 3.

⁵⁷ Tenuto pur sempre conto che società miste ed *in house* sono solo alcuni degli strumenti, non esclusivi, previsti in via ormai generale per l'espletamento delle missioni di interesse pubblico affidate alle Amministrazioni, secondo un paradigma valido anche al di fuori dei servizi pubblici locali (cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, parere del 18 aprile 2007, n. 456; *Ibid.*, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; *Ibid.*, Sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603; *Ibid.*, Sez. V, 03 giugno 2010, n. 3490).

⁵⁸ Basti al riguardo evidenziare come, secondo il recente *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali* del 7 agosto 2014, a cura del Commissario Straordinario per la revisione della spesa, nel 2012 le partecipate dagli enti locali erano ben 6.349. Dunque in netto aumento, posto che, secondo lo studio condotto da CENTRO STUDI UNIONCAMERE, RICERCHE E STUDI S.P.A. (a cura di), *Le società partecipate dagli enti locali. Edizione 2011*, in *Unioncamere.gov.it*, 2011, pag. 10, a fine 2009 le società di capitali partecipate dagli Enti locali erano 5.512, già in aumento di ben 352 unità rispetto al 2007 (+6,8%), di cui 3.601 (pari al

turità che hanno ormai acquisito, tanto in dottrina⁵⁹ quanto in giurisprudenza⁶⁰, in ordine ai punti che qui maggiormente interessano.

Peraltro, i principi enunciati dalle Corti europee in tema di affidamenti *in house* sono stati in ultimo recepiti anche nel nuovo pacchetto di Direttive in materia di contratti pubblici⁶¹, in tal modo forse riducendo quel «*difetto di armonizzazione*» rivenuto da alcuni nelle pronunce delle Corti Lussemburghesi sul punto⁶². Si tratta di norme che, se pur ancora lontane dalla data di recepimento, sono di particolare interesse in quanto presentano disposizioni dal carat-

65,3% del totale), tramite quota di controllo, ed anche in questo caso in consistente crescita rispetto al 2007 (+6,1%). In proposito si veda anche il volume della Guardia di Finanza di C. VITA, C. VIRNO, A. FIDUCIA, M. BOSCO, R. RIBAUDO (a cura di), *Le Società partecipate dagli Enti Locali*, Lido di Ostia, 2009, ove si studia il fenomeno attraverso un'utile analisi statistico-casistica del tessuto locale italiano. In dottrina, analizza di recente il dato numerico anche M. LAMANDINI, *La composizione degli organi delle società a partecipazione pubblica, il finanziamento delle società ed il ripiano delle perdite*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, pagg. 128–130. Inoltre, tra i tanti che hanno posto l'accento sul rilievo pratico del fenomeno, L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giornale Dir. Amm.*, 7, 2009, para. 1; S. CORNELLA, *L'in house providing nell'Unione europea*, cit., pagg. 43–44.

⁵⁹ Come sottolineato da F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. Ec.*, 2, 2012, pag. 243, infatti, «*il c.d. in house providing costituisce non solo una figura spesso richiamata dal legislatore e frequentemente analizzata dalla giurisprudenza, ma anche ... ampiamente studiata dalla dottrina amministrativistica nel corso degli ultimi anni*». Sul punto la dottrina sul tema è quanto mai vasta. Si rinvia in proposito ai riferimenti di volta in volta indicati nel corso della trattazione sui diversi argomenti affrontati.

⁶⁰ In relazione alla giurisprudenza formatasi sui richiamati istituti, si rimanda a quanto più diffusamente verrà esposto nei capitoli III e IV, sin d'ora solo richiamandosi F. CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Torino, 2011, pag. 42, il quale rileva, con osservazione ancor oggi valida, che non ha ancora trovato significative smentite, in tema di società miste, la nota Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 marzo 2008, n. 1, a conferma dei punti saldi oggi rintracciabile nel complesso sistema di istituti che si va ad analizzare. Cfr. anche, dello stesso Autore sul tema, F. CORTESE, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato: sotto la "lente" del partenariato*, in *Atti del Convegno «Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale»*, Trento, dicembre 2012.

⁶¹ V. artt. 17, 12 e 28, rispettivamente delle nuove direttiva sui contratti pubblici: Direttiva 2014/23/UE (concessioni); Direttiva 2014/24/UE (settori ordinari), Direttiva 2014/25/UE (settori speciali). Come noto, infatti, la positivizzazione operata dalle nuove Direttive è una novità assoluta. Sino ad oggi l'unica norma europea che, in certa misura, si poteva ritenere collegata a detto concetto, come affermato da G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II Ed., Milano, 2007, pag. 476, era l'articolo 23 della Direttiva 2004/17/CE in materia di appalti nei settori speciali. Ma si noti che si trattava di previsione ancora lontana dalla attuale nozione di *in house*.

⁶² Si allude alle considerazioni formulate da F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario*, cit., pag. 65.

tere preciso e non condizionato⁶³ e che, pur avendo in gran parte trasposto i principi già enucleati dalla giurisprudenza, offrono alla materia una più solida e compiuta base interpretativa⁶⁴.

Restano, invece, sullo sfondo le nozioni di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica⁶⁵. Queste, come noto, sono state introdotte dal legislatore europeo al fine di definire l'ambito soggettivo di applicazione delle Direttive in materia di appalti pubblici⁶⁶. Si tratta, in sostanza, di definizioni volte a superare le categorie nazionali tradizionali e ad offrire una definizione applicabile in tutti gli Stati membri.

In quanto tali, tuttavia, queste sono poco utili ai nostri fini.

⁶³ Sull'effetto diretto delle disposizioni europee precise e non condizionate e sul carattere *self executing* delle Direttive, si veda per tutti D.-U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, cit., pagg. 93, 121–122 ed *ibid.*, *Impatto del diritto UE*, cit., pagg. 10–11. Cfr. anche R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, II Ed., Torino, 2010, pag. 476.

⁶⁴ In merito all'importanza interpretativa che una nuova normativa, pur ancora non in vigore, può avere per le fattispecie pregresse, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16. *Contra*, cfr. l'Avvocato Generale Paolo Mengozzi, conclusioni presentate il 27 febbraio 2014 nella causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, secondo cui le nuove norme riflettono una scelta del legislatore che modifica lo stato del diritto solo nel futuro e, pertanto, «ciò non gioca ..., a mio avviso, alcun ruolo nell'interpretazione del diritto quale vigente allo stato attuale».

⁶⁵ Si tratta di istituti ben noti e studiati in dottrina, sui quali si rinvia, tra i tanti, a: G. GRECO, *Lezioni*, cit.; A. MOZZATI, *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Genova, 2012; R. DE NICTOLIS, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture*, II Ed., Roma, 2012; A. CANCRINI, V. CAPUZZA, *Lezioni di legislazione delle opere pubbliche*, II Ed., Roma, 2012; B. SPAMPINATO, *La nozione di pubblica amministrazione*, cit.; C. IAIONE, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, 2010; G. ROSSI, *Le gradazioni*, cit.; M.C. COLOMBO, F.C. COLOMBO, L.P. TRONCONI, *I modelli di amministrazione nell'evoluzione dei caratteri funzionali dell'azione pubblica*, Rimini, 2007; P. CERBO, *Potere organizzativo*, cit.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2005; A. CLARIZIA, *Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge*, in A. CARULLO; A. CLARIZIA (a cura di), *La legge «quadro» in materia di lavori pubblici*, vol. I, IV Ed., Padova, 2004; S. BACCARINI, *Ambito soggettivo di applicazione dell'evidenza pubblica*, in R. VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, II Ed., Padova, 2004; L.R. PERFETTI, A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di giustizia delle Comunità Europee, sezione v, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Dir. Amm.*, 1, 2004; D. MARRAMA, *L'organismo di diritto pubblico e gli appalti di servizi e forniture sotto soglia comunitaria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2004; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2004; P. PERRUGGIA, *Le Sezioni Unite decidono sulla natura degli enti fieristici*, in *Foro it.*, I, 2001; A. MOZZATI, *Osservazioni sulla nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Ec. e dir. terziario*, 1, 1999; B. MAMELI, *Le S.p.A. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di giustizia risolve i dubbi interpretativi*, in *Giur. It.*, 1, 1999; J.A. MORENO MOLINA, *Le distinte nozioni*, cit.

⁶⁶ Sul punto per tutti cfr. G. GRECO, *Imprese pubbliche*, cit. e dottrina citata in nota precedente.

L'integrazione dei requisiti di dette figure non si ricollega alla scelta di esternalizzare o meno il servizio, ma piuttosto dipende unicamente dalle caratteristiche del soggetto agente⁶⁷. Ed infatti la nozione di organismo di diritto pubblico ben potrebbe attagliarsi tanto ad un'entità *in house*, come ad una società mista⁶⁸, come pure ad un diverso soggetto giuridico non rientrante in nessuna delle due categorie⁶⁹. Come pure potrebbe accadere in relazione alla figura dell'impresa pubblica.

E se anche si ritenesse che la nozione di organismo di diritto pubblico possa giocare un qualche ruolo nella definizione dei confini dell'Amministrazione⁷⁰, si tratterebbe comunque di conseguenza indipendente dalla volontà di esternalizzare, o meno. Come si è detto, l'applicabilità della figura è funzionale non al momento dell'affidamento al soggetto eventualmente qualificabile come organismo di diritto pubblico, ma alle successive attività da questo poste in essere. Sono quindi figure che vengono in rilievo a valle della scelta organizzativa.

⁶⁷ Sul punto giova ricordare l'insegnamento di R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, V Ed., Milano, 2008, pag. 287, il quale, nel trattare del problema dell'affidamento del servizio ai *partner* privati di una società mista, avverte che «*la differenza esistente tra pubblico servizio e oggetto dell'appalto di servizi impedisce di sovrapporre due problemi del tutto diversi: la sub-gestione del servizio pubblico affidato alla società mista, la necessità di questa di acquisire in proprio favore la prestazione di servizi*».

⁶⁸ Senza addentrarsi in questa sede nella complessa tematica della qualificazione delle società in mano pubblica, su cui si rimanda alla dottrina citata nel capitolo I, § 2, basta in questa sede rilevare che la sovrapposibilità delle nozioni di società *in house* o mista e di organismo di diritto pubblico, pur non essendo affatto scontata, è difficilmente negabile ove si consideri che nulla esclude che possano coesistere in fatto i requisiti dell'una e dell'altra figura. In tal senso cfr. D. STORACE, *Pubblico e privato*, cit., pagg. 75–77, il quale risolve positivamente il dubbio «*se una certa entità possa sopportare diverse qualificazioni giuridiche in relazione a diverse esigenze giuridiche*». In senso analogo anche A. CLARIZIA, *Ambito oggettivo e soggettivo*, cit., pag. 190, secondo cui l'attrazione espressa ad opera del legislatore delle società di capitali nell'ambito soggettivo di applicazione della c.d. «*legge quadro*» «*rappresenta solo una specificazione chiarificatrice della volontà del legislatore, potendo comunque ipotizzarsi la riconduzione delle stesse in via prevalente all'organismo di diritto pubblico o al concessionario di pubblici servizi*».

⁶⁹ Si veda, in proposito, ad esempio Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5632, che, confermando sul punto quanto giudicato dal T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, con sentenza del 03 luglio 2012, n. 6043, ha riconosciuto in capo alla medesima Società sia i requisiti dell'*in house*, che dell'organismo di diritto pubblico che di ente strumentale ai sensi dell'articolo 13 del d.l. del 4 luglio 2006, n. 223. Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765, che ha riconosciuto la natura di organismo di diritto pubblico ad un'entità *in house*.

⁷⁰ Come rilevato da F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario*, cit., pag. 61, secondo cui «*l'organismo di diritto pubblico viene a condizionare pure i confini delle amministrazioni pubbliche*».

Nel caso degli affidamenti *in house* la giurisprudenza europea non si è limitata a definire criteri ricognitivi della sostanziale natura di un soggetto, ma ha viceversa definito il modo di essere che devono assumere determinati caratteri di un'entità affinché la stessa possa beneficiare di un affidamento diretto da parte dell'Amministrazione controllante. In altri termini, *in house* e società miste rappresentano due alternative selezionabili da parte dell'Amministrazione per l'affidamento diretto, nell'organizzazione dei servizi di propria competenza, solo ove ricorrano precisi presupposti europei.

Quanto poi all'ambito oggettivo, viene in rilievo il complessivo settore dei "servizi economici", senza necessità di delimitare lo studio ai servizi pubblici – pure nella definizione europea di servizi di interesse economico generale –⁷¹, od a quelli locali⁷². L'unica distinzione che interessa in questa sede è quella relativa alla rilevanza economica, o meno, delle attività da espletare⁷³.

⁷¹ Peraltro una siffatta delimitazione non solo si rivelerebbe inutilmente limitativa, ma addirittura anche fuorviante, infatti, come rilevato da F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, pag. 86, «nella nozione di servizio pubblico, come nelle tavole di Tycho Brahe, c'è dentro di tutto, il vero e il falso, e ognuno pesca quel che gli fa più comodo». Il dato peraltro non è affatto nuovo, basti pensare che già F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, pag. 3, affermava che «sarà praticamente impossibile dare una definizione di servizio pubblico avente valore assoluto; essa sarà sempre generica, descrittiva e tendenziale». Affermazione certamente avvalorata dalla mole di dottrina sul punto, tra i tanti si vedano F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. COCCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III Ed., Torino, 2014, pag. 634; V. ITALIA (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Milano, 2010; R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, cit.; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 5517 e ss.; G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006; *ibid.*, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; G. MARCHIANÒ, *I servizi pubblici locali alla luce della finanziaria 2004: moduli di gestione tra concorrenza ed affidamenti diretti*, Bologna, 2004; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2002, pag. 945; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1990.

⁷² Quanto ai servizi pubblici economici di rilevanza nazionale, invece, giova ancora ribadire che non si tratta qui di verificare l'assetto del mercato conferito dal vento di liberalizzazioni degli anni '90. Si tratta, infatti, di settori in relazione ai quali l'intervento del legislatore europeo ha lasciato ben pochi margini di manovra alle Amministrazioni, posto che la relativa disciplina legislativa nazionale non poté che recepire le Direttive europee. Sul quadro nazionale così emerso, si veda l'ancor oggi utile analisi di G. DI GASPARE, A. BARDUSCO, G. CAIA (a cura di), *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (l. 14 novembre 1995, n. 481)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. 2-3, Padova, 1998. Per quei margini di libertà di manovra che ancora residuano alle Amministrazioni anche in questi settori, potrà valere quanto si dirà in generale nel corso della trattazione, senza necessità, ai nostri fini, di una specifica analisi settoriale.

⁷³ In merito a tale distinzione, è noto che, in ambito europeo, si considera «attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato», cfr. *ex*

L'applicabilità dei principi concorrenziali, in senso ampio, che sorreggono il ragionamento condotto in questa sede dipende infatti dalla sola circostanza che vi sia un mercato economico, restando tendenzialmente indifferente, sotto tale aspetto, il carattere pubblico degli interessi eventualmente curati⁷⁴.

Per tale motivo, laddove nel corso della presente trattazione mi riferirò a “servizi”, con ciò intendo implicitamente attività aventi rilevanza economica,

multis, sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2000, nelle cause congiunte C-180-184/98 Pavlov e a., p. 75; da ultimo sentenza del 12 dicembre 2013, nella causa C-327/12, *SOA Nazionale Costruttori*, p. 27. Distinzione che è stata accolta anche in relazione alla differenziazione fra servizi di natura economica e non nel Libro verde sui Servizi di Interesse Generale, COM/2003/0270, § 44, ove si chiarisce altresì che la nozione è soggetta all'evoluzione tecnologica, economica, sociale e politica e che, di conseguenza, è di tipo dinamico ed evolutivo; rivestono in linea generale carattere non economico, secondo la Commissione, le attività «che per loro natura sono intrinsecamente di pertinenza dello Stato», § 45. Nell'innegabile incertezza che permane nonostante l'apporto definitorio della Commissione, ai fini del presente studio si possono considerare come economici quei servizi che presentano i criteri estrapolati da un'autorevole dottrina d'oltremarica analizzando la giurisprudenza europea: «(1) the offering of goods or services on the market, (2) where that activity could, at least in principle, be carried on by a private undertaking in order to make profits. If these requirements are satisfied it is irrelevant that the body is not in fact profit making or that it is not set up for an economic purpose», cfr. A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, V Ed., Oxford, 2014, pag. 127. La complessità del tema è peraltro confermata dalla mole di lavori che si sono occupati del problema, tra i tanti si segnalano: G. MARCHIANÒ, *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5-6, 2013; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010; M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, pag. 1; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2008; L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITTI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II Ed., Milano, 2007, pag. 1806; N. BASSI, *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2006, pag. 69; G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2005, pag. 1219; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato*, cit.; M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2005, pag. 1351; A. GUALDANI, *I servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale*, in A. TRAVI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Padova, 2003; L.R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (Sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2001, pag. 479.

⁷⁴ Come spiegato da F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, cit., para. 8, infatti, «il riferimento alla rilevanza economica dei servizi e la qualificazione dei soggetti incaricati dei servizi come “imprese”, indica il punto di vista economico come quello da assumere per l'identificazione della categoria. In questo quadro si spiega il criterio seguito dalla Corte di giustizia per definire la categoria dei servizi pubblici di rilevanza comunitaria: essa è costruita sulla base dei concetti di impresa e di attività economica». In tal senso anche le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Giuseppe Tesaurò il 10 novembre 1993, nella causa C-364/92, *SAT/Eurocontrol*, ove si legge che, in rapporto questa volta alla nozione d'impresa, «la Corte, nel definire l'ambito d'applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza, ha fatto prevalere, rispetto al tema evocato, considerazioni di indole economica su quelle più strettamente giuridiche» (punto 6).

restando invece esclusi dall'ambito di indagine i c.d. servizi sociali propriamente detti, secondo l'accezione europea⁷⁵.

Pur se, certamente, l'esperienza più recente induce a ritenere che le conclusioni che si raggiungeranno in questa sede potranno trovare principalmente applicazione nel settore dei servizi pubblici locali⁷⁶, anche in virtù della rilevanza economica che gli stessi rivestono⁷⁷. Ma questa è circostanza fattuale che non incide sulle premesse del discorso circa il condizionamento derivante dai principi concorrenziali europei nei termini di cui si è detto.

⁷⁵ La distinzione rilevante in sede europea, infatti, come chiarito dalla dottrina citata alla nota precedente, è tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale (quindi privi del carattere economico), mentre la categoria nazionale dei c.d. servizi sociali non sempre coincide perfettamente con tale ultima nozione, come avvertito da C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CdS*, 3, 2008, para. 2, secondo i quali «la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale va considerata come "un'attività economica" conformemente agli art. 43 e 49 del Trattato UE». Spiega, infatti, F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, cit., para. 3, che «l'attività non è economica o, invece, sociale secondo l'assenza o la presenza di finalità sociali nella disciplina che la riguarda. La discriminante risiede piuttosto nella possibilità che operatori economici che agiscono per scopo di lucro offrano lo stesso tipo di servizio e, quindi, nell'esistenza, attuale o potenziale, di un mercato sul quale i servizi delle gestioni previdenziali si potrebbero porre in concorrenza con quelli offerti dalle società di assicurazione». Sul tema si vedano anche A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II Ed., Milano, 2007. Sul punto anche V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., pag. 150, afferma che «una netta distinzione tra servizi economici e servizi sociali non è sempre agevole». In ragione di tale asincronia, L. SALTARI, *I procedimenti*, cit., para. 5, ha affermato che in merito alla nozione di «interesse economico generale ... sarebbe opportuno giungere a principi comuni». Va tuttavia considerato che, come sottolinea G.F. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2007, pag. 627 e ss., «in tempi recenti l'originaria indifferenza nei riguardi della disciplina dei servizi sociali ha ceduto il passo ad una diversa prospettiva da parte degli organi comunitari», per cui non si può escludere che in futuro i ragionamenti qui condotti non debbano essere estesi anche ai servizi privi di rilevanza economica. Ma per il momento è certamente opportuno mantenere tale delimitazione.

⁷⁶ Si è infatti osservato che «nell'esperienza italiana, l'in house ha trovato una delle sue massime espressioni nel campo della gestione di servizi pubblici», F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. Amm.*, 3, 2008, pag. 594. Per altro verso, peraltro, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato*, cit., pag. 77, ha sottolineato che «se nei servizi nazionali, pur con limiti e ambiguità, i processi di privatizzazione e di liberalizzazione appaiono irreversibili, nei servizi locali rimangono fortemente radicati i tradizionali modelli di intervento pubblico. L'ordinamento europeo, d'altra parte, continua ad astenersi da qualsiasi prescrizione, tranne nei casi in cui si tratta di disarticolare industrie verticalmente integrate. Ciò consente ai principali paesi europei di mantenere chiusi i relativi mercati».

⁷⁷ Il settore dei servizi pubblici locali è, del resto, «uno dei settori più importanti dell'economia nazionale in termini di fatturato e di occupazione complessive», M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corriere Giur.*, 7, 2007, para. 1.

3. *Premessa storica (rinvio)*

Un comune punto di partenza è spesso il dato storico che trova non di rado collocazione nelle prime parti espositive della stessa, (anche) quale strumento per introdurre gli argomenti trattati, contestualizzarli e, così, dare avvio alle riflessioni attuali⁷⁸.

Anche per il presente lavoro il dato storico non è trascurabile, né potrebbe certamente comprendersi pienamente la portata dei fenomeni di cui si tratterà senza conoscere l'evoluzione, non solo giuridica, dell'Europa e delle sue Istituzioni⁷⁹, dei servizi pubblici⁸⁰, e, non ultimo, di quel complesso di norme e principi comunemente riferiti dalla dottrina quale costituzione economica (europea)⁸¹.

⁷⁸ Come infatti rileva A. PADOA-SCHIOPPA, «è sufficiente sfogliare le monografie delle ultime generazioni dei giuristi positivi per trovare frequentemente al loro interno una parte, grande o piccola, della trattazione dedicata alla ricostruzione storica del problema giuridico da loro affrontato», cfr. L. LOSCHIAVO, A colloquio con Antonio Padoa-Schioppa, in *Teoria e st. dir. pr.*, 1, 2008, pagg. 13–14.

⁷⁹ Sul punto, la maggior parte delle opere di tipo manualistico dedicate al diritto europeo recano una parte iniziale sul dato storico. Tra i tanti si possono ricordare: E. CHITI, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2013, pagg. 45–88; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., pagg. 43–124; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., pagg. 1–18; M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, cit., pagg. 3–54; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti*, cit., pagg. 1–30; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, pagg. 1–45. Per un'analisi storica del fenomeno ante-europeo, si veda invece l'ancor attuale ricostruzione di N. CATALANO, R. SCARPA, *Principi di diritto comunitario*, cit., pagg. 1–17, i quali ricompongono il quadro storico-giuridico a partire da un'analisi del fenomeno federale statunitense, fino alla Comunità Economica Europea. In una prospettiva storica ancor più ampia, si veda l'opera di A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, che, nel non facile sforzo di fornire una visuale unitaria del fenomeno giuridico italiano, nello spazio europeo, dall'epoca medievale a quella contemporanea, affronta anche il tema della storia del diritto europeo, quale storia del diritto delle regioni che formarono gli stati dell'Europa moderna e contemporanea (*ivi*, pag. 568). In tal sede l'Autore propone un'interessante prospettiva sul rinnovato interesse per il principio di sussidiarietà, affermando che «non è un caso che proprio ora si impongano all'attenzione degli storici, accanto al modello della genesi dello stato nazionale di matrice inglese e francese, anche i modelli di stato propri di tradizioni differenti, i modelli delle autonomie locali e regionali, i modelli istituzionali dei piccoli stati, propri di tante regioni d'Europa dal medioevo sino all'età moderna, ma anche il modello dell'impero sovranazionale e sovrastatale delineato da Cino da Pistoia e da Dante Alighieri con talune anticipazioni del principio di sussidiarietà che oggi ci appaiono sorprendenti» (*ivi*, pag. 595). Si veda poi anche la dottrina citata nelle seguenti note.

⁸⁰ Cfr. G. DI GASPARÉ, *Il servizio pubblico tra teoria e storia*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizzazione del paese*, Milano, 2005, pag. 141 e ss.; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2000.

⁸¹ Espressione ormai di larga diffusione, con la quale si intende «una serie di principi generali, con rango giuridico superiore, che presiedono all'azione dei pubblici poteri in campo economico e che, correlativamente, definiscono la posizione dei singoli nell'esercizio della loro

Eppure, in questa sede, ritengo possa essere più proficua una diversa strada ricostruttiva che, non partendo dal dato storico, ne dia per acquisita la conoscenza. Ciò per due ordini di ragioni. In primo luogo, si tratta di temi assai noti, non solo ai giuristi, per cui un'esposizione compilativa risulterebbe in gran parte superflua e di scarso interesse. Per altro verso, proprio perché quelli trattati sono argomenti di grande interesse e dibattito, occorrerebbe un'intera opera anche solo per esporne i caratteri storico-evolutivi, come le opere sopra richiamate in nota dimostrano ed alle quali, pertanto, si rinvia integralmente.

Molto più utile e proficuo è, invece, un inquadramento di quei principi, norme ed istituti fondamentali che stanno alla base del discorso oggetto della presente analisi. Quest'ultimo è, infatti, tema trasversale a diversi settori, i cui punti fermi vanno rintracciati tanto nel diritto primario europeo, quanto in quello derivato. Il che può facilmente ingenerare il rischio che il filo conduttore "si perda" nel complesso intreccio che ne deriva.

Ed allora, prima di iniziare a parlare di condizionamenti

*attività lavoratrice e di impresa», secondo la definizione di M.P. CHITI, I caratteri della Costituzione economica europea alla luce della Carta dei diritti fondamentali, in C. FRANCHINI; L. PAGANETTO (a cura di), Stato ed economia all'inizio del XXI secolo: riflessione in ricordo di Massimo Severo Giannini, Bologna, 2002, pag. 52. Parlano di "costituzione economica europea", tra gli altri: N. GULLO, Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno, Napoli, 2012, pag. 11 e ss.; G. PIPERATA, Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato, in *Munus*, 1, 2011, pag. 44; F. MONCERI, Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea, Pisa, 2011; M. LOTTINI, Il mercato europeo, profili pubblicistici, Napoli, 2010, pag. 151 e ss.; N. GULLO, Indirizzo politico ed interesse pubblico economico, in A. CONTIERI; F. FRANCARIO; M. IMMORDINO; A. ZITO (a cura di), L'interesse pubblico tra politica e amministrazione, vol. I, Napoli, 2010, pag. 497; G.L. CECCHINI, Trattato v. Costituzione: le aporie giuridiche del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e del Trattato di Lisbona: un vulnus per il futuro dell'Unione europea, Milano, 2009, pag. 317; L. SALTARI, Accesso e interconnessione. La regolazione delle comunicazioni elettroniche, Milano, 2008, pag. 240; F. GIGLIONI, L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici, Milano, 2008, pag. 24; M. RAMAJOLI, La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della costituzione, in *Dir. Amm.*, 1, 2008, n. 59; V. CERULLI IRELLI, Impresa pubblica, cit., pag. 757; R. NIRO, Art. 41, in R. BIFULCO; A. CELOTTO; M. OLIVETTI (a cura di), Commentario alla Costituzione, Milano, 2006, para. 3.1; G. MONTEDORO, Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della corte costituzionale, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2005, para. 5; M. CLARICH, Servizi pubblici, cit., para. 1-3; S. CASSESE, La costituzione economica europea, cit.; A.Q. CURZIO, Verso la Costituzione Europea: Profili della Costituzione economica europea, Bologna, 2001; S. CATTANEO, Il problema della costituzione economica europea: appunti dal Regno Unito, in *Rass. parl.*, 2, 2000, pag. 323; F. ANGELINI, Ordine pubblico economico e costituzione economica: L'esperienza francese, in *Stud. Parl. pol. cost.*, 3-4, 1999, pag. 138; P. BILANCIA, Modello economico e quadro costituzionale, Torino, 1996, pag. 135 e ss..*

sull'organizzazione dei servizi economici, occorre brevemente chiarire quali norme del diritto europeo vengano principalmente in gioco nell'ambito della presente analisi.

4. *Le norme ed i principi europei rilevanti: tra libertà fondamentali e regole di concorrenza in senso stretto*

Il quadro normativo europeo che qui viene in gioco si compone, essenzialmente, di tre ordini di norme⁸²: quelle volte a garantire la libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali e la libertà di stabilimento e, così, la creazione del mercato interno (c.d. *libertà fondamentali*⁸³); le *regole di concorrenza*, che si distinguono tra regole applicabili alle imprese e norme sugli aiuti concessi dagli Stati; ed infine, la disciplina dei Trattati che sancisce la tendenziale indifferenza europea rispetto ai regimi di proprietà nazionali.

Nel corso dell'indagine si avranno modo di approfondire i vari aspetti qui rilevanti di dette discipline. Per il momento giova precisare in quale accezione si parla, in questa sede, di *principi concorrenziali europei*.

Tornando per un momento al 1957 ed a quanto si è detto circa gli scopi che allora furono solennemente enunciati nel Preambolo del Trattato che i sei Stati fondatori andavano a stipulare, non è superfluo sottolineare che, in un contesto come quello del secondo dopoguerra, la creazione di un mercato, non limitato a determinati settori o materie prime, senza frontiere tra Stati quali la Francia e la Germania, era cosa tutt'altro che scontata⁸⁴.

⁸² Va da sé che quelle analizzate, in quanto qui rilevanti, rappresentano solo una parte delle norme europee che disciplinano, a vario modo, i c.d. servizi di interesse economico generale. Per un completo panorama delle normative europee rilevanti si vedano, per tutti, i vari settori analizzati in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, cit.. Per un quadro completo dei principi (anche nazionali) che possono assumere rilevanza in rapporto ai soli servizi pubblici locali, si veda E. SCOTTI, *I principi informatori dei servizi pubblici locali*, in H. BONURA; M. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica - percorsi e disciplina generale*, Torino, 2011, pag. 3 e ss..

⁸³ Espressione da tempo entrata nel linguaggio comune, cfr. per tutte sentenza della Corte di giustizia del 21 luglio 2005, nella causa C-231/03, *Coname*, p. 16.

⁸⁴ Ha infatti sottolineato S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, cit., para. 1, che le Costituzioni economiche dei principali Paesi europei «alla metà del secolo XX, erano caratterizzate da rigide barriere doganali, che rendevano i mercati quasi esclusivamente nazionali, da pianificazioni più o meno flessibili, da larghi settori pubblici industriali, dalla gestione pubblica dei servizi pubblici e da monete e politiche monetarie strettamente nazionali».

E così, tra le norme che primeggiavano, anche quanto a collocazione sistematica⁸⁵, vi erano quelle finalizzate alla «*instaurazione di un mercato comune*»⁸⁶, ossia le libertà di circolazione di merci, persone, capitali e servizi, e la libertà di stabilimento, oltre al più generale divieto di discriminazione in base alla nazionalità di cui all'odierno articolo 18 del TFUE⁸⁷. Norme la cui importanza non è certo diminuita negli anni, nonostante le numerose modifiche ai Trattati che, nel tempo, hanno ridisegnato i contorni dell'Unione espandendo in modo considerevole le competenze della stessa e le tutele derivanti dal suo ordinamento⁸⁸.

Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, l'espresso divieto di «*discriminazione effettuata in base alla nazionalità*» di cui al citato articolo 18 del TFUE, insieme agli articoli disciplinanti le libertà fondamentali, rappresenta un'espressione specifica del principio generale della parità di trattamento, informatore di tutto il *corpus* normativo dei Trattati⁸⁹.

Si tratta dunque di norme che rispondono ad una *ratio* che non è perfettamente sovrapponibile a quella che, invece, ispira le *regole di concorrenza* di cui agli odierni articoli 101 e seguenti del TFUE⁹⁰. Onde sgombrare il campo da ogni equivoco sul punto, occorre operare una netta distinzione tra i due gruppi di norme.

Nell'uso corrente del termine *concorrenza* si nota spesso l'indistinto riferimento a qualsiasi norma volta a tutelare il confronto competitivo fra due o più

⁸⁵ Dopo i *principi*, di cui alla parte prima del Trattato del '57, la parte seconda al Titolo I dettava infatti le norme relative alla *libera circolazione delle merci*, mentre al Titolo III erano contenute quelle relative alla *libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali*.

⁸⁶ Articolo 2 del Trattato di Roma nella versione originale.

⁸⁷ Già articolo 12 TCE ed articolo 7 nella versione originale del Trattato.

⁸⁸ Infatti, dal '57 ad oggi alle originarie libertà fondamentali sono andati affiancandosi innumerevoli altri diritti c.d. fondamentali, sul che si rinvia al recente contributo di S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013.

⁸⁹ *Ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005, nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, punti 47 e 48; sentenza del 5 dicembre 1989, nella causa C-3/88, *Commissione/Italia*, punto 8; sentenza dell'8 ottobre 1980, nella causa 810/79, *Überschär*, punto 16.

⁹⁰ Come ha infatti sottolineato attenta dottrina, «*nel diritto europeo l'espressione "regole di concorrenza" assume un significato giuridico preciso: sono tali le regole raccolte nel capo primo del titolo settimo del Trattato, intitolato appunto "regole di concorrenza"*», F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2012, para. 2.

imprese all'interno del mercato interno. Tale equiparazione emerge persino nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, ove si legge che «*dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza*»⁹¹.

Ai fini che qui interessano, tuttavia, dall'applicazione dei due *set* di norme in esame discendono diverse conseguenze per le Amministrazioni. Dunque, volendo mantenere l'espressione *regole di concorrenza*, e formule analoghe, per identificare i due diversi ordini di disposizioni contenute nei Trattati, può parlarsi di norme in materia di concorrenza *in senso stretto*, per identificare le disposizioni sul funzionamento del mercato – articoli 101 e seguenti del TFUE – e norme concorrenziali *in senso lato*, ad indicare le norme viceversa volte alla creazione di quel mercato – le c.d. libertà fondamentali –⁹².

In particolare, le prime sono volte a tutelare il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale *nel mercato*⁹³, evitando comportamenti abusivi o

⁹¹ Cfr. sentenza del 13 gennaio 2004, n. 14, ed anche sentenze del 27 luglio 2004, n. 272; del 6 aprile 2005, n. 134; del 27 luglio 2005, n. 336; dell'1 febbraio 2006, n. 29; del 23 novembre 2007, n. 401; del 12 febbraio 2010, n. 45; del 19 dicembre 2012, n. 299; del 15 marzo 2013, n. 38; dell'1 aprile 2014, n. 64. Si veda di recente anche la sentenza del 19 giugno 2012, n. 199, ove la Corte, nel censurare le norme interne, prima richiama le *regole di concorrenza*, espressamente citando l'articolo 106 TFUE – che effettivamente è contenuto nel Capo del Trattato relativo alle *regole di concorrenza* – ma poi ne dà un'interpretazione alla luce della giurisprudenza comunitaria sul c.d. controllo analogo che, invece, come si vedrà, è nozione che trae le sue origini dall'applicazione delle *libertà fondamentali*.

⁹² Ha di recente rimarcato tale distinzione, proprio in commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 199/12 citata in nota precedente, F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali*, cit., che ha criticato il generico riferimento all'espressione *regole di concorrenza* operato dalla Consulta.

⁹³ In proposito ci si limita in questa sede a richiamare quella dottrina d'oltremania secondo cui: «*competition law consists of rules that are intended to protect the process of competition in order to maximise consumer welfare*», R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., pag. 1. Come noto, infatti, il termine concorrenza racchiude un assai più vasto spettro di accezioni, non riassumibili in questa sede, peraltro fortemente legate al contesto storico-sociale, come ben può dimostrare l'evoluzione che la relativa voce enciclopedica ha visto negli anni della Repubblica. Dalla scarna definizione di G. FERRI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1961, il quale, dopo una breve introduzione, rimandava alla voce *Monopolio e concorrenza* (poi ad opera di G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1976), oggi la materia si divide in due approfondite trattazioni, l'una in ottica solo nazionale (M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali III*, Milano, 2010), l'altra in chiave europea (D. DURANTE, *Concorrenza (dir. comunit.)*, in *Enciclopedia del Diritto – Aggiornamento I*, Milano, 1997). Tra i tanti in proposito può citarsi per tutti M. POLO, *Regole rigide e regole flessibili nelle politiche di tutela della concorrenza*, in *Riv. it.*

collusivi da parte delle imprese (pubbliche o private che siano), e solo in tal senso sono finalizzate alla tutela ed al corretto sviluppo *del* mercato interno⁹⁴. Viceversa, le norme inerenti alle libertà fondamentali, come la diversa collocazione conferma, mirano primariamente alla creazione ed al mantenimento *del* mercato unico costituito dall'unione dei singoli mercati nazionali ove, grazie ad una sempre maggiore integrazione, gli operatori economici sono liberi di muoversi liberamente senza restrizioni di alcun tipo⁹⁵.

In altri termini, le norme inerenti le c.d. libertà fondamentali sono volte a creare un mercato unico europeo, inteso quale spazio economico entro il quale gli operatori economici possono muoversi senza restrizioni fondate sulla na-

econ., 1, 2005, pag. 15, il quale sottolinea che l'insieme delle norme in materia di tutela della concorrenza «ha conosciuto e conosce una significativa evoluzione nel tempo».

⁹⁴ Come sottolineato da R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., pag. 51, secondo cui «EU competition law is applied by the Commission and the EU Courts very much with the issue of single market integration in mind». Sul punto anche la dottrina italiana, ad esempio, M. MEGLIANI, *La politica di concorrenza*, in U. DRAETTA; N. PARISINI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale, il diritto sostanziale*, III Ed., Milano, 2010, pag. 194, il quale afferma che «le finalità della politica di concorrenza in ambito europeo rispondono ad esigenze profondamente diverse rispetto a quelle del diritto antitrust americano: se le seconde sono mirate alla massimizzazione del benessere dei consumatori, le prime sono infatti strumentali al conseguimento dell'obiettivo dell'integrazione dei mercati europei». Tale «funzionalizzazione» delle regole di concorrenza sembrerebbe oggi confermata dal Protocollo 27 del TFUE, secondo cui «il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata». Fermo restando tale dato, che in sostanza non pare mai essere stato seriamente messo in dubbio, oggi val la pena di aggiungere che si è creato un nuovo dibattito derivante dalla rimozione di tale previsione dal previgente articolo 3, paragrafo 1, lett. g), TCE (ai sensi del quale il Trattato comportava «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno»). Ci si interroga, in particolare, sul significato di tale modifica, da alcuni definita come un declassamento delle norme *antitrust* da *fine*, a mero strumento, mentre da altri è considerata una mera conferma del ruolo che dette norme già rivestivano nel contesto europeo. Su tale questione cfr. D. GERADIN, A. LAYNE-FARRAR, N. PETTIT, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012, para. 1.90 e ss.. Ad ogni modo pare ancora risolutivo quanto sul punto affermato già in epoca precedente al Trattato di Lisbona da G. TESAURO, *Diritto comunitario*, IV Ed., Padova, 2005, pag. 614, ed oggi ribadito anche alla luce delle nuove norme (v. *ibid.*, *Diritto comunitario*, cit., pagg. 619–620) secondo cui «che poi sia più uno strumento del mercato unico e vada utilizzata principalmente in funzione di quest'ultimo, ... o piuttosto un obiettivo autonomo, meglio ancora assoluto, è una questione che talvolta si pone rispetto al caso concreto, ma che in definitiva non richiede una risposta astratta e di principio».

⁹⁵ Sul punto, basti ricordare infatti che «a differenza di altri sistemi giuridici di cooperazione commerciale, il mercato unico ha come sua caratteristica quella dell'aspirazione alla armonizzazione delle legislazioni nazionali», A. BIONDI, *Alla caccia dei limiti esterni della libera circolazione dei servizi*, in F. BESTAGNO; L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, pag. 78. Sul punto ha osservato G. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge, 2007, pag. 47, che, con l'evolvere ed il maturare del mercato interno, «the Community as a whole has shifted progressively away from establishing an internal market for the promotion of economic liberties towards seeing the internal market process as a means to create greater efficiencies in the EC».

zionalità, ed in tal senso hanno legittimato l'adozione delle norme europee in tema di evidenza pubblica⁹⁶.

Le *regole di concorrenza* postulano, viceversa, l'esistenza di detto mercato unico e mirano a garantire il corretto svolgersi del "gioco concorrenziale"⁹⁷, in un'ottica prettamente "*antitrust*"⁹⁸.

In tale prospettiva le norme dei Trattati inerenti alla creazione del mercato interno, così come le Direttive in materia di contratti pubblici adottate sulla base di queste, rappresentano un fondamentale strumento attraverso il quale il legislatore ha potuto, da un lato, definire quali soggetti siano tenuti al rispetto delle norme in materia di appalti e, dall'altro, a quali condizioni si possano ritenere soddisfatte le esigenze di non discriminazione e di parità di trattamento imposte dal diritto primario, e quindi dal diritto derivato, europeo. Il che, come si vedrà, ha avuto un ruolo fondamentale nel definire i confini organizzativi entro i quali le Pubbliche Amministrazioni possono muoversi senza che le norme a tutela del mercato entrino in gioco.

Tra le *regole di concorrenza* in senso stretto, invece, primeggiano nel Trattato gli articoli 101 e 102 che, in estrema sintesi, sono volti, l'uno, alla repressione delle intese, verticali od orizzontali, lesive della concorrenza (i c.d. cartelli), l'altro a sanzionare gli abusi di posizione dominante sul mercato⁹⁹.

⁹⁶ Come rilevato da F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario*, cit., pag. 7, «l'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche coinvolge in modo più o meno diretto le fondamentali libertà tutelate dal Trattato ...: circolazione delle merci, prestazioni di servizi e stabilimento ..., cui va aggiunto il principio di non discriminazione», il quale ricollega tale circostanza al «ruolo centrale» giocato dal diritto europeo in materia.

⁹⁷ Espressione particolarmente calzante, in quanto le *regole di concorrenza*, mirano, proprio «come le buone regole sportive, a garantire contro chi bara al gioco, sia esso soggetto privato o pubblico», cfr. R. SCARPA, *Trasparenza dei rapporti fra autorità pubbliche ed imprese pubbliche nell'ordinamento comunitario. Una garanzia per le libertà nella vita economica*, in *Giust. civ.*, 4 (parte I), 1983, pag. 1085.

⁹⁸ Ossia, si tratta di norme volte alla «tutela della concorrenza dinamica, intesa come processo dinamico virtuoso orientato dalle libere scelte dei consumatori», cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza*, cit., pag. 244, al quale si rinvia per un approfondito esame della nozione di concorrenza, sia in chiave storica, sia comparata, tra ordinamento nazionale, europeo, americano e tedesco, oltre che in ottica nazionale.

⁹⁹ Trattandosi di materia non propriamente afferente al nostro discorso, si rinvia alla letteratura, nazionale e non, che si è occupata della materia. Si vedano, tra i tanti, per un'utile quadro sui temi di più attuale rilievo, le annuali edizioni di G. GHIDINI, P. MARCHETTI, M. CLARICH, F. DI PORTO (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Milano, 2013 (ma anche le precedenti annate); R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit.; S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011; F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, II Ed., Oxford, 2011; M. ANTONIOLI, *Concorrenza*, in M.P.

Si tratta tuttavia di norme aventi ad oggetto esclusivamente le attività poste in essere dalle imprese, pubbliche o private che siano, nella loro qualità di operatori economici, come la rubrica della Sezione ove le stesse sono contenute ben chiarisce¹⁰⁰. Per tale motivo dette disposizioni, in sé considerate, non assumo alcuna rilevanza in rapporto alle determinazioni assunte dalle autorità pubbliche, nell'esercizio delle loro funzioni, al fine di selezionare la forma di gestione da adottare per l'erogazione di un determinato servizio.

Il discorso è parzialmente diverso, invece, laddove detti articoli vengano letti, e quindi applicati, in congiunto con un'altra fondamentale norma della medesima Sezione del Trattato, ossia l'articolo 106¹⁰¹. Il paragrafo 1 di quest'ultimo, letto in combinato con gli articoli anzidetti, ha portato allo sviluppo di un complesso insieme di principi di matrice giurisprudenziale volti a censurare eventuali misure statali atte a creare, mantenere o facilitare condotte vietate ai sensi degli articoli 101 e 102¹⁰².

CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II Ed., Milano, 2007, pag. 848; A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza: commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Torino, 2007; M. D'ALBERTI, *Concorrenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 1140; E.A. RAFFAELLI, J.-F. BELLIS, *Diritto comunitario della concorrenza*, II Ed., Milano, 2006; A.M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004; G.L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, 2004. Per un breve *excursus* sulle norme europee, primarie e derivate, che nel tempo hanno segnato l'evoluzione della materia, si veda il contributo di V. KORAH, *The reform of EC competition law: the challenge of an optimal enforcement system*, in I. KOKKORIS; I. LIANOS (a cura di), *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*, 2010, pagg. XXIII – XXVIII.

¹⁰⁰ Detti articoli sono infatti contenuti nella Sezione I, dedicata alle *Regole applicabili alle imprese*, del Capo I sulle *regole di concorrenza*, a sua volta facente parte del Titolo VII relativo alle *Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni*.

¹⁰¹ Come noto, ai sensi del primo paragrafo dell'articolo 106 TFUE, gli Stati Membri devono astenersi dall'emanare o mantenere misure contrarie ai Trattati a favore delle imprese pubbliche e di quelle titolari di diritti speciali o esclusivi, mentre ai sensi del secondo paragrafo, le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale, pubbliche o private che siano, sono sottoposte alle regole di concorrenza «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

¹⁰² Tra le prime pronunce applicative degli odierni articoli 101, 102 e 106, paragrafo 1, TFUE, si possono ricordare la sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1974, nella causa C-155/73, *Sacchi*, in particolare punti 14 e 15, così come la successiva sentenza del 3 ottobre 1985, C-311/84, *Télémarketing*, in particolare punti 17 e 18. I principi ivi enunciati hanno poi subito un lungo processo di raffinamento e precisazione nella successiva giurisprudenza, cfr. tra le principali: sentenza del 27 ottobre 1993, nella causa C-69/91, *Decoster*; del 27 ottobre 1993, nella causa C-92/91, *Taillandier*; del 17 luglio 1997, nella causa C-242/95,

Ma anche in questo caso si tratta di rapporti che difficilmente potranno avere riflessi significativi sul momento discrezionale insito nella funzione organizzatrice. Pur se in tale contesto potrebbero assumere rilevanza determinazioni amministrative, il punto è che l'obiettivo perseguito dalle norme, lette in combinato tra loro, resta pur sempre di valutare se la misura statale possa consentire, o rendere più facile, comportamenti anticoncorrenziali. Il che, di conseguenza, solo in senso molto lato potrebbe assumere un qualche rilievo nell'ambito del momento discrezionale inerente la scelta del modello di gestione da adottare¹⁰³.

Di particolare interesse è, invece, la seconda Sezione del Capo relativo alle *regole di concorrenza*, disciplinante gli *aiuti concessi dagli Stati*.

GT-Link; del 12 luglio 1998, nella causa C-163/96, *Raso*; dell'8 giugno 2000, nella causa C-258/98, *Carra*; del 22 maggio 2003, nella causa C-462/99, *Connect Austria*; dell'11 dicembre 2003, nella causa T-65/99, *Strintzis Lines*; del 31 gennaio 2008, nella causa C-380/05, *Centro Europa 7*. In ultimo, si veda la recente sentenza nelle cause riunite C-553/12 e C-154/12, del 17 luglio 2014, *Commissione / DEI (Lignite greca)*, in cui la Corte di giustizia, ribaltando il giudizio del Tribunale sul punto, ha statuito che un'infrazione dell'articolo 106 TFUE letto in combinato disposto con l'articolo 103 TFUE può ritenersi sussistere anche qualora la Commissione non abbia identificato un effettivo abuso della posizione asseritamente dominante. In dottrina, per una recente dettagliata analisi della giurisprudenza citata ed, in generale, sull'applicazione congiunta del diritto *antitrust* con l'articolo 106, si veda D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, cit., pag. 467. Sull'esistenza, o meno, di un diritto delle imprese concorrenti a veder tutelati i loro interessi in quest'ottica, si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II Ed., Milano, 2007, pagg. 56–59 in particolare. In relazione all'applicazione congiunta degli (attuali) articoli 106 e 102 TFUE, per la repressione delle posizioni dominanti favorite o create dal riconoscimento o concessione di diritti speciali od esclusivi, v'è stata un'importante evoluzione giurisprudenziale sin dalla fondamentale sentenza della Corte di Giustizia del 30 aprile 1974, nella causa 155/73, *Sacchi*, seguita poi dalle sentenze: del 19 marzo 1991, nella causa C-202/88, *Francia / Commissione (Terminali di telecomunicazioni)*; del 16 novembre 1977, nella causa 13/77, *GB-Inno-BM/ATAB*; del 23 aprile 1991, nella causa C-41/90, *Höfner*; del 18 giugno 1991, nella causa C-260/89, *ERT*; del 10 dicembre 1991, nella causa C-179/90, *Porto di Genova*; dell'11 dicembre 1997, nella causa C-55/96, *Job Centre II*; del 12 febbraio 1998, nella causa C-163/96, *Silvano Raso*; del 18 giugno 1998, nella causa C-266/96, *Corsica Ferries II*; del 25 giugno 1998, nella causa C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV*; del 29 marzo 2001, nella causa C-163/99, *Portogallo / Commissione*. In dottrina sul punto si vedano P. FATTORI, *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *Merc. Conc. Reg.*, 1, 1999; G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia*, cit..

¹⁰³ Il condizionamento, in questo caso, sarebbe infatti decisamente indiretto. Per poter affermare che tali disposizioni rilevinano nel momento di scelta del modello di gestione, si dovrebbe far risalire il divieto di porre in essere comportamenti anticoncorrenziali, che vengono in gioco solo in fase di esecuzione del servizio, in un momento ancora a questo presupposto. Senza contare, peraltro, che pare scontato che la scelta dell'Amministrazione di internalizzare non possa fondarsi sulla successiva intenzione di porre poi in essere nella fase esecutiva – tanto nel ruolo autoritativo, quanto in quello di operatore economico – comportamenti vietati dal diritto *antitrust* europeo.

Come noto, l'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE non fornisce una precisa definizione di *aiuto di Stato*¹⁰⁴, limitandosi a sancire i requisiti al ricorrere dei quali una misura deve essere considerata incompatibile con il mercato interno¹⁰⁵, in quanto l'applicazione della stessa potrebbe alterare i rapporti di mercato e gli scambi all'interno dello stesso¹⁰⁶.

Tra i vari elementi ivi indicati¹⁰⁷, viene in questa sede in rilievo il carattere statale delle risorse. La lettera della norma recita precisamente che, affinché si possa parlare di aiuti rilevanti ai sensi dei Trattati, gli stessi devono essere «*concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali*».

È bene ricordare che quest'ultima espressione aveva sollevato non pochi interrogativi in merito alla natura cumulativa, o meno, dei due criteri. Il che aveva conseguentemente portato gli interpreti e la giurisprudenza a dividersi tra un'interpretazione rigorosa, che richiedeva il contemporaneo soddisfacimento di entrambi i requisiti, o, in alternativa, di una più permissiva, secondo la quale

¹⁰⁴ Come già da tempo sottolineato, fra i tanti, da I. VAN BAEL, J.-F. BELLIS, *Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*, Torino, 1997, pag. 852. Tale circostanza, peraltro, è stata qualificata «*non necessariamente come uno svantaggio*», M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995, pag. 129, e, in senso analogo, D. SCHINA, *State Aids Under the EEC Treaty Articles 92 to 94*, Oxford, 1987, pag. 13. In ultimo, sul punto, E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato (diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali VI*, Milano, 2013, pag. 21, e A. ALEMANNI, *Aiuti di Stato (dir. com.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 193.

¹⁰⁵ È interessante notare che, anche in virtù di tale riferimento al mercato interno, ma soprattutto in ragione della *ratio* sottesa alle norme di cui agli articoli 107 e seguenti del TFUE, non è mancato chi, in dottrina, abbia criticato la collocazione delle norme in materia di aiuti di Stato tra le *regole di concorrenza*, posto che le stesse ineriscono più che altro alla disciplina del mercato interno, e quindi all'applicazione delle libertà fondamentali. In tal senso si veda ad esempio A. BIONDI, *State aid is falling down, falling down: An analysis of the case law on the notion of aid*, in *CMLR*, 6, 2013, pag. 1723. Il che, pur non avendo determinanti risvolti da un lato pratico, evidenzia comunque che, nell'ambito del presente studio, il nucleo essenziale di norme e principi europei rilevanti è sostanzialmente legato molto più al mercato interno ed alle norme a questo specificamente dedicate, piuttosto che alla tutela della concorrenza in senso stretto.

¹⁰⁶ Spiegano così la *ratio* della norma A. ALEMANNI, *Aiuti di Stato (dir. com.)*, cit., pag. 192, ed E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato*, cit., pag. 21.

¹⁰⁷ Che, nel loro complesso, si ricorderà sono la provenienza statale delle risorse, il carattere selettivo, il conferimento di un vantaggio, il pregiudizio alla concorrenza e la rilevanza nel mercato interno. Per un'analisi più approfondita si rinvia ai numerosi volumi in materia, tra i quali si possono menzionare F.J. SACKER, F. MONTAG, *European State Aid Law: A Commentary*, Oxford, 2013; E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato*, cit.; L. HANCHER, *EU State Aids*, IV Ed., London, 2012; M. HEIDENHAIN, *European State Aid Law*, Munich, 2010; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, Oxford, 2009; C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II Ed., Milano, 2007; A. ALEMANNI, *Aiuti di Stato (dir. com.)*, cit., pag. 192 e ss.; G. LUCHE-NA, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Bari, 2006; M. ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, cit.

era necessaria una sola delle due condizioni¹⁰⁸. In proposito è sufficiente in questa sede ricordare che tale ultima, più ampia lettura dell'espressione, pur inizialmente accolta in alcune pronunce¹⁰⁹, è stata ormai abbandonata da tempo in favore della più rigorosa interpretazione cumulativa.

La Corte di giustizia ha chiarito che «*solo i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali vanno considerati aiuti ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato [ora articolo 107, paragrafo 1, TFUE]*»¹¹⁰. Ne deriva che, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, per potersi qualificare come statale una misura deve provenire ed essere finanziata dallo Stato¹¹¹.

La conseguenza è che, in sede di scrutinio, da parte delle Istituzioni europee, circa la natura di aiuto, o meno, di una misura ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE, si è reso necessario definire a quali condizioni una misura possa dirsi provenire dallo Stato ed essere finanziata con risorse pubbliche. Il che risulta di estremo interesse nell'economia del presente studio in quanto ciò ha portato, tutte le volte in cui un aiuto è stato posto in essere tramite entità distinte dallo Stato, a tratteggiare alcuni fattori rilevanti nel contesto delle relazioni tra autorità pubbliche ed imprese.

¹⁰⁸ Come noto, i dubbi erano sorti circa l'impiego della preposizione disgiuntiva «*ovvero*» nella citata espressione «*aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali*». Per una dettagliata analisi dei due orientamenti, si veda la ricostruzione offerta nelle conclusioni dell'Avvocato Generale F.J. Jacobs presentate il 13 dicembre 2001, nella causa C-482/99, *Francia/Commissione (Stardust Marine)*, punti 51 e seguenti. In dottrina: A. BIONDI, *Some Reflections on the Notion of State Resources in European Community State Aid Law*, in *ILLJ*, vol. 30, 5, 2006, pag. 1432; M. MEROLA, *Le critère de l'utilisation des ressources publiques*, in *Les aides d'État*, Bruxelles, 2005, pag. 15; J.A. WINTER, *Re(de)fining the notion of State aid in Article 87(1) of the EC Treaty*, in *CMLR*, 41, 2004, pag. 475. Per un recente inquadramento della tematica: T. JAEGER, *Goodbye Old Friend: Article 107's Double Control Criterion*, in *EStAL*, 3, 2012, pag. 535 e ss..

¹⁰⁹ V. sentenze della Corte di giustizia del 22 marzo 1977, nella causa 78/76, *Steinike*; del 30 gennaio 1985, nella causa 290/83, *Commissione/Francia*; del 2 febbraio 1988, nelle cause riunite 67/85, 65/85 e 70/85, *Van der Kooy*, punti 28 e 35-38; e del 2 luglio 1974, nella causa 173/73, *Italia/Commissione*, punto 11; e la sentenza del Tribunale del 12 dicembre 1996, nella causa T-358/94, *Air-France/Commissione*, punto 56.

¹¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia nelle cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptune*, punto 19.

¹¹¹ Circostanza che, ormai, può dirsi definitivamente assodata, posto che la successiva giurisprudenza europea ha ripetutamente confermato detta precedente statuizione, espressamente sottolineando l'importanza della sussistenza di entrambi i requisiti: «*determinati vantaggi, per poter essere qualificati come aiuti ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, debbono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali [...] e, dall'altro, essere imputabili allo Stato*», cfr. sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2002, nella causa C-482/99, *Francia/Commissione (Stardust Marine)*, punto 24.

Si può quindi riassuntivamente chiarire che, laddove qui si parla di *principi concorrenziali europei*, con ciò si intendono tanto quelli derivanti dal complesso di norme che sanciscono le c.d. *libertà fondamentali*, sia quelli desumibili dalle *regole di concorrenza* in senso stretto di cui alla disciplina degli aiuti di Stato.

Ciò detto, può passarsi ad un breve inquadramento del contesto nazionale.

5. *Le principali opzioni organizzative tra autoproduzione ed esternalizzazione: cenni sul quadro normativo nazionale*

Volendo trattare della disciplina dei servizi erogati da, o per conto, della pubblica amministrazione, un qualsiasi tentativo di descrivere esaustivamente, in chiave storico-ricostruttiva, il quadro normativo nazionale di riferimento si rivelerebbe obbiettivo difficilmente realizzabile in questa sede¹¹². Anzitutto per la vastità della materia. Anche delimitando l'ambito di indagine, come si è scelto di fare in questa sede, ai servizi aventi rilevanza economica, si dovrebbe comunque affrontare il tema non solo dei servizi pubblici locali, ma anche di quelli di rilievo nazionale.

Non solo. Laddove ci si addentrasse poi nell'analisi della disciplina nazionale dei servizi pubblici locali ci si scontrerebbe subito con l'allarmante tortuosità che ne ha caratterizzato l'evoluzione a partire dalla fine degli anni novanta sino ai tempi più recenti. Senza alcuna esagerazione, si può agevolmente dire che il legislatore è intervenuto in materia con una tecnica legislativa «*per ritaglio ed intarsio*» a dir poco «*disarmonica*»¹¹³, non a caso, spesso oggetto di

¹¹² Ben rende il concetto, se pur limitatamente ai servizi pubblici locali, la colorita espressione di G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Istit. Fed.*, 3, 2011, pag. 381, secondo cui «*rintracciare oggi il filo di Arianna nel dedalo della normativa sui servizi pubblici locali è un'impresa ardua*». In proposito si rimanda pertanto alla copiosa dottrina sul punto, tra cui, per tutti, F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., pag. 653.

¹¹³ La prima espressione è di A.R. TASSONE, *La società in house e la sua complessa disciplina*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, pagg. 229–230, mentre l'aggettivo che segue è usato da M. DUGATO, *Legge collegata alla finanziaria 2004 e pubblica amministrazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2, 2004, para. 1, il quale afferma altresì che «*la frequenza con cui si sono succeduti negli ultimi tredici anni gli interventi di riforma della disciplina dei servizi pubblici locali e la difficoltà nell'individuare un tratto comune fanno venire alla mente il celebre paradosso di Lec: "ora che avete sfondato il muro a testate, che cosa farete nella cella accanto?"*». In un'ottica più allargata, A. BRANCASI, *Il diritto amministrativo alla prova*

critiche da parte della Dottrina¹¹⁴.

Tali circostanze, già peraltro sufficienti a far desistere dall'addentrarsi in un'asettica analisi storico-ricostruttiva della normativa, sono rinforzate da una ulteriore, dirimente circostanza. La più recente normativa settoriale è spesso stata l'espressione indiretta di principi e formule normative etero imposte al nostro sistema dall'ordinamento europeo¹¹⁵, pur se non sempre è stata volta al

delle leggi finanziarie, riflessioni a margine di un recente convegno, in *Dir. Amm.*, 4, 2008, pag. 971, preso atto del prevalere dell'idea della «supremazia dell'interesse finanziario», ha criticato il continuo ricorso alla legge finanziaria quale strumento di riforma del Diritto Amministrativo in quanto, quest'ultima, «è abbastanza inevitabile che, antepoendo ad ogni altro interesse quello finanziario, finisca per veicolare modifiche legislative poco sistematiche e comunque scarsamente pensate in considerazione degli effetti che esse sono suscettibili di produrre anche in ordine ad altri tipi di interessi pubblici». Eloquente la posizione di G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo*, cit., pag. 385, secondo cui «Ciò che colpisce, in una considerazione di insieme di queste vicende, è l'assenza di coordinate coerenti di medio-lungo periodo, che è alla base della contraddittorietà delle politiche legislative». In proposito D.-U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm. TAR*, 6, 2008, para. 6, ha evidenziato che se si sottoponessero le norme finanziarie al test di proporzionalità europeo, non potrebbero giustificarsi i (significativi) effetti delle riforme a fronte dei marginali risparmi ottenuti. Dunque, un metodo di riforma ben lontano da quello di cui alla Legge n. 59 del 1997 riconducibile ad un'uniforme e coordinata azione, ben descritto da G. PASTORI, *La redistribuzione delle funzioni: profili istituzionali*, in *Le Reg.*, 5, 1997, pag. 749, quale «intento di riordinare nel suo insieme il nostro sistema amministrativo agendo in contemporanea sulle sue principali componenti (funzioni, strutture e procedimenti)». Il fenomeno, peraltro, non è neppure nuovo, basti pensare che già F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, affermava che «chi si accingesse a studiare oggi i pubblici servizi in Italia rimarrebbe subito colpito dal carattere instabile della loro disciplina. Leggi che si succedono nell'arco breve di pochi anni; continui progetti di legge; variazioni annunciate che non trovano realizzazione; materie che entrano ed escono dalla definizione di pubblico servizio; pronunce giurisprudenziali che mutano radicalmente, e più volte, indirizzo nel giro di pochi mesi».

¹¹⁴ Gli interventi normativi in materia di servizi pubblici e, in particolare, di servizi pubblici locali sono stati infatti a dir poco caotici, visto il continuo sovrapporsi di norme abrogative, ripetitive od innovative delle precedenti. In proposito è significativo come, già nel 2005, si fosse definita la materia «tumultuosa», registrandosi, nei soli quindici anni precedenti, ben 8 interventi di riforma, cfr. R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 1, 2005, para. 1. Lo stesso Autore usa del resto l'emblematica espressione «ennesima riforma» in *Anatomia di un ossimoro: «in house providing» e concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, III, 2007, para. 1. In chiave storico ricostruttiva delle riforme della XIII e XIV legislatura, cfr. A. BOITANI, *Riforma e controriforma dei servizi pubblici locali*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizzazione del paese*, Milano, 2005, pag. 197. In tempi più recenti F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, V, 2011, rileva come da 10 anni non si goda di un «quadro giuridico stabile». D. MARRAMA, *La Plenaria nicchia su in house*, cit., pag. 103, parla di interventi, tra il 2001 ed il 2004, a «raffica», «del tutto slegati gli uni dagli altri».

¹¹⁵ Come infatti afferma R. CAVALLO PERIN, *La disciplina giuridica sulle dismissioni delle partecipazioni degli enti territoriali alle società di gestione dei servizi pubblici locali*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismis-*

perseguimento dei medesimi fini¹¹⁶. Pertanto, il tentativo di ricostruire a ritroso detti principi da una prospettiva meramente interna si risolverebbe in uno sforzo, oltre che arduo, anche possibilmente fuorviante, in quanto si incorrerebbe nel facile rischio di perdere il filo del discorso nelle molteplici pieghe delle riforme che si sono susseguite nel tempo¹¹⁷.

D'altro canto, non può neppure ignorarsi totalmente quanto ha voluto codificare il nostro legislatore. Come s'è detto, infatti, bisogna pur sempre verificare che, sul fronte nazionale, residui un qualche margine di discrezionalità in capo alle Amministrazioni circa le formule organizzative da adottare. Ed allora quello che qui appare più utile, lasciata da parte l'ipotesi di una completa ricostruzione storico-ricostruttiva¹¹⁸, è una breve disamina dell'attuale disciplina dei servizi pubblici locali, il cui ultimo tassello, per quanto qui rileva, è rappresentato dall'articolo 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, di portata certo non particolarmente dirimpente¹¹⁹.

sioni e gestione, Bologna, 2014, pag. 148, «la disciplina dei servizi pubblici è posta essenzialmente dai principi, tra essi anzitutto quelli dell'Unione europea di concorrenza, proporzionalità, non discriminazione in base alla nazionalità, mutuo riconoscimento». In merito alla disciplina delle attività economiche esercitate da imprese pubbliche, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, cit., pag. 758 ha del pari notato che «il diritto europeo ha preso il posto del diritto interno; nel senso che con i suoi principi ... ne copre tutto l'ambito; il che significa che i nostri principi costituzionali, intanto possono trovare applicazione in quanto siano conformi; e per la parte difforme essi, almeno allo stato, non possono trovare applicazione». In proposito, L.R. PERFETTI, *L'affidamento diretto dei pubblici servizi locali a società partecipate dai Comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm. CdS*, 4, 2004, para. 3.1 rileva che la riforma di cui all'art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, fu imposta dalla necessità di adeguare il sistema italiano alla disciplina europea. Concorda sul punto, peraltro, anche la dottrina meno recente, cfr. M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, pag. 77, secondo i quali, nella disciplina dei servizi pubblici locali, un «profilo, di peso sempre più crescente, è dovuto all'ordinamento comunitario».

¹¹⁶ Sottolinea infatti E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Società miste per i servizi locali e principio di sussidiarietà. Di alcune difficoltà nell'integrazione tra pubblico e privato*, in *Dir. Ec.*, 1, 2013, pag. 92, che «il legislatore italiano ... sembra aver limitato la propria scelta attuativa al semplice adattamento di un sistema di servizi creato più per risolvere questioni di inefficienza dell'amministrazione che la piena realizzazione della tutela della concorrenza».

¹¹⁷ Ed infatti, A. TRAVI, *La disciplina di riferimento dei servizi pubblici di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, pag. 170, ha di recente suggerito, nello studio della normativa sui servizi pubblici locali a rilevanza economica, di seguire il «filo rosso» del processo evolutivo del settore, che l'Autore ricollega, in primo luogo, negli ultimi venticinque anni, al profilo dell'affidamento del servizio, quale tema che, in realtà, sottende il più complesso problema della scelta del modello di gestione.

¹¹⁸ Per una ricostruzione storica della normativa in tema di forme di gestione dei servizi pubblici locali, si rinvia, per tutti, a S. D'ANTONIO, *La gestione*, cit., pag. 117 e ss..

¹¹⁹ Tra i primi che si sono occupati della norma, e più in generale del quadro giuridico naziona-

Come chiarito dal legislatore, tale disposizione è stata introdotta al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea in materia di concorrenza e libera circolazione, dei principi di parità tra gli operatori e di economicità della gestione ed al fine di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento¹²⁰. Si prevede poi che la scelta circa il modello di affidamento del servizio debba trovare fondamento in un'apposita relazione, nella quale siano esplicitate le ragioni della stessa e sia dato conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta¹²¹.

Per capire come si è arrivati a tale norma, limitando l'analisi agli interventi relativamente più recenti¹²², un passaggio fondamentale, in quello che è

le *post referendum*, infatti, V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. Cost.*, 4, 2012, para. 3.1, ha affermato che «l'applicazione corretta dei principi comunitari dà luogo ad una normativa di risulta meno distante da quella abrogata rispetto a quanto potrebbe dedursi da una prima, e affrettata lettura della sentenza della Corte». In tal senso anche G. MARCHIANÒ, *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi*, cit., para. 6, secondo cui, in definitiva, non è cambiato poi molto, posto che il quadro attuale vede la normativa europea e quella nazionale ancora in linea sul fatto di individuare «nella libera concorrenza la soluzione ordinaria, mentre assumono carattere derogatorio ed eccezionale i regimi di privativa, e di conseguenza la necessità che gli obblighi del servizio pubblico siano dichiarati in modo oggettivo». Sul tema si vedano anche V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa. Public local services management, public resources safeguard and cost containment*, in *Foro amm. TAR*, 1, 2013; in linea con una lettura riduttiva del portato della norma, A.M. ALTIERI, *I servizi pubblici locali organizzati in ambiti territoriali ottimali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 12, 2013, afferma che «la previsione citata, seppur riferita a tutte le tipologie di affidamento, pare rivolta in particolare agli affidamenti in house, obbligando gli enti locali a verificare ed esplicare il rispetto dei principi europei in materia».

¹²⁰ Sul che, in certa misura in linea con la dottrina citata nella nota precedente, non posso esimermi dal rilevare il carattere ridondante della norma, che si limita a sancire l'applicazione di principi comunque immanenti al nostro ordinamento.

¹²¹ V. articolo 34, comma 20, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179. L'articolo prevede inoltre che detta relazione indichi anche i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale eventualmente gravanti sul gestore, indicando le compensazioni economiche se previste; ciò all'evidente fine di conformare *ab initio* eventuali sovvenzioni alla disciplina degli aiuti di Stato, secondo la nota giurisprudenza europea sul punto, inaugurata dalla sentenza della Corte di giustizia del 24 luglio 2003, nella causa C-280/00, *Altmark*. In dottrina sul punto D. GALLO, *Gli aiuti di Stato, l'art. 106 § 2 TFUE e la compensazione di obblighi di servizio pubblico*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, pag. 527 e ss.. La rilevanza della questione non è certo secondaria, tanto che V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, cit., pagg. 783-784, alla luce del divieto di aiuti di Stato, ha ritenuto che per i servizi pubblici «la stessa capacità di operare, da parte dei pubblici poteri, attraverso lo strumento dell'impresa pubblica a fini sociali, nel nuovo contesto ordinamentale diviene invero del tutto incerto».

¹²² Interessante notare, in rapporto alle numerose successive modifiche del citato articolo 113 T.U.E.L., che G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2000, para. 4, già dalla lettura della prima formulazione della norma aveva avvertito che il quadro giurisprudenziale comunitario dell'epoca suggeriva, rispetto al previgente articolo 22 della legge

stato definito un processo di graduale «*contrattualizzazione delle forme organizzative dei servizi*»¹²³, è rappresentato dall'articolo 15, comma 1, lett. b), del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, che apportò alcune importanti modifiche all'articolo 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, già a suo tempo definito elemento di «*novità nella continuità*»¹²⁴. La novella, nel modificare le possibili modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, aveva previsto: (i) affidamento a imprese sul mercato; (ii) società mista; (iii) società *in house*¹²⁵.

In forza di tale disciplina, in sostanza, la gestione diretta non era consentita mediante l'ordinaria organizzazione dell'ente locale, ma solo mediante società *in house*. Tuttavia, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, il nuovo contesto normativo era volto a restringere le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* dei detti servizi, consentendo tale modello organizzativo solo in casi eccezionali ed al ricorrere di specifiche condizioni, poi dettate dal d.P.R. del 7 settembre 2010, n. 168¹²⁶.

n. 142/1990, «*l'insufficienza dei modelli che da esso si discostano: sicché le diverse tipologie, ora previste dall'art. 113 del D.Lgs. 267/2000, risultano destinate ad attenta revisione e, probabilmente, alla soppressione, nel quadro di una gestione diretta del pubblico servizio*». Ed infatti il suddetto articolo 113 fu inizialmente sostituito, a decorrere dal 1° gennaio 2002, dall'articolo 35, comma 1, l. 28 dicembre 2001, n. 448, poi modificato dall'articolo 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (che ha per la prima volta riconosciuto espressamente l'*in house* quale forma di gestione), dall'articolo 4 della l. 24 dicembre 2003, n. 350, dall'articolo 1 della l. 15 dicembre 2004, n. 308 e dall'articolo 15, comma 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, per essere poi definitivamente abrogato, nelle parti incompatibili con la nuova disciplina, dall'articolo 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112. Sulla ricostruzione normativa sino a tale ultima riforma, si veda C. IAIONE, *Le società in house*, cit., pagg. 113–117.

¹²³ L'espressione è di M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1, 2002, para. 1. Sul fenomeno della c.d. «*contrattualizzazione*» dei servizi, cfr. anche A. MOZZATI, *Contributo allo studio del contratto di servizio. La contrattualizzazione dei rapporti tra le amministrazioni e i gestori di servizi pubblici*, Torino, 2010. In proposito anche G. SORICELLI, *Lezioni di diritto dei contratti pubblici e dell'edilizia*, Napoli, 2007, pag. 170, afferma che «*l'attività contrattuale riveste una posizione di centralità nello svolgimento dell'attività amministrativa*», quale conseguenza «*sia della progressiva trasformazione dell'amministrazione autoritaria in amministrazione di prestazione sia dell'esito del processo di privatizzazione*».

¹²⁴ Ricorda l'uso (abusato) di tale espressione in rapporto al 23 *bis* M. DUGATO, *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008*, in *Giornale Dir. Amm.*, 12, 2008.

¹²⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488. Per i servizi pubblici privi di rilevanza economica si è sottolineato in dottrina, tuttavia, che era (ed è tutt'oggi) previsto anche l'affidamento diretto in favore di aziende speciali, anche consortili, ai sensi dell'articolo 113 *bis* comma 1 lett. b) T.U.E.L., cfr. S. COLOMBARI, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CdS*, 4, 2004, para. 2.

¹²⁶ Sul punto W. TROISE MANGONI, *Affidamento in house e parere dell'Autorità Garante della*

Ma, come noto, a seguito del referendum del giugno del 2011, il citato articolo 23 *bis* è stato definitivamente espunto dal sistema¹²⁷, al pari delle successive norme, prontamente dichiarate incostituzionali dalla Consulta, con cui il legislatore si era affrettato a riprodurre le principali disposizioni abrogate¹²⁸.

Dunque, nonostante gli sforzi del legislatore nazionale di arginare il fenomeno dell'*in house*¹²⁹, è opinione oggi diffusa in dottrina che tale modulo di

Concorrenza e del Mercato, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, pag. 297, ha affermato che «appare difficilmente confutabile la considerazione in base alla quale il legislatore ha disegnato un sistema di organizzazione dei servizi pubblici locali nel quale l'affidamento in house costituisce una deroga rispetto alla regola generale dell'aggiudicazione del servizio a soggetti terzi».

¹²⁷ Si noti che, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza del 26 gennaio 2011, n. 24, tale abrogazione non ha comportato la reviviscenza dell'art. 113, T.U.E.L. Per una più approfondita analisi del quadro risultante dalla pronuncia della Corte si vedano A. AZZARITI, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della legge 148/2011*, in *Istit. Fed.*, 3, 2011, pag. 531; A. LUCARELLI, *Servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 1, 2011.

¹²⁸ Si ricorderà che l'abrogazione del detto articolo 23 *bis* ad opera del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 – come risultato degli esiti referendari del giugno 2011 – aveva determinato il legislatore ad adottare il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 il quale, all'articolo 4, riproduceva in sostanza la disciplina del d.P.R. 168/2010 – regolamento attuativo dell'articolo 23 *bis* –, ed aveva riproposto anche, ai commi da 19 a 27, le norme già dettate dall'art. 8 (“*Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione*”). La Corte Costituzionale, pertanto, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, con sentenza del 20 luglio 2012, n. 199, per aver sostanzialmente ripristinato la normativa abrogata con modalità contrastanti il risultato della consultazione referendaria di pochi mesi prima. Al pari delle suddette norme, anche la più circoscritta previsione introdotta dall'articolo 4, comma 8, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, che aveva previsto che «*l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house*», è poi stata dichiarata incostituzionale con sentenza del 23 luglio 2013, n. 229.

¹²⁹ Si noti peraltro che a fronte delle ripetute dichiarazioni di incostituzionalità, il legislatore è intervenuto ancora sulla materia, questa volta però attraverso l'introduzione di previsioni di carattere finanziario. Da un lato, sono state codificate norme che, pur non ponendo alcuna preclusione, disincentivano indirettamente l'autoproduzione elevando il ricorso a procedure ad evidenza pubblica a parametro di virtuosità ai fini del Patto di stabilità interno. Dall'altro, l'assegnazione tramite procedura di gara dei servizi pubblici locali è stato considerato quale fattore premiante nell'attribuzione dei finanziamenti (cfr. articolo 3 *bis*, commi 3-6, del d.l. n. 138 del 2011). Peraltro, la medesima norma prevede che i gestori *in house* siano assoggettati anch'essi al patto di stabilità interno, oltre che alle norme in materia di evidenza pubblica di cui al d.lgs. n. 163 del 2006. Queste norme hanno finalmente superato l'esame della Corte Costituzionale che, con sentenza del 20 marzo 2013, n. 46, ha ritenuto legittimo il ricorso a tale «*tecnica premiale*», non comportando la stessa l'assorbimento delle competenze regionali e lasciando al contempo gli enti territoriali titolari delle loro competenze, da esercitare «*in conformità ai principi di liberalizzazione dettati dallo Stato, il quale, nell'erogare i finanziamenti di sua competenza, privilegia le amministrazioni più “virtuose”*». Sul punto, alla luce della pronuncia della Consulta, va comunque sottolineato che la giurisprudenza amministrativa ha affermato che le norme in parola non rappresentano «*dei criteri immediatamente utilizzabili nella valutazione di legittimità degli atti amministrativi, se non la regola generale che non possono essere adottate soluzioni palesemente sbilanciate a favore della gestione in house e a detrimento delle procedure a evidenza pubblica. Tuttavia,*

autoproduzione sia divenuto istituto di carattere generale e che esso possa affermarsi anche laddove non sia esplicitamente previsto¹³⁰.

Sotto un profilo di certezza del diritto potrebbe sembrare che si sia fatto un passo indietro rispetto alla previgente normativa, mancando una disciplina di riferimento certa che possa guidare le scelte delle Amministrazioni. Ma a ben vedere, quantomeno in tema di affidamenti *in house*, il quadro che ne risulta non è affatto meno chiaro o preciso. Viceversa, delle due, risulta oggi forse di più semplice ed immediata percezione rispetto al passato¹³¹. L'abrogazione

l'applicazione di questa regola è estremamente complessa, in quanto occorrerebbe dimostrare in concreto che un ente pubblico preferisce la soluzione in house accettando non solo le penalizzazioni sul piano della finanza pubblica ma la prospettiva verosimile di una gestione economicamente svantaggiosa» (T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 23 settembre 2013, n. 780). Per un'analisi del meccanismo di funzionamento di tale metodo premiale in relazione agli affidamenti di servizi pubblici locali, si veda P. COLASANTE, *L'applicazione della tecnica premiale al settore dell'affidamento dei servizi pubblici locali*, in *Giur. Cost.*, 2, 2013.

¹³⁰ In proposito F. FRACCHIA, *In house providing*, cit., pag. 244, ha rilevato che «l'istituto è ormai al centro di una fitta rete di disposizioni giuridiche, segno evidente di un'indiscutibile vitalità che impedisce di considerarlo alla stregua di una figura solo settoriale o residuale». Il medesimo autore prosegue poi affermando che «siamo in presenza di una figura creata per rispondere ai bisogni del soggetto pubblico, senza che ciò comporti la ridefinizione del raggio della sua azione e il censimento di nuovi bisogni, rispetto ai quali, dunque presupponendoli, essa è strumentale». In senso analogo C. IAIONE, *In house providing nella distribuzione del gas e nozione societaria di controllo analogo*, in *Foro amm. TAR*, 1, 2006, para. 1. In modo simile, sempre in relazione al settore del gas, L. AMMANNATI, *La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2005, para. 4, sottolinea la «capacità espansiva di questo modello». Sulla possibilità di ricorrere all'*in house* anche nell'ambito dei servizi idrici in vigenza dell'articolo 113, comma 5, T.U.E.L., cfr. J. BERCELLI, *Servizi idrici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 5515. Anche la giurisprudenza ha ritenuto di poter superare il carattere eccezionale della soluzione *in house*, specie in considerazione della volontà referendaria e delle successive conferme ad opera della Consulta – nel senso di lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società *in house* – affermando espressamente che «è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Si applica invece la disciplina comunitaria sui presupposti e condizioni per l'utilizzo della società in house», cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762; in termini T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 11 giugno 2013, n. 558; T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 11 aprile 2013, n. 1925; T.A.R. Lazio Latina, Sez. I, 28 febbraio 2013, n. 207; T.A.R. Liguria Genova, Sez. II, 01 febbraio 2012, n. 225. Non parrebbe condividere perfettamente tali arresti giurisprudenziali la già citata posizione di G. MARCHIANÒ, *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi*, cit., para. 6, secondo la quale l'attuale quadro normativo nazionale sarebbe in linea con quello europeo nell'individuare «nella libera concorrenza la soluzione ordinaria, mentre assumono carattere derogatorio ed eccezionale i regimi di privativa, e di conseguenza la necessità che gli obblighi del servizio pubblico siano dichiarati in modo oggettivo».

¹³¹ In tal senso C. VOLPE, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, in *Giustamm.it*, 1, 2013, para. 2, ha infatti affermato che «All'azzeramento della normativa contenuta

delle norme esposte *supra*, lungi dall'aver lasciato un vuoto legislativo, ha rimesso un corpo di norme la cui stratificazione era divenuta ormai insostenibile. Il che ha lasciato spazio al ben più definito quadro che discende dalla diretta applicazione delle disposizioni costituzionali e comunitarie rilevanti, rimettendo così all'interprete il compito di individuare le regole pertinenti¹³².

Nell'inevitabile instabilità che connota la disciplina nazionale, si può peraltro ritenere che, tanto in assenza di vincoli imposti dal legislatore nazionale¹³³, quanto in presenza di norme interne volte a limitare l'autoproduzione¹³⁴, secondo una condivisa opinione, l'ente locale resta comunque il soggetto incaricato della regolazione dei servizi pubblici locali, ed è dunque di sua competenza la decisione circa le modalità di svolgimento degli stessi¹³⁵, in ragione della tendenzialmente irrinunciabile capacità degli enti locali ad autodeterminarsi in merito all'alternativa tra autoproduzione ed esternalizzazione¹³⁶.

*nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 ... ad opera della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, consegue un effetto di semplificazione». Interessante notare che considerazione analoga era stata svolta anche in rapporto al processo di liberalizzazione da M. CAMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. Trim. App.*, 2003, pag. 517, secondo cui «tra gli indispensabili strumenti per mantenere la rotta si dovrebbero considerare come acquisiti ... i principi dell'ordinamento comunitario, che pur senza rigidità (del resto ignote agli altri paesi) vanno certamente utilizzati come privilegiati strumenti di interpretazione».*

¹³²T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 11 giugno 2013, n. 558. In dottrina, sottolinea tale aspetto V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 3, secondo la quale «in assenza di una specifica normativa nazionale di riferimento, per la scelta dei modelli di gestione, si farà esclusivo riferimento ai principi ricavabili dalla normativa europea, nonché dall'art. 34 del d.l. n. 179 del 2012». Di pari avviso è anche V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali*, cit., para. 3, che afferma che «i servizi pubblici locali a seguito del referendum prima, della sentenza della Corte poi, restano dunque privi di disciplina legislativa generale a livello nazionale [...]. La disciplina generale deve essere perciò ricostruita sulla base dei principi europei e di qualche norma sparsa restata in vita o successivamente introdotta a livello nazionale».

¹³³Fa riferimento a quest'ipotesi D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, in *Foro amm. CdS*, 4, 2008, para. 2.

¹³⁴Come ad esempio aveva fatto l'ormai abrogato articolo 23 bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

¹³⁵Cfr. W. TROISE MANGONI, *Affidamento in house*, cit., pag. 308. In linea con tale conclusione appare anche la prospettiva assunta da G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., pag. 356, secondo cui il principio di tipicità dei modelli di organizzazione dei pubblici servizi comporta che, da un lato, il legislatore «deve tipizzare in norme giuridiche primarie le regole d'organizzazione e di gestione dei servizi pubblici locali, in modo da fornire agli enti interessati una griglia di possibili modelli ai quali conformare il loro intervento in economia», mentre, dall'altro, spetta all'ente interessato «il potere di qualificare una determinata attività come servizio pubblico locale e di assumerla come tale ..., il quale però, una volta compiuta tale scelta, è obbligato ad organizzare il servizio relativo utilizzando all'uopo una delle figure di gestione appositamente tipizzate dal legislatore».

¹³⁶In tal senso F. FRACCHIA, *In house providing*, cit., pag. 271, il quale enfatizza il «riconoscimento dell'autonomia – da declinare anche in senso organizzativo – effettuato per gli enti

Dunque, sul piano interno, nell'attuale assetto costituzionale, permane pur sempre un ineludibile spazio riservato alle Amministrazioni nella scelta del modello di gestione ritenuto più idoneo al perseguimento degli interessi pubblici del caso¹³⁷. Il che permette di valutare in che modo ed in quale misura possa incidere il diritto europeo su tale scelta.

territoriali dall'art. 114 Cost.». Cfr. anche R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 1, 2006, para. 2, i quali sottolineano che tale facoltà è costituzionalmente garantita dall'articolo 114 Cost., trova riconoscimento anche a livello europeo nell'articolo 5 del Trattato sull'Unione europea (ex articolo 5 TCE), e deve comunque ritenersi insita nella loro stessa capacità giuridica di diritto privato. Conclusioni riprese in D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, cit., para. 2. In senso analogo C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012, pag. 131, anche in *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria*, in *Giust. civ.*, 1, 2006, para. 2. Per A.M. CECERE, *Public utilities between italian legislation and community law: the in house providing*, cit., pagg. 470–471, autonomia politica e finanziaria sono elementi essenziali per la creazione di un governo locale autonomo. Conformemente a tali indirizzi, M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2, 2002, para. 5, aveva mostrato dubbi sulla compatibilità costituzionale della riforma dei servizi pubblici locali introdotta dall'articolo 35 della Finanziaria 2002 (legge 28 dicembre 2001, n. 448), in relazione alla la potestà regolamentare degli Enti locali in tema di organizzazione delle proprie funzioni.

¹³⁷ La legislazione nazionale non può infatti comunque sottrarre completamente ogni autonomia organizzativa alle Regioni, come affermato nella recente sentenza della Corte Costituzionale del 23 luglio 2013, n. 299, secondo cui la normativa statale non può precludere totalmente soluzioni organizzative alle Regioni, avendo queste competenza legislativa residuale e primaria in materia di organizzazione, se non per ragioni di razionalizzazione della spesa pubblica, ma in tal caso comunque lasciando un margine di manovra al legislatore regionale (secondo una consolidata giurisprudenza della Corte stessa, cfr. sentenze n. 36 del 2013; n. 211 del 2012; n. 289 del 2008). Senza contare che l'intento referendario sull'art. 23 bis è stato di «escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 199, p. 5.2.1 ed anche sentenza n. 24/2011). In dottrina si è infatti osservato che la pronuncia di incostituzionalità assume un ruolo di rilievo su di un piano generale, avendo espunto i ripetuti interventi del legislatore nazionale volti a conferire un carattere recessivo all'*in house*, cfr. A. TRAVI, *La disciplina di riferimento dei servizi pubblici di rilevanza economica*, cit., pag. 184.

LA SCELTA TRA AUTOPRODUZIONE O
ESTERNALIZZAZIONE QUALE MOMENTO DI
VALUTAZIONE DISCREZIONALE
NON IMMUNE DAL DIRITTO EUROPEO

1. *Premessa: l'autonomia del momento di scelta del modello organizzativo rispetto alla successiva procedura di affidamento*

Nell'ambito delle attività finalizzate all'organizzazione del servizio, vanno anzitutto distinti due diversi ed autonomi momenti: quello di scelta del modello di gestione e quello di affidamento concorrenziale della commessa. In particolare, occorre tenere ben distinti due diversi passaggi logici: il primo, in cui si sceglie se esternalizzare od autoprodotto un determinato servizio; il secondo, eventuale, in cui, a valle della scelta di affidare a terzi, si conducono le procedure selettive¹.

Concentrando l'attenzione sul momento di scelta del modello di gestione,

¹ Assume proprio tale prospettiva F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali*, cit.. In linea anche A. TRAVI, *La disciplina di riferimento dei servizi pubblici di rilevanza economica*, cit., pag. 171, il quale sottolinea che il dibattito degli ultimi 25 anni circa il profilo dell'affidamento nell'ambito dei servizi pubblici a rilevanza economica, sottende a ben vedere un più radicale problema inerente il modello di gestione. In particolare, secondo l'Autore, «il legislatore dichiara di intervenire “a valle”, ma in realtà si vuole (o si deve) intervenire su un assetto “a monte”». Sul punto si veda anche A. MALTONI, *Gli atti «prodromici» delle P.A. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. Considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle P.A.*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2013, para. 6, il quale, criticando la prospettiva assunta dal Consiglio di Stato nella sentenza del 3 giugno 2011, n. 10, ha sottolineato che devono tenersi distinte le decisioni dell'amministrazione rilevanti sul piano organizzativo da quelle, oggetto di normazione europea, attinenti alla scelta dei contraenti.

si è visto in estrema sintesi che, a livello nazionale, attualmente sono individuabili tre soluzioni alternative: affidamento a gestore formalmente e sostanzialmente terzo rispetto all'Amministrazione individuato tramite gara; affidamento a società mista; ovvero, affidamento *in house*.

Per comprendere in che modo il diritto europeo possa influire sulla scelta tra detti modelli, si può passare a trattare dell'intensità che il condizionamento europeo può assumere in questo ambito: e si può sin d'ora anticipare che detto condizionamento non si manifesta per il tramite di norme che impongono direttamente una determinata soluzione, ma si realizza per via meno diretta, agendo quale vincolo alla discrezionalità, della quale è perciò opportuno anzitutto passare a parlare.

2. *L'opzione tra autoriproduzione ed internalizzazione quale momento di scelta discrezionale*

Secondo l'opinione prevalente, la scelta circa il modello organizzativo da adottare rientra infatti nell'ambito delle attività discrezionali², tali da intendersi, secondo l'accezione più classica del termine, quelle caratterizzate dal potere di «scelta dei mezzi» per il perseguimento dei fini dettati dalla legge³; l'elemento

²Qualifica espressamente la presente quale scelta discrezionale C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *Giustamm.it*, 3, 2014, para. 6, secondo cui «la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali ... non è libera, dovendosi basare sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire: valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti»; sul punto anche R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 3. M. CLARICH, *Le società miste*, cit., para. 1, pur sostanzialmente in linea con tale prospettiva, parla d'altro canto di «scelta politicamente impegnativa». In relazione alla disciplina di cui al previgente articolo 113, comma 5, T.U.E.L., L. AMMANNATI, «Indietro tutta», ovvero sulle ultime innovazioni in materia di servizi pubblici locali, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizzazione del paese*, Milano, 2005, pag. 186, aveva affermato che, pur nella vigenza di specifiche opzioni, era lasciato «di fatto agli enti locali un ampio margine di discrezionalità riguardo alla opzione se operate su un mercato concorrenziale, regolato o riservato». Sul punto anche I. DEL GIUDICE, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 5, 2008, para. 1, il quale afferma che l'analisi delle forme organizzative per l'erogazione di servizi si pone «a cavallo tra l'interesse pubblico ed il mercato e, quindi, tra discrezionalità nella scelta dei modelli organizzativi (sino alla stessa auto-produzione delle utilità), da un lato, e tutela della concorrenza, dall'altro».

³Secondo l'ancor utile inquadramento di G. ZANOBINI, *Diritto Amministrativo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, pag. 787, ove l'Autore espone quanto già teorizzato in *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1, 1924, ora in *Scritti vari di diritto*

distintivo di tale attività è infatti la «*facoltà di scelta, nell'ambito dei confini delineati dalla legge*»⁴, secondo la nozione comunemente accolta di attività amministrativa discrezionale quale cura ponderata di interessi pubblici assunti come fini dello Stato⁵.

Definizione che, pur se riconducibile ad un'epoca precedente al Trattato di Roma, si attaglia perfettamente al contesto attuale anche in ottica europea. Come noto, è lasciata agli Stati membri ampia facoltà di definire ciò che deve considerarsi servizio d'interesse generale, ossia, secondo la prospettiva classica, di individuare gli interessi pubblici da curare e le modalità attraverso cui farlo⁶.

pubblico, Milano, 1955, pag. 203 ss.

⁴ Così, per tutti, G. GRECO, *Lezioni*, cit., pag. 133. Sul punto i contributi, anche solo manualistici, sono, come è facile immaginare, troppo numerosi per potere offrire anche solo una panoramica delle varie sfumature del tema, si vedano quindi, i riferimenti fondamentali di cui alla nota successiva.

⁵ Secondo la ben nota teoria di M.S. GIANNINI, che vale la pena di richiamare nella sua intera formulazione: «*la discrezionalità stessa s'identifica con la sostanza più squisita dell'attività amministrativa. Questa infatti consiste nella cura di interessi pubblici assunti come fini dello Stato; la parte più delicata di tale cura è appunto la ponderazione (del valore) dell'interesse pubblico nei confronti di altri interessi specifici, attribuita alla stessa autorità amministrativa cui spetta agire*», cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939, pag. 78 (oggi reperibile anche in *Scritti*, con numerazione del testo pari a quella dell'epoca). Ed è appena il caso di ricordare che tale celebre definizione sostanzialmente e per quanto qui interessa, è tutt'oggi ancora largamente accolta, come testimoniano i numerosi manuali ad essa conformi, tra i quali, per ragioni di spazio, si possono citare solo alcuni tra i più recenti, ad es., E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'Amministrazione*, in F.G. COCCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III Ed., Torino, 2014, pag. 34 «*l'amministrazione deve agire per il soddisfacimento dell'interesse pubblico specifico di cui è tributaria ... e la scelta va eseguita valutando comparativamente tutti gli interessi ... per poi decidere l'assetto degli interessi, a seconda dell'interesse ritenuto prevalente*»; E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2013, pag. 440: «*l'essenza della discrezionalità (Giannini) risiede nella "ponderazione" comparativa dei vari interessi secondari in ordine all'interesse pubblico al fine di assumere la determinazione concreta*»; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 202: «*discrezionalità amministrativa significa facoltà di scelta nell'esercizio di un potere amministrativo. La scelta, secondo la dottrina dominante in Italia, è collegata alla pluralità degli interessi in gioco, pubblici e privati, di cui l'amministrazione è tenuta a tener conto: tant'è che la discrezionalità a partire dalla nota ricostruzione di M.S. Giannini, viene identificata con una ponderazione di interessi, ossia con una valutazione comparativa di interessi*»; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, XII Ed., Padova, 2011, pag. 388: «*L'elemento proprio della discrezionalità amministrativa consiste ... nella valutazione di interessi, e nella conseguente attività di loro ordinamento e gerarchizzazione, al fine delle decisioni da assumere in vista dell'obiettivo che all'amministrazione è affidato*»; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., pag. 281: «*discrezionalità amministrativa, si denomina questo ambito di scelta nel quale l'Amministrazione si muove, prescegliendo tra più soluzioni possibili a fronte delle esigenze di cure di un determinato interesse, quella che risulta più conforme alle esigenze medesime*».

⁶ In proposito basti citare quanto chiaramente previsto in tal senso dalle nuove Direttive appalti, settori ordinari e speciali, i cui rispettivi articoli 1, paragrafo 4, chiariscono inequivocabilmente che è fatta salva la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali siano e come debbano essere organizzati e finanziati, in conformità alle

Il che include, per quanto qui di interesse, anche la decisione circa la formula organizzativa da adottare.

La ponderazione che le Amministrazioni devono compiere nel momento di scelta del modello di gestione da adottare si risolve dunque in un'attività che deve tener conto sia dell'obiettivo di individuare la soluzione che meglio si ataglia al quadro positivo nazionale applicabile alla fattispecie, che si può definire come limite interno⁷, sia dei principi di derivazione europea volti a salvaguardare i fini perseguiti dai Trattati, che si può indicare quale limite esterno⁸, che è quello che qui si vuole indagare⁹.

In tale contesto, come si è spiegato in dottrina, assume preminente rilievo il principio di proporzionalità, quale canone guida nell'individuazione del giusto equilibrio tra restrizioni alla concorrenza e limitazioni delle libertà del mercato unico, da una parte, e quanto necessario per garantire l'effettivo assolvimento della missione di pubblico servizio, dall'altra¹⁰.

regole sugli aiuti di Stato, i servizi d'interesse economico generale, e a quali obblighi specifici siano soggetti. Fermo restando, inoltre, che, ai sensi delle Direttive, le autorità pubbliche restano pienamente libere di decidere se, come e in che misura desiderano espletare funzioni pubbliche autonomamente in conformità dell'articolo 14 TFUE e del protocollo n. 26. Ancor più esplicita in tal senso la Direttiva Concessioni, il cui articolo 2 enuncia espressamente il «Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche» ed il successivo articolo 4 che sancisce la «Libertà di definire servizi di interesse economico generale».

⁷ Ancora una volta ispirando tale prospettiva all'insegnamento di GIANNINI, dunque "limite interno" non inteso quale lo scopo di pubblico interesse da perseguire secondo le letture meno recenti, ma quale vincolo che «di volta in volta dispone la legge», M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, cit., pag. 157.

⁸ Sul punto D. CASALINI, *Il recepimento nazionale del diritto europeo dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di «tutela dell'unità giuridica ed economica» dell'ordinamento*, in *Foro amm. CdS*, 5, 2009, para. 2, parla di «limiti esterni al mercato unico europeo» in relazione ai principi enucleati dalla giurisprudenza europea in tema di *in house*.

⁹ Con la precisazione che laddove si parla di limiti esterni in relazione ai fini perseguiti dai Trattati non si allude certo all'estraneità degli stessi rispetto al nostro ordinamento o rispetto alle norme che devono regolare l'azione amministrativa. L'uso contrapposto dei termini interno ed esterno non è, dunque, dovuto ad un problema di integrazione o separazione tra ordinamenti, ma mira unicamente a sottolineare la diversa fonte, nazionale od europea, dei vincoli in esame. Anche perché la *querelle* che ha visto contrapporsi la teoria monista a quella dualista sembra ormai sempre più risolta a favore della prima, da tempo sostenuta dalla dottrina (si è in particolare occupato del problema G. GRECO, in modo sistematico in *I rapporti tra ordinamento nazionale e comunitario*, cit., pag. 827, ed in ultimo *Lezioni*, cit., pagg. 17–18) ed a cui parrebbe aver aderito anche la Corte Costituzionale (sentenza del 28 febbraio 2010, n. 28), secondo la lettura di A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giur. Cost.*, 1, 2010, pag. 382 e F. LIENA, *La Corte costituzionale diventa "monista,"* in *Giustamm.it*, 2010.

¹⁰ Secondo il già citato inquadramento di D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubbli-*

In senso sostanzialmente conforme a tale impostazione risulta essere anche la giurisprudenza nazionale. Nel definire il riparto di competenza tra gli organi di governo degli enti locali in rapporto alla scelta circa il modello di gestione da adottare per l'erogazione di servizi pubblici locali, i giudici amministrativi hanno ricondotto tale valutazione ad un'attività prettamente amministrativa, sul presupposto che la stessa postuli un apprezzamento, in concreto ed attualizzato al momento dell'effettivo trasferimento, circa l'opportunità di avvalersi di un modello piuttosto che di un altro¹¹.

Se pur, infatti, nella prassi non può negarsi che gli atti di macro organizzazione dei servizi possano essere caratterizzati da un certo tasso di politicizzazione – ne è implicita conferma, a livello locale, la competenza sul punto del Consiglio¹² – gli stessi rappresentano cionondimeno una scelta prettamente

ci locali, cit., para. 5, la quale, come s'è visto, ha ben spiegato che il rapporto tra articolo 106, paragrafo 2, TFUE e le regole di concorrenza si sviluppa in base ai tre principi della neutralità rispetto alle forme di proprietà, la libera individuazione dei servizi di interesse generale da parte degli Stati membri ed il principio di proporzionalità. Sul punto si veda anche E. CASTORINA, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una "democrazia europea,"* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2003, para. 7, il quale spiega che «la Corte del Lussemburgo ... rimane essenzialmente custode dell'osservanza del contenuto dei trattati comunitari, che pongono i fini (economici) che si propone la comunità medesima: la manifestazione di giudizio sulla proporzionalità si potrebbe dire anche razionalità delle limitazioni che possono giustificarsi, ad esempio, per "motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica" ... segna, in definitiva, il confine entro il quale l'attuazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati o, rispettivamente, il contenuto del diritto comunitario derivato, possono ritenersi compatibili con le finalità pattizie»

¹¹ In tal senso la giurisprudenza ha riconosciuto la competenza in ordine all'affidamento *in house* al consiglio comunale ai sensi dell'art. 42, D.Lgs. 267/2000, residuando alla giunta la successiva competenza residuale in ordine agli atti esecutivi da esercitare in applicazione delle scelte e degli indirizzi espressi dall'organo consiliare (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 13 novembre 2013, n. 951; Consiglio di Stato, Sez. V, 13 ottobre 2005, n. 5668; *Ibid.*, 31 dicembre 2003, n. 9301; Cass. civ., Sez. I, 22 febbraio 2008, n. 4532). Concorde in tal senso la dottrina, cfr. M. ANDREIS, *Articolo 42*, in A. ROMANO; R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006. Su di un piano più generale, poi, tale conclusione è stata di recente confermata anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza del 2011, n. 10, la quale ha ritenuto esercizio di pubblici poteri, e perciò rientranti nella giurisdizione amministrativa, gli atti "prodromici" rispetto a successive operazioni societarie. Al riguardo, conferma quanto si è detto in merito alla delibera di scelta del modello di gestione anche la già citata precisazione di A. MALTONI, *Gli atti «prodromici» delle P.A. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate*, cit., para. 2 e 6, il quale, criticando la posizione eccessivamente includente dell'Adunanza Plenaria, ha sottolineato che solo gli atti di macro-organizzazione – tra cui pare dover rientrare la decisione *de qua* –, dovrebbero rientrare nella giurisdizione amministrativa, restando invece esclusi gli atti di micro-organizzazione.

¹² Statuisce infatti l'articolo 42, comma 2, lett. e), del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che sono di competenza del Consiglio «organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società

amministrativa¹³. Di conseguenza, la determinazione sul punto resta pur sempre un atto da adottare in base ai consueti parametri dell'azione amministrativa.

Ne deriva che la scelta dell'Amministrazione dovrebbe trovare fondamento nei modelli di scelta discrezionale – anzitutto amministrativa, ma anche tecnica – tipici dell'*agere* pubblico. In quanto, in tale momento, è necessario attuare una ponderazione che prenda in considerazione tutti gli interessi in gioco: da una parte, le esigenze generali – ivi incluso il contenimento della spesa pubblica e, quindi, anche il dato prettamente economico – e, dall'altro, l'esigenza di garantire il soddisfacimento delle esigenze della collettività¹⁴.

Fermo, dunque, che la scelta tra autoproduzione e ricorso al mercato è di carattere discrezionale, ed in quanto tale soggiace a determinati limiti, può tralasciarsi l'aspetto meramente interno, non solo in quanto lo stesso è già stato oggetto di ampi ed autorevoli studi sia sotto il profilo dei limiti costituzionali¹⁵, sia in rapporto al riparto delle competenze, amministrative e legislative, nel sistema "multilivello"¹⁶, sia in relazione al merito delle scelte operate dal legisla-

di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione».

¹³ Come peraltro dimostra la circostanza che, secondo un'ormai consolidata giurisprudenza, la Delibera con la quale viene scelto il modello di gestione è immediatamente lesiva e deve, di conseguenza, essere tempestivamente impugnata, pena l'inammissibilità di ogni successiva azione avverso gli atti adottati a valle di questa. Cfr. *ex multis* in tema di *in house*: Consiglio di Stato, Sez. V, 08 marzo 2011, n. 1430; *Ibid.*, 25 agosto 2008, n. 4070; *Ibid.*, 30 agosto 2005, n. 4428; *Ibid.*, 3 febbraio 2005, n. 272; *Ibid.*, 30 giugno 2003, n. 3864; T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 24 aprile 2008, n. 2533. In tema di società miste: T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 27 novembre 2013, n. 10160. Sull'insussistenza dell'interesse dei privati ricorrenti all'impugnazione di una delibera di affidamento *in house* asseritamente illegittima laddove fosse comunque stato prescelto a monte un modello di gestione in autoproduzione, cfr. T.A.R. Toscana Firenze, Sez. II, 29 agosto 2011, n. 1347.

¹⁴ In tal senso E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica*, cit., para. 9, la quale sottolinea peraltro, in controtendenza rispetto agli orientamenti di cui alla precedente nota, che la scelta dovrebbe essere condotta senza alcun preconcetto, posto che «un preconcetto favor per l'esternalizzazione (o, al contrario, per l'auto-produzione) potrebbe rischiare di compromettere siffatti beni traducendosi in un danno dei molteplici interessi generali coinvolti». In termini C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio*, cit., pag. 131, ed in *Id.*, *Gli equilibri instabili*, cit., para. 2.

¹⁵ Nello studio dei limiti della discrezionalità amministrativa nella gestione dei servizi pubblici si è infatti da più parti analizzata la rilevanza dei principi e delle norme di rango costituzionale. In proposito, ad esempio, D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, cit., para. 2 ha affermato che la preventiva valutazione circa l'opportunità dell'autoproduzione può essere ricondotta al principio di buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione e dei "criteri" di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa.

¹⁶ Con espressione ormai di uso frequente, cfr. per tutti G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *I principi dell'Amministrazione europea*, Torino, 2010, pag. 23. In merito a tali questioni, sulla tesi del costituzionalismo multilivello si rinvia alle riflessioni di G. DELLA CANANEA, *Is European Constitutionalism Really "Multilevel"?*, in *ZaoRV*, 2010, pag. 283;

tore nazionale, ma soprattutto in quanto in sostanza estraneo all'oggetto del presente studio.

Di centrale importanza, invece, è la determinazione dell'intensità del limite esterno. Come spesso accade, tra i vari approcci al problema si rinvengono soluzioni anche diametralmente opposte. Si rende pertanto necessario comprendere quale portata possa assumere effettivamente il condizionamento europeo.

3. *Dal modulo organizzativo libero (vincolo solo nazionale), al condizionamento dei principi europei*
- 3.1. *L'insussistenza di un generale obbligo di matrice europea in favore dell'esternalizzazione*

Punto di partenza del discorso può essere il rilievo che l'Unione europea, in tutte le sue fasi evolutive a cui sino ad oggi abbiamo assistito, non ha mai imposto¹⁷ un generale ed indiscriminato obbligo di rivolgersi al mercato in luogo dell'autoproduzione, con ciò intendendo un vero e proprio generale obbligo all'esternalizzazione, e non un mero eventuale *favor* in tal senso¹⁸.

I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *CJEL*, 2009, pag. 349; F. GABRIELE, M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Processi di decisione multilivello e sovranità economica*, Milano, 2008; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *ELR*, 2002, pag. 511. In merito al riparto di competenze amministrative e legislative a livello nazionale, ci si può solo limitare ad un rinvio ad alcune letture fondamentali, tra cui, E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in R. BIFULCO; A. CELOTTO; M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. Aggiornamento, 2012 Ed., Torino, 2012, pag. 629; V. ITALIA (a cura di), *I servizi*, cit.; R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, cit.; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit.; R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico delle autonomie locali*, Padova, 2006; G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, cit.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, cit.; G. PIPERATA, *Governance*, cit.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, cit.; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, cit.. In prospettiva più ampia, comprensiva sia del dato nazionale, che comparatistico, che europeo, si veda invece E.C. RAFFIOTTA, *Il Governo multilivello dell'economia*, Bologna, 2013.

¹⁷ Né, chi si scrive si augura, imporrà, coerentemente con il principio di sussidiarietà.

¹⁸ Vale qui solo richiamare quanto affermato da G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia*, cit., para. 1, il quale ricorda che «alla Comunità non è stata attribuita espressamente una competenza generale in materia di politica economica, ma un forte potere di controllo sul rispetto puntuale dei tempi e dei modi della liberalizzazione del mercato comune ed il potere, altresì, di vigilare sul mantenimento rigoroso delle condizioni di concorrenza». In giurisprudenza il dato è ormai pacifico da tempo, come dimostra la giurisprudenza anche meno recente sul punto, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 marzo 1997, n. 243; *ibid.*, 14 novembre 1996, n. 1374; *ibid.*, 06 aprile 1998, 432; *ibid.*, 23 aprile 1998, 477; da ultimo, in applicazione di detti principi, cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 21 gennaio 2013, n. 309.

Al più, in favore dell'esternalizzazione potrebbero leggersi alcune norme specifiche inerenti i soli settori in cui vi è stato un preciso intervento dell'Unione europea (o meglio, della Comunità europea) volto alla coatta apertura del mercato. Ma se da un lato anche in tal caso pare semplicistico parlare di mero onere di esternalizzazione imposto dall'Europa, essendo il fenomeno connotato da ben più complesse sfumature¹⁹, dall'altro resta comunque il fatto che si tratta di interventi del tutto eccezionali e settoriali dai quali pare difficile ricavare norme e principi di generale applicazione.

Certo non si ignora che il legislatore nazionale ha, già da qualche anno, mostrato una tendenziale preferenza, che ha suscitato in alcuni vive perplessità²⁰, verso la liberalizzazione²¹, pur senza aver necessariamente abbandonato «*la sua salda cultura dei diritti civili e sociali*»²². Ma che si condivida, o meno, l'opportunità del suddetto processo di liberalizzazione, quanto occorre chiarire è che si tratta di fenomeno che, per quanto spesso richiesto a livello europeo, non presuppone necessariamente l'abbandono da parte dei soggetti pubblici del

¹⁹ Le liberalizzazioni degli anni '90 nei servizi a rete non hanno imposto l'abbandono del mercato da parte del settore pubblico, ma si sono limitate a definire tutta una serie di garanzie atte a favorire lo sviluppo di un mercato concorrenziale nel quale potessero continuare ad esistere, anche nella loro qualità di "società pubbliche", i c.d. *incumbents* (con terminologia d'oltremontana, gli *ex monopolisti*). Come infatti sottolinea L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., pag. 304, l'intervento europeo è stato legittimato dall'articolo 52 TCE (ora articolo 59 TFUE) che prevede il potere in capo al Parlamento, «*per la liberalizzazione di un determinato servizio*», di dettare apposite direttive, in particolare considerando «*con priorità i servizi che intervengono in modo diretto nei costi di produzione, ovvero la cui liberalizzazione contribuisce a facilitare gli scambi di merci*».

²⁰ Secondo R. BIN, *Chi governa i servizi pubblici?*, in G. CITRONI; N. GIANNELLI; A. LIPPI (a cura di), *Chi governa l'acqua*, Soveria Mannelli, 2008, il progressivo allontanamento delle gestioni dei servizi pubblici locali dagli organi politici, specie nelle piccole comunità ove il rapporto elettorato-politici è molto stretto, ha svilito, se non eliminato, il principio del controllo democratico proprio della nostra tradizione giuridica. Sul punto anche F. FRACCHIA, *I servizi pubblici*, cit., para. 5, secondo cui, nel discorso sui servizi pubblici locali, «*in fondo, emergono logiche di responsabilità politica proprie dell'ente territoriale ed eccentriche rispetto al paradigma della concorrenza*». *Contra*, tuttavia, la più convincente prospettiva offerta da M. DUGATO, *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 10, 2005, para. 3, secondo cui il mero controllo politico sulle gestioni dei servizi pubblici, anche locali, risulta comunque insufficiente a garantire la qualità dei servizi erogati, posto che il bacino dell'elettorato locale solo in taluni casi corrisponde a quello degli utenti.

²¹ Sul punto si veda ad esempio la lettura della riforma dei servizi pubblici locali del 2002 di M. DUGATO, *I servizi pubblici*, cit.. Secondo M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, II Ed., Torino, 2013, pag. 348, in un contesto che mostra che «*un mercato aperto e in libera concorrenza possa essere pienamente compatibile con il perseguimento degli interessi pubblici e collettivi ... il legislatore italiano si è orientato verso un potenziamento di misure di liberalizzazione e di promozione della concorrenza*».

²² Così M. D'ALBERTI, *La tutela*, cit., para. 5.

mercato aperto alla concorrenza. Pertanto i fenomeni di privatizzazione sostanziale che in taluni casi ne sono derivati difficilmente possono essere direttamente ricondotti ad imposizioni europee, se non con dubbie forzature²³.

Fin dalle prime pronunce in tema di *in house*, la Corte di giustizia è stata molto chiara nell'affermare che le Amministrazioni nazionali, sotto un profilo europeo, sono del tutto libere di perseguire i propri fini istituzionali ricorrendo esclusivamente alle proprie risorse interne, senza alcuna necessità di rivolgersi al mercato²⁴. E così, anche la giurisprudenza nazionale, ivi inclusa quella costituzionale, ha più volte affermato che rientra nel potere organizzativo delle Pubbliche Amministrazioni la scelta di ricorrere all'autoproduzione laddove non vi sia un esplicito obbligo in senso contrario²⁵.

In ottica europea, tale circostanza può essere spiegata in base al principio

²³ In proposito, oltre alle opzioni interpretative che si vedranno a breve, pare risolutiva la constatazione di F. FRACCHIA, *In house providing*, cit., pag. 269, secondo cui «non sussiste, dunque, giustificato da esigenze di concorrenza, il vincolo a rivolgersi al mercato per proporre operazioni economiche». In tal senso, si è addirittura affermato che «oggi giorno è molto più importante che i Servizi di Interesse Generale siano sufficienti in termini di qualità ed efficienza (dal momento che un obbligo in tal senso grava sull'Unione e sugli Stati), piuttosto che siano forniti in conformità al diritto della concorrenza ... liberalizzazione, privatizzazione e trasparenza nelle relazioni finanziarie fra Stati ed imprese erogatrici sono valori cedevoli rispetto alla primaria esigenza di economicità di qualità e di efficienza del servizio. Tanto che l'Unione e, soprattutto, gli Stati Membri possono vedersi nella necessità di verticalizzare la loro azione sino a ritornare alla gestione», cfr. M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale*, cit., para. 2. *Contra* la tesi talvolta prospettata dalla giurisprudenza, e condivisa anche da parte della dottrina, secondo cui l'ordinamento europeo determinerebbe un condizionamento sulla scelta del modello di gestione tale da comportare la necessaria apertura alla concorrenza del mercato dei servizi, cfr. C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio*, cit., pag. 121, ed *ibid.*, *Gli equilibri instabili*, cit., para. 2. Ma tale soluzione non convince appieno in quanto sfornita di certa base normativa. D'altronde, se così non fosse, il lavoro che si propone ne potrebbe solo trarre giovamento, posto che in tal caso il condizionamento derivante dall'Unione europea sarebbe assai più intenso di quello che si vuole dimostrare.

²⁴ Molto chiara in tal senso la sentenza della Corte di giustizia, 11 gennaio 2005, nella causa C26/03, *Stadt Halle*, in particolare punto 48, ma il dato è stato implicitamente pacifico sin dalla pronuncia *Teckal* del 18 novembre 1999, in causa C-107/98, laddove la Corte enfatizza che la disciplina europea «è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice ... decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale» (p. 51). In dottrina, sulla libertà di scelta in capo alle amministrazioni, da un punto di vista europeo, cfr. C. ALBERTI, *Appalti «in house»*, cit., para. 5, la quale parla di «massima libertà».

²⁵ In ultimo Corte Costituzionale, 28 marzo 2013, n. 50. In particolare, la Corte Costituzionale, nella sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439, ha ricordato che «nella prospettiva europea ... la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato». Tra la giurisprudenza amministrativa, *ex multis*, Consiglio di Stato, V Sez., 18 settembre 2003, n. 5316; T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, 12 agosto 2008, n. 1721; *Ibid.*, 21 dicembre 2007, n. 2407.

di sussidiarietà, sul presupposto che la gestione dei servizi pubblici, in quanto strumentale all'appagamento dei bisogni essenziali dei cittadini, non può che essere organizzata a livello dei singoli Stati membri, sia perché questi sono i più prossimi agli utenti, sia per evidenti ragioni economiche²⁶.

Anche se poi in ambito nazionale la scelta del modulo organizzativo sembra prediligere le ragioni della concorrenza²⁷, intesa quale possibilità per gli operatori economici di aggiudicarsi l'affidamento del servizio, laddove, invece, è a livello europeo che, viceversa, sembrerebbero assumere posizione del tutto preminente gli utenti-consumatori²⁸. E proprio per tale ragione, in ambito comunitario, anche l'affidamento diretto è del tutto ammissibile laddove ritenuto utile per lo svolgimento della missione di interesse pubblico perseguita dall'Amministrazione²⁹.

²⁶ Così N. BASSI, *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, cit., pagg. 73–74.

²⁷ In tal senso F. FRACCHIA, *I servizi pubblici*, cit., para. 5. Il che sarebbe in linea con la lettura di B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 6, 1998, para. 8, secondo cui «L'art. 41 della Costituzione repubblicana garantisce e tutela la libertà di mercato», inteso quale spazio nel quale l'iniziativa economica prende forma. In proposito, tuttavia, N. IRTI, *L'Ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, afferma che mentre il primo comma dell'articolo 41 non prende posizione al riguardo, il terzo comma sembrerebbe mettere in dubbio l'impronta liberista *pro* mercato della norma costituzionale, dal che l'Autore auspica che si giunga ad una formulazione più chiara e precisa.

²⁸ Così spiega in parte la *ratio* di tale maggiore attenzione delle istituzioni europee verso l'utenza, S. CASSESE, *L'arena pubblica nuovi paradigmi per lo stato*, cit., para. 3.d, secondo cui in tal modo la Commissione può garantirsi un controllo diffuso sull'attuazione delle politiche comunitarie, di modo che «*imprese e cittadini divengono strumenti dell'attuazione del diritto comunitario e di verifica della conformità dell'attività dello Stato alla disciplina sovranazionale*». In tal senso anche A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*, cit., pag. 94, secondo cui «*the view of the European Commission ... is that competition law should be directed at consumer welfare. The EU Courts tend to express the objectives of EU competition law in rather wider terms*». Su un piano più generale si è del resto spiegato che «*il diritto antitrust ha (e non può non avere) come esplicito obiettivo la protezione dei consumatori*», cfr. M. ANTONIOLI, *Concorrenza*, cit., pag. 855.

²⁹ Senza addentrarsi nelle molteplici ipotesi di deroga al principio della gara previste dalla stessa normativa europea in tema di contratti pubblici, sul rapporto esistente tra missione di interesse pubblico e rispetto dei principi concorrenziali, può ancora ricordarsi la prospettiva offerta da D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 5, la quale ha riassuntivamente spiegato il fenomeno, chiarendo che «*il bilanciamento necessario ex art. 86 par. 2 CE tra regole di concorrenza ... ed esigenze connesse all'espletamento di servizi di interesse generale ... si ottiene, in concreto, tramite l'applicazione di tre diversi principi: il principio di neutralità rispetto al regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese. Il principio di libertà per gli Stati membri quanto alla definizione di ciò che è servizio d'interesse generale [e il] principio di proporzionalità*». Sul punto M.T. CIRENELI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati: la Direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della «disciplina trasparenza»*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2001, para. 4, parla di «*libertà di definizione*», intesa quale «*ampio margine di manovra*» nel definire ciò che costituisce servizio d'interesse economico generale.

Tale diverso modo di concepire il problema può forse spiegare il perché talvolta si sia parlato di imposizione, da parte dell'ordinamento europeo, di un obbligo generalizzato di apertura del mercato. Quei principi che, a livello europeo, sono intesi primariamente quali strumenti volti alla massimizzazione dei vantaggi per gli utenti finali, nel nostro ordinamento vengono recepiti in chiave concorrenziale, così erroneamente traducendo in *favor* generalizzato ed indistinto verso il mercato l'impulso dell'Europa verso la mera trasparenza e non discriminazione dell'azione delle Amministrazioni nazionali in fase di selezione dei contraenti³⁰.

³⁰ Il che non significa certo negare l'impronta liberale del mercato europeo, ma solo bilanciare all'interno di questo ciò che è necessario tutelare per rendere effettivo il mercato unico e la concorrenza e ciò che è doveroso garantire, secondo la sensibilità politica e sociale di ciascun Stato membro, in rapporto ai servizi pubblici. Quello europeo resta, infatti, pur sempre un sistema fondato «*su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*», come sancito oggi dall'articolo 3 del Trattato sull'Unione Europea (T.U.E.). In dottrina, per tutti, R. SCARPA, *Trasparenza dei rapporti fra autorità pubbliche ed imprese pubbliche nell'ordinamento comunitario. Una garanzia per le libertà nella vita economica*, cit., pag. 1085, il quale ricorda che «*il modello sul quale sono state costruite le Comunità europee è un modello di relazioni economiche-giuridiche basate sul principio di libertà*». Il che dunque presuppone l'esistenza degli strumenti giuridici atti a garantire lo sviluppo dell'iniziativa economica privata. In proposito si è infatti argomentato che, nell'incertezza sul significato e la portata delle previsioni di cui all'articolo 41 della nostra Costituzione, la partecipazione alla Comunità Economica Europea ha portato ad un «*processo di emancipazione dallo schema dirigistico prefigurato dalla Costituzione*», cfr. R. NANIA, *Libertà Economiche: Impresa e Proprietà*, in R. NANIA; P. RIDOLA (a cura di), *Diritti Costituzionali*, vol. I, II Ed., Torino, posizione condivisa sotto tale aspetto anche da V. VITRÒ, *Il controllo giudiziario delle imprese collettive: le regole del Sarbanes-Oxley act*, Milano, 2007, pag. 119. Per una completa analisi del processo interpretativo dell'articolo 41, sia in chiave storica sia secondo le più recenti teorie, si rimanda a R. NIRO, *Art. 41*, cit., pag. 846 e ss.. Si tratta peraltro di caratteristica che, in varia misura, ispira gli ordinamenti di tutti gli Stati membri. Secondo l'analisi della stessa Corte di giustizia, non v'è dubbio che «*l'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri tuteli il diritto di proprietà e di analoga tutela fruisca il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela*», cfr. sentenza del 14 maggio 1974, nella causa 4/73, *Nold / Commissione*, punto 14. Si noti che, secondo la pronuncia citata e la successiva consolidata giurisprudenza della Corte, sia il diritto di proprietà, sia la libertà di esercitare un'attività economica, non hanno valore assoluto, ma possono subire limitazioni, a condizione che le stesse siano «*effettivamente consone ad obiettivi di interesse generale perseguiti e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti*», cfr. Corte di giustizia, 16 novembre 2011, nel procedimento C-548/09, *Bank Melli Iran / Consiglio*, punto 114. Sul punto, oltre alla già citata sentenza *Nold / Commissione*, si veda anche la costante giurisprudenza della Corte, in particolare, sentenze del: 10 luglio 2003, nelle cause riunite C-20/00 e C-64/00, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, punti 67 e 68; 14 dicembre 2004, nella causa C-210/03, *Swedish Match*, punto 72; nonché 3 settembre 2008, nella causa C-402/05, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, punto 355. In dottrina, oltre agli Autori citati nelle note successive, cfr. per tutti G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., pag. 620, il quale non nutre dubbi sul fatto che i principi a cui «*s'ispira l'intero*

A ben vedere, tuttavia, quando si parla di scelta del modello organizzativo da parte dell'Amministrazione non sorge alcun problema di tutela della concorrenza ai sensi dell'ordinamento europeo. Solo a valle di detta scelta, se operata nel senso di ricorrere al mercato, entrano in gioco i meccanismi europei volti a tutelare il corretto funzionamento del mercato interno.

Siffatta ricostruzione del problema potrebbe così spiegare, ed aiutare a risolvere, il rapporto tra l'interpretazione della nozione di autonomia organizzativa degli enti locali e quella di mercato interno³¹. I due concetti non si pongono in antitesi tra loro, bensì restano l'uno autonomo rispetto all'altro, in quanto «*il diritto comunitario lascia ... piena libertà quanto alla scelta delle modalità di gestione di un servizio che sia reputato di interesse economico generale*»³².

Del resto, che le c.d. Direttive sui contratti pubblici non possano determinare alcun obbligo di esternalizzazione è confermato dal fatto che la base giuridica che ne ha legittimato l'adozione è costituita dalle norme dei Trattati relative alla libera circolazione all'interno del mercato unico³³, il che impone di

sistema giuridico dell'Unione sono quelli c.d. liberali dell'economia di mercato». Su un piano ancor più ampio, si è inoltre notato che nell'attuale sistema globale la proprietà privata è diritto riconosciuto nella stragrande maggioranza dei paesi, se non la totalità di quelli "occidentalizzati", ivi inclusi quelli dell'ex blocco sovietico, come dimostrato dallo studio comparato di P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2009.

³¹ In proposito L. AMMANNATI, *La forza espansiva*, cit., aveva prospettato un qualche livello di incompatibilità tra i due, chiedendosi «*se il riconoscimento di una autonomia organizzativa dei mercati da parte degli stessi enti locali non vada nella direzione di cristallizzare una volta per tutte la frattura tra questi e il mercato comune esonerandoli definitivamente dalla necessità di introdurre un regime concorrenziale*».

³² Così D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 5.

³³ Come ben emerge dai rispettivi preamboli. Si veda, ad esempio, la Direttiva 2004/18/CE, nel cui preambolo si richiamano espressamente gli articoli 47, paragrafo 2, e 55 del TCE, ed al cui secondo considerando si legge che l'aggiudicazione degli appalti pubblici «*è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza*». Il che è del tutto in linea tanto con le precedenti Direttive – si pensi alla Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, poi sostituita dalla Direttiva 2004/18/CE, ove, al primo considerando, si legge che «*che il Consiglio europeo ha constatato l'esigenza di completare la realizzazione del mercato interno*» –, quanto con quelle di ultima generazione – la Direttiva 2014/24/UE recita infatti al primo preambolo: «*l'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza*» –. Ed ancora, al sesto

interpretarle in conformità a queste ultime³⁴. Di conseguenza, in ragione di quanto detto nel corso del primo capitolo, le norme in tema di gare pubbliche solo in senso lato possono dirsi volte alla tutela della concorrenza. Più correttamente, le stesse sono state adottate al fine di assicurare che la concorrenza

preambolo, primo paragrafo, si legge che la Direttiva «non dovrebbe neppure trattare la liberalizzazione di servizi di interesse economico generale, riservati a enti pubblici o privati, o la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi». Anche secondo la Corte di giustizia «l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è la libera circolazione delle merci e dei servizi nonché l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, Racc. pag. I-1, punto 44)», sentenza in data 11 maggio 2006, nella causa C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, punto 58. Cfr. anche sentenza *Parking Brixen*, punto 48, ove si chiarisce che scopo delle Direttive è consentire che tutti gli operatori economici «dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità». In questo senso, anche, tra le tante, sentenza del 25 aprile 1996, nella causa C-87/94, *Commissione/Belgio*, punti 33 e 54. Il dato è poi pacificamente assodato in dottrina, tra i tanti cfr. Così M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2, 2008, para. 4, il quale afferma, raffrontando il previgente sistema nazionale con quello di derivazione europea, che «le procedure “ad evidenza pubblica” per l'affidamento dei contratti relativi a lavori, servizi e forniture, non tutelano più soltanto l'interesse pubblico, finanziario e amministrativo, delle stazioni appaltanti e non rispondono esclusivamente al principio di legalità, ma sono volte a garantire la libertà di circolazione dei beni e dei servizi nel mercato interno e la libera concorrenza in ambito europeo». Per un'esposizione completa del quadro di riferimento si vedano G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, cit., pag. 423. Giova sottolineare che dette Direttive del 2004 hanno trovato quale base giuridica anche l'articolo 95 TCE sul ravvicinamento delle legislazioni, come pure hanno fatto le nuove Direttive del 2014, che si fondano anche sull'articolo 114 TFUE. Del tutto peculiare è, invece, il diverso caso delle c.d. Direttive ricorsi in materia di appalti pubblici (direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE 173, di recente modificate dalla direttiva 2007/66/CE), le quali si fondano esclusivamente sull'articolo 95 TCE, il che rappresenta un *unicum* quanto a norme processuali, come sottolineato da D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, cit., pag. 119.

³⁴ Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, *ex multis*, sentenza del 20 marzo 1997, nella causa C-352/95, *Phytheron International*, punto 18, ed anche sentenza dell'11 luglio 1996, nella causa C-427/93, *Bristol-Myers Squibb e a. / Paranova*, punto 27. In ultimo di veda la sentenza del 19 dicembre 2012, nella causa C-549/11, *Orfey Bulgaria*, punto 32, ove espressamente la Corte afferma che «risulta da costante giurisprudenza che una norma di diritto derivato dell'Unione deve essere interpretata, nei limiti del possibile, nel senso della sua conformità con le disposizioni del Trattato e con i principi generali del diritto dell'Unione (sentenze del 21 marzo 1991, *Rauh*, C-314/89, Racc. pag. I-1647, punto 17, nonché del 10 luglio 2008, *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala*, C-413/06 P, Racc. pag. I-4951, punto 174 e giurisprudenza ivi citata)». In dottrina, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti*, cit., pag. 413, che sottolineano che gli atti di diritto derivato «benché subordinati ai Trattati dovendo ovviamente rimanere nei limiti di quanto previsto dalla clausola di questi che ne costituisce la base giuridica, tali atti recano disposizioni che integrano sostanzialmente il diritto primario»; cfr. anche L.F. BRAVO, A. RIZZO, F.M.D. MAJO, *Codice dell'Unione europea*, III Ed., Milano, 2008, pag. 155. Sulle fonti europee in generale, si veda G.A. BENACCHIO, *Fonti del diritto (diritto comunitario)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali I*, Milano, 2007, pag. 616. Sulla nozione di “base giuridica” nel diritto europeo, si veda J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., pagg. 144–145, il quale, nel sottolineare che della stessa non esiste una «definizione autentica», la descrive affermando che «è costituita da una serie di clausole dei trattati, che indicano 1) il settore di politica, 2) gli obiettivi specifici al settore, 3) gli atti che possono essere adottati nel settore e 4) la procedura di adozione degli atti nel settore».

per il mercato delle commesse pubbliche si svolga in modo conforme ai Trattati³⁵.

Di conseguenza, dette norme possono rilevare solo laddove l'Amministrazione decida di affidarsi al mercato, senza nessuna imposizione in tal senso, mentre le stesse non possono avere alcuna rilevanza laddove non vi sia alcun affidamento a detto mercato³⁶. In altri termini, per dirla con le parole della Commissione, «non è pertanto necessario privatizzare le imprese pubbliche»³⁷.

Tanto in dottrina, quanto nella giurisprudenza costituzionale, è del resto rinvenibile un largo consenso sul fatto che la scelta tra autoproduzione o esternalizzazione è questione rimessa al diritto nazionale, senza in proposito alcuna preferenza espressa da parte del legislatore europeo³⁸. Tale circostanza viene

³⁵ A conferma di ciò, oltre quanto esposto nelle note precedenti, basti aggiungere che «la disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici è di regola neutra rispetto all'organizzazione dei soggetti che ne sono destinatari. Si tratta di una normativa che è in larga parte funzionale – prevede procedimenti, regole di azione, limiti ai poteri di scelta ecc. – e che imputa compiti e attribuzioni ai “soggetti aggiudicatori” in quanto tali, lasciando poi alla disciplina propria di ciascuno di essi la distribuzione interna delle competenze. Questo è un riflesso sia dell'impostazione data alla materia dal diritto comunitario, che di regola non interviene sulla autonomia organizzativa delle amministrazioni nazionali, sia di un tratto proprio del diritto nazionale degli appalti che, in quanto rivolto ad una pluralità di categorie di soggetti pubblici, ha in genere considerato le singole discipline organizzative come un dato su cui inserire obblighi procedurali e funzionali», G. URBANO, *L'amministratore delegato della società pubblica come organo amministrativo nelle gare per la selezione dei contraenti*, in *Giustamm.it*, 2012, para. 3, il quale avverte comunque che, nonostante ciò, un'incidenza sull'organizzazione interna vi sia. Sulla distinzione tra concorrenza per il e nel mercato, cfr. F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, cit., pag. 75.

³⁶ In proposito R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *Organisation v. Market in purchasing arrangements among public entities: the european perspective*, in Atti del Convegno «*Managing water in a changing world*», Torino, luglio 2009, para. 4, ha espressamente affermato che «*the internal market principles, and the following special regulation on public procurement, may protect and trigger competition only once a public contracting authority has decided to address the market but these principles turn out to be powerless in promoting market solutions under EU law*».

³⁷ Comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse generale in Europa* (2001/C 17/04) del 19 gennaio 2001, paragrafo 21.

³⁸ Oltre agli Autori citati nelle note precedenti, tra i tanti che si sono espressi sul punto possono segnalarsi, senza alcuna pretesa di esaustività, A. TRAVI, *La disciplina di riferimento dei servizi pubblici di rilevanza economica*, cit., pag. 172, il quale afferma in modo risolutivo che «*il diritto comunitario è stato invocato per sostenere l'esigenza dell'apertura dei servizi pubblici al mercato, ma in realtà, chiunque abbia esperienza della normativa in materia, sa bene che l'Unione europea non ha mai imposto determinate soluzioni ed in particolare ha sempre espresso la sua indifferenza rispetto alla scelta fra internalizzare od esternalizzare il servizio pubblico*»; od, ancora P. MANZINI, *Note sulle «relazioni pericolose» tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 3, 2002, in tal senso anche M. CLARICH, *Le società miste*, cit., para. 1, il quale si riferisce alle due ipotesi anche con i termini *make* (autoproduzione) e *buy* (esternalizzazione). In termini G. CORSO, FARES, *Crepu-*

giustificata da alcuni nel c.d. «*principio di auto-organizzazione amministrativa*», a sua volta legato al più generale principio comunitario di autonomia istituzionale³⁹.

Su un piano prettamente nazionale si è peraltro evidenziato che, in senso contrario, non potrebbe valere, quale indice di un principio differente, l'articolo 1, comma 1 *bis*, della legge del 7 agosto 1990, n. 241. Tale norma, anche laddove letta quale espressione di una tendenziale preferenza verso gli strumenti privatistici, limita comunque la sua portata a quelle evenienze in cui l'Amministrazione non deve agire attraverso l'uso di poteri autoritativi, né comunque, secondo tale prospettiva, potrebbe dirsi che la norma esiga che all'applicazione del diritto comune debba seguire necessariamente l'affidamento delle prestazioni a soggetti di diritto comune⁴⁰.

*scolo dell'«in house»?», in Foro it., I, 2009, para. 2. Anche A. CALLEA, Gli affidamenti «in house», cit., pag. 333, secondo cui «i principi a tutela della concorrenza che sono alla base del mercato comune dell'Unione ... non impongono alle amministrazioni aggiudicatrici un obbligo di esternalizzazione». R. URSI, Le società per la gestione dei servizi pubblici locali, cit., para. 4, afferma che l'alternativa tra esternalizzazione ed autoproduzione non è affatto riconducibile a scelte sindacabili nell'ottica del diritto comunitario, dipendendo unicamente dal contesto nazionale di riferimento. Si noti che il concetto qui in esame va nettamente tenuto distinto da quello che, pur sempre qualificato come di «privatizzazione», ha animato un altro dibattito in dottrina, ossia quello relativo alla necessità di prediligere gli strumenti privatistici a quelli pubblicistici per ragioni comunitarie, in certa misura accolto positivamente da V. CERULLI IRELLI, Il negozio come strumento di azione amministrativa, in Lexitalia.it, 2001, *passim*, ma decisamente escluso da G. GRECO, Effettività, cit., *passim*.*

³⁹ In tal senso C. IAIONE, *Gli equilibri instabili*, cit., para. 2; L.M. DÍEZ PICAZO, *Il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Quad. cost.*, 4, 2004. Sul punto si è espressamente affermato che da un'analisi complessiva del sistema comunitario non emerge alcun obbligo per le Amministrazioni di acquisire i servizi di rilievo economico presso il mercato, ben potendo le stesse acquisire gli stessi all'interno della propria organizzazione, cfr. D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, cit., para. 1.

⁴⁰ F. CORTESE, *Tipologie e regime*, cit., pag. 49. Il che, del resto, è in linea con l'idea secondo cui il detto comma 1 *bis* sia semplicemente norma volta a confermare la doppia anima degli strumenti giuridici, pubblici e privati, a disposizione dell'Amministrazione per il raggiungimento dei propri fini, ossia, come ben chiarito da M. GOLA, *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pag. 169, la novella «*dà luogo ad una perfetta equivalenza tra attività non autoritativa e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*». Si tratta, in altri termini, di una «*apparente 'privatizzazione'*», per dirla con l'efficace espressione di G. NAPOLITANO, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pag. 89. Anche G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pag. 80, ha affermato in tal senso che «*il comma 1-bis ha, allo stato, un impatto tutto sommato limitato in ordine al campo di applicazione del diritto privato, in luogo del diritto pubblico-amministrativo. Infatti le principali fattispecie, tradizionalmente assoggettate al diritto amministrativo, tali rimangono*». Sul problema, poi, della sostituibilità dello strumento pubblicistico con quello privati-

Dunque, nonostante le innumerevoli conseguenze derivanti, sotto molteplici aspetti, dalla partecipazione all'Unione europea – sino, come noto, alle limitazioni all'esercizio della sovranità⁴¹ –, non vi è alcuna norma europea che imponga, una volta per tutte ed in via generale, un determinato assetto organiz-

stico, l'Autore prosegue affermando che «l'amministrazione può sostituire il mezzo pubblicistico con quello privatistico ... tutte le volte che non sussista un divieto legislativo espresso o comunque desumibile dalla legge» (*ibid.*, pag. 82). Il che, nell'ottica che qui interessa, e, dunque, nell'opzione tra internalizzazione od esternalizzazione, conferma la già vista discrezionalità che permane in capo all'Amministrazione nella valutazione dell'opzione ritenuta migliore, all'interno dei vincoli posti dal legislatore.

⁴¹ Sin dalla nota sentenza del 15 luglio 1964, nella causa C-6/64, *Costa / E.N.E.L.*, la Corte di giustizia ha affermato che «il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani». La circostanza è peraltro pacifica anche in dottrina, cfr. tra i tanti accenni alle limitazioni di sovranità dovute alla partecipazione all'Unione europea, G. GRECO, *Lezioni*, cit., pagg. 19–20; *ibid.*, *Argomenti di Diritto Amministrativo. Letture*, vol. II Parte Speciale, IV Ed., Milano, 2013, pag. 35; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea: Parte istituzionale*, VI Ed., Torino, 2013, pag. 433 e ss. in particolare; F. BALAGUER CALLEJÓN, *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*, Bari, 2012, pag. 101 e ss. (traduzione a cura di A.M. Nico); R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti*, cit., pag. 229 e ss. in particolare; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *I principi*, cit., pag. 19; G. DELLA CANANEA, *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2006, pagg. 51–53; G. LUCHENA, *Aiuti pubblici*, cit., pag. 17; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, in *Dir. Famiglia*, 1, 2002, pag. 323 e ss.; A. MASSERA, *Oltre lo Stato*, cit., para. 1; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, pagg. 33–73; G. GUARINO, *La grande Rivoluzione: l'Unione europea e la rinuncia alla sovranità*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di G. Abbamonte*, Napoli, 1998; E. CASTORINA, *Certezza del diritto "e ordinamento europeo": riflessioni attorno a un principio comune*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 1998, passim. Per un'esauriente ricostruzione del concetto di sovranità, anche in rapporto all'Unione europea, si veda R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Articolo 1*, in R. CAVALLO PERIN; A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, pagg. 1–6. Mentre, in chiave critica circa la crescente crisi della sovranità statale, F. GALGANO, *La globalizzazione*, cit., pag. 313 e ss.. Con specifico riferimento al tema dei servizi pubblici, invece, si vedano S. BATTINI, G. VESPERINI (a cura di), *I limiti globali*, cit., passim; G.F. CARTEI, *Il Servizio Universale*, Milano, 2002, pagg. 1–64. Per un breve approfondimento sui dubbi circa le conseguenze di tale posizione in ordine al trasferimento della sovranità, si rimanda alle considerazioni già espresse in G. CARULLO, *Acte administratif individuel et directives non transposées: rôle du juge national*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2013. Vale poi sottolineare che il fatto che vi possano essere limiti alla sovranità non implica alcuna automatica conseguenza in termini di autonomia, posto che i due concetti restano del tutto distinti, come da tempo chiarito dalla dottrina, cfr. A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. II, Torino, 1987, pag. 33, il quale afferma che «l'autonomia va distinta da un'altra nozione, con la quale è stata a lungo confusa: la sovranità»; in senso analogo, G. CHIARELLI, *Sovranità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII, III Ed., Torino, 1957, pag. 1043 e ss.; ed anche A. DE VALLES, *Autonomia*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I 2, III Ed., Torino, 1957, pag. 1558, il quale riassuntivamente affermava che «l'autonomia, in senso giuridico, resta coi distinta dal potere originario di certi ordinamenti di formare il proprio diritto» (*ibid.*, pag. 1559); sul punto anche M.S. GIANNINI, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1951, pag. 851 (l'Autore si era poi anche occupato del problema della sovranità specificamente in relazione alla Comunità Europea, cfr. *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2003, con presentazione di S. BATTINI); e F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., pagg. 27–35.

zativo per la gestione dei servizi economici⁴².

3.2. *Il condizionamento sul momento discrezionale quale conseguenza della necessaria applicazione del diritto europeo alle attività a contenuto economico indipendentemente dalla proprietà pubblica o privata*

La circostanza che a livello europeo non sia rinvenibile una disposizione che impone un generale obbligo di esternalizzazione non preclude comunque di considerare quali conseguenze possano derivare dal diritto europeo in ordine alla scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione. Anche senza considerare la pur condivisibile circostanza che il diritto europeo tende generalmente ad esercitare un'influenza oltre i limiti imposti dal riparto di competenze ad essa attribuiti⁴³, si deve comunque tener presente che a valle della scelta circa il modello di gestione entrano pur sempre in gioco i principi concorrenziali di cui si è detto.

Ne è evidente dimostrazione il dibattito sorto in passato circa la sussistenza, o meno, di un *favor* europeo (si noti, non un obbligo) verso le privatizzazioni e le liberalizzazioni. Non sono mancate, infatti, posizioni dottrinali che hanno in varia misura ricondotto detto processo di liberalizzazione e privatizzazione all'influsso, più o meno esplicito, del diritto europeo⁴⁴, a cui talvolta è

⁴² In tal senso, oltre alla dottrina e giurisprudenza già citate *supra* nel corso del presente paragrafo, cfr. espressamente in tal senso F. CORTESE, *Tipologie e regime*, cit., pag. 49.

⁴³ In proposito F. ITALO, *Diritto comunitario*, cit..

⁴⁴ In tal senso sembrerebbe propendere R. BIN, *Chi governa i servizi pubblici?*, cit., secondo cui «sotto la spinta della legislazione e della giurisprudenza comunitaria, il percorso italiano verso l'efficienza incrocia il percorso comunitario verso il mercato, la liberalizzazione e la concorrenza». Ricollegando il fenomeno alla materia degli aiuti di Stato, M.T. CIRENEI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati*, cit., para. 2, afferma che «la consapevolezza della "inaffidabilità" (come strumento di politica economica e sociale) delle imprese pubbliche, ormai vincolate al rispetto del principio dell'investitore in economia di mercato e all'autosufficienza, ha indubbiamente giocato non poco sulla scelta legislativa delle dismissioni». In epoca meno recente, P. FATTORI, *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, cit., pag. 130, aveva affermato che l'applicazione delle regole di concorrenza sembrava aver persino portato ad «incrinare il principio di neutralità rispetto al regime della proprietà di cui all'articolo 222 del Trattato (finendo con il favorire la privatizzazione delle imprese pubbliche, costrette a vivere in un habitat sempre più inospitale)». Va pur sempre tenuto conto, del resto, che, come sottolinea G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia*, cit., para. 2, «la prassi ha seguito una logica del sistema meno neutrale, ma forse più coerente e senza dubbio più realistica rispetto a quella che emerge dal Trattato, indipendentemente dal merito delle scelte. Pur conservando formalmente agli Stati membri le scelte di politica economica, ivi compresa quella della presenza attiva di risorse pubbliche nell'economia, essa ha finito nella sostanza col privilegiare il mercato». In diversa prospettiva, più recentemente E. SCOTTI, *Organizza-*

sembrata alludere anche la giurisprudenza costituzionale⁴⁵. Sul presupposto che l'esistenza di un'impresa pubblica nel mercato generi comunque un disequilibrio concorrenziale contrario ai principi europei, tali teorie hanno ritenuto che l'applicazione in concreto di detti principi favorisca indirettamente l'uscita dal mercato della mano pubblica⁴⁶.

Tale prospettiva coglie nel segno laddove prende le mosse dalla necessaria applicazione dei principi concorrenziali europei anche alle imprese pubbliche attive sul mercato, ma risulta invece meno convincente in ordine alle conseguenze che ne fa discendere. Più coerente con il quadro europeo appare la prospettiva secondo cui «*la posizione del diritto comunitario in rapporto al problema della dismissione delle imprese pubbliche ... non consiste nell'imperativo "si deve privatizzare", quanto piuttosto nel condizionale: "qualora si privatizzi, occorre seguire talune regole"*»⁴⁷.

Tale seconda lettura risulta infatti più rispondente al sistema delineato dall'articolo 345 TFUE, disposizione che vive nei Trattati in modo sostanzialmente invariato sin dal 1957⁴⁸. Secondo una condivisibile lettura della

zione pubblica, cit., para. 4, ha invece affermato che l'attenzione mostrata dalle Istituzioni europee per l'*in house* rivela come queste percepiscano in termini problematici, rispetto alle regole di concorrenza e alla scelta in favore del libero mercato, la facoltà di ricorrere a proprie articolazioni organizzative da parte delle Pubbliche Amministrazioni chiudendo così settori del mercato degli appalti pubblici. In questo senso sembra propendere anche S. D'ANTONIO, *La gestione*, cit., pagg. 126–127.

⁴⁵ Si allude alla sentenza della Corte Costituzionale del 19 giugno 2012, n. 199, in merito alla quale F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali*, cit., para. 1, ha condivisibilmente affermato che «*il punto critico di questa pronuncia è che essa ravvisa nel diritto europeo il divieto di gestire direttamente i servizi pubblici di rilevanza economica, a meno che sussistano le condizioni per le deroghe ammesse dall'art. 106, c. 2 TFUE. Nonostante i richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia che accrediterebbero la tesi, si tratta di un'interpretazione che non trova riscontro in sentenze del giudice europeo, e che incontra ostacoli nel testo stesso dell'art. 106 TFUE*».

⁴⁶ Per un'esauritiva esposizione delle contrapposte teorie sul punto, si veda l'ancor attuale ed esauritivo contributo di A. PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero*, cit., il quale spiega che, invece, le opposte teorie che negavano l'influenza europea si rifacevano all'art. 295 TCE (ora 345 TFUE), come meglio si dirà a breve.

⁴⁷ Così P. MANZINI, *Note sulle «relazioni pericolose»*, cit., para. 6. In tal senso già in precedenza può leggersi anche G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia*, cit., para. 1, il quale afferma che «*il sistema comunitario, quale in origine disegnato nel Trattato, da una parte lascia dunque agli Stati membri ampie responsabilità nelle scelte di politica economica; e dall'altra impone la realizzazione di un mercato comune «perfetto» delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali*».

⁴⁸ Ai sensi di detto articolo «*i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*». In precedenza la disposizione era contenuta nell'articolo 222 del Trattato di Roma del 1957 («*Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regi-*

norma, la stessa «è chiara espressione della volontà dei redattori di non interferire con il regime di proprietà esistente negli Stati membri, né con la facoltà di questi di procedere ad eventuali nazionalizzazioni»⁴⁹. In sostanza la norma mirerebbe esclusivamente a garantire la neutralità dell'ordinamento europeo rispetto alla proprietà delle imprese operanti sul mercato, dal che deriverebbe l'indifferenza delle Istituzioni europee rispetto alla qualifica soggettiva degli

me di proprietà esistente negli Stati membri»), poi trasfusa nell'art. 295 del TCE («Il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri»).

⁴⁹ La citazione è di D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 3.1, la quale parte proprio dalla premessa circa «la neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese ex art. 295 CE ed i suoi corollari», per affermare che detto articolo «fa parte delle disposizioni generali e finali del Trattato ed è chiara espressione della volontà dei redattori di non interferire con il regime di proprietà esistente negli Stati membri, né con la facoltà di questi di procedere ad eventuali nazionalizzazioni». In tal senso in ultimo si veda C. FRATEA, *Articolo 345*, in F. POCAR; M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, Trento, 2014, pag. 1540, il quale sottolinea la neutralità della norma «soprattutto in relazione ai casi di nazionalizzazioni o privatizzazioni». Sul punto si registra un largo consenso in dottrina, cfr. A. MALTONI, *Gli atti «prodromici» delle P.A. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate*, cit., para. 6.1. Anche G. ROSSI, *L'impresa europea di interesse generale*, Milano, 2006, pag. 3 parla di «neutralità o irrilevanza, nel diritto comunitario, del regime di proprietà degli Stati», avvertendo però che ciò non significa, stando alla giurisprudenza della Corte di giustizia, «immunità» delle imprese privatizzate in mano pubblica. In senso analogo, L. SALTARI, *Amministrazione nazionali*, cit., pag. 75, parla di indifferenza dell'ordinamento comunitario «rispetto alla proprietà privata o pubblica delle imprese», avvertendo però che si impone comunque «agli Stati la parità di trattamento rispetto a tutti gli operatori presenti sul mercato». R. NANIA, *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2012, pag. 272, parla di «“indifferenza” comunitaria rispetto ai regimi proprietari interni». Più di recente, espressamente richiamando il citato articolo 345 TFUE, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, pag. 25, afferma che detto articolo «esprime la neutralità dell'ordinamento europeo rispetto alla scelta tra proprietà pubblica o privata». In senso conforme anche G. URBANO, *Le regole comunitarie sulle Società pubbliche: tutela della concorrenza, golden share e aiuti di Stato*, in *Giustamm.it*, 2012, para. 1. Sul punto anche R.D. NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, pag. 191; R.G. RODIO, *Le privatizzazioni in Europa*, Padova, 2003, pag. 445. S.M. CARBONE, *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 1999; M.T. CIRENEI, *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. internaz.*, 4, 1996. In proposito sottolinea tuttavia G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia*, cit., para. 1, che «nel tentativo di mantenere la neutralità tra l'opzione liberista e quella almeno in parte interventista, si è ... finito col prefigurare nel Trattato un'armonia ridotta o, se si preferisce, un sistema senza armonia», del quale proprio l'articolo 345 TFUE (ex articolo 222 TCE), secondo l'Autore, ne è emblematico esempio. In prospettiva parzialmente diversa da quella strettamente economica qui accolta, ed in ottica protezionistica, A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, pagg. 13–14 e ss., la quale ha osservato che, ad una prima effettiva indifferenza rispetto al diritto di proprietà, inizialmente strutturalmente assimilata alle c.d. libertà fondamentali, la Corte di giustizia ha poi dovuto affrontare il contenuto di tale diritto proprio in rapporto a tali norme ed ai possibili conflitti con esse scaturenti, così fornendo un quadro giurisprudenziale europeo anche su detto diritto.

erogatori di servizi di interesse economico generale.

Le norme europee, del resto, non pare si prestino ad alcun tipo di assolutismo. Volgendo lo sguardo al *corpus* dei Trattati, può infatti condividersi l'idea che tanto l'articolo 14 del TFUE⁵⁰, avente peraltro mera «*natura programmatica*»⁵¹, quanto l'articolo 36 della Carta di Nizza⁵², siano espressione della volontà degli Stati contraenti di non riconoscere un ruolo realmente sostanzioso all'Europa nell'organizzazione dei servizi pubblici – ad eccezione che in rapporto allo smantellamento dei monopoli pubblici, questo, tuttavia, giustificato in via eccezionale dalla volontà di aprire nuovi mercati alla concorrenza intraeuropea –⁵³.

Anche perché la giurisprudenza europea, cui ha fatto eco quella nazionale, ha da tempo chiarito che la partecipazione pubblica non attribuisce di per sé un vantaggio competitivo⁵⁴. Dunque, sin dal 1957, in ottica europea non si vede perché avrebbe dovuto esistere un divieto in proposito nei Trattati.

Non è allora mancato chi ha negato in radice qualsiasi possibile condi-

⁵⁰ Già articolo 16 TCE, fu inserito quale articolo 7d nel TCE dal Trattato di Amsterdam del 1997 ed entrò in vigore nel 1999. Per quanto qui rileva, dispone la norma che in relazione ai servizi di interesse economico generale, «*l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti*».

⁵¹ Con l'espressione di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, II Ed., Milano, 2012, pag. 15.

⁵² Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in GUUE, C 326 del 26 ottobre 2012.

⁵³ Si è infatti affermato che con l'introduzione del citato articolo 14 si è voluta cogliere l'opportunità «*di consentire un'organizzazione dei servizi pubblici, il più possibile libera da condizionamenti esterni*», cfr. F. GOISIS, *Rapporto di controllo, scelta del gestore di servizio pubblico, principi del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2000, para. 5. Il che è in linea con l'idea proposta da S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, cit., para. 8. secondo cui l'ordinamento europeo è, in principio, neutrale rispetto alla proprietà e gestione delle attività economiche e che, quindi, come sottolinea A. TRAVI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in G. FALCON (a cura di), *Il Diritto Amministrativo dei Paesi europei*, Padova, 2005, «*la soluzione non va cercata nel diritto comunitario, ma in una maggiore responsabilità nazionale*». Quanto all'articolo 36 della Carta di Nizza, per tutti cfr. C. FRATEA, *Articolo 36*, in F. POCAR; M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, Trento, 2014, pag. 1752, spiega che «*la norma ha portata ridotta rispetto all'art. 14 TFUE*» e che «*non attribuisce alcun diritto positivo ... né impone agli Stati l'obbligo di assicurare la prestazione dei servizi di interesse economico generale, ma si limita a rispettare le scelte dei paesi membri in relazione alle forniture dei servizi, purché effettuate nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 106 TFUE*».

⁵⁴ Ex multis, cfr. Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, nella causa C-94/99, *Arge Gewässer-schutz c. Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft*. Nella giurisprudenza nazionale cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 24 ottobre 2008, n. 2676; T.A.R. Umbria, 31 maggio 2007, n. 472.

zionamento ulteriore rispetto a quello esclusivamente nazionale, rilevando come la scelta circa il modello di gestione possa dirsi vincolata solo dalle norme e dai principi sanciti dal nostro legislatore⁵⁵.

Ma la soluzione non convince appieno. Non tiene conto che, quantomeno, in un contesto volto alla sempre crescente europeizzazione delle funzioni di tutela della concorrenza⁵⁶, anche solo le norme inerenti la trasparenza imposta a determinate “società pubbliche”⁵⁷ o l’applicazione di quelle relative alle procedure di evidenza pubblica⁵⁸, determinano una pur minima incidenza sui modelli organizzativi pubblici⁵⁹.

Più convincente, allora, appare la posizione intermedia secondo cui il principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza⁶⁰, se portato al suo massimo estremo, potrebbe al più comportare la necessità di “mettere in concorrenza” i servizi interni qualora si opti per l’opzione «*del tutto legittima e comunitariamente compatibile per la “autoproduzione dei servizi”*»⁶¹.

⁵⁵ Così A. CALLEA, *Gli affidamenti “in house,”* cit., pag. 334, secondo cui tale scelta «*incontrerà i soli limiti di diritto interno, tra i quali, oltre alle norme generali e astratte, i principi che regolano le scelte discrezionali di ogni amministrazione pubblica quali, in modo particolare, quelli di efficienza, efficacia ed economicità*».

⁵⁶ In tal senso G. VESPERINI, *Il vincolo europeo*, cit., pag. 9.

⁵⁷ Si allude alla Direttiva 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all’interno di talune imprese, sulla quale si tornerà approfonditamente nel capitolo V.

⁵⁸ Come afferma il già citato M. D’ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, cit., para. 1.

⁵⁹ A questo proposito E. GROMNICKA, *Services of General Economic Interest in the State Aids Regime: Proceduralisation of Political Choices?*, in *EPL*, 3, 2005, pag. 459, ha affermato che, nonostante l’Unione europea si stia adoperando per creare un sistema economico che sia neutrale rispetto ai sistemi nazionali di proprietà e non impone vincoli alle partecipazioni pubbliche in soggetti esercenti servizi pubblici, d’altra parte, c’è anche un tendenza nel diritto comunitario a lasciare che i processi economici vengano auto determinati dal mercato, piuttosto che dalla regolazione pubblica. In tale ottica le procedure di gara dovrebbero aumentare la trasparenza del mercato, creando in tal modo migliori condizioni di concorrenza e lasciando meno potere discrezionale all’autorità pubblica.

⁶⁰ Questo il principio cardine dei Trattati secondo D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 5, a seguito delle modifiche ad opera del Trattato di Maastricht del 1992 che, secondo l’Autrice, esprime una «*chiara scelta in favore di una mercato concorrenziale*» con l’introduzione dell’articolo G4 nel Trattato di Roma (poi articolo 4 TCE). Secondo V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, cit., «*il primo principio che deriva dai Trattati nella nostra materia, è appunto il principio del libero mercato*». In senso analogo C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio*, cit., pag. 122, *ibid.*, in *Gli equilibri instabili*, cit., para. 2 e M.R. ALLEGRI, *La politica della concorrenza*, in G.P. ORSELLO (a cura di), *Il diritto dell’Unione europea*, Torino, 1999, pag. 420, i quali hanno parlato di una marcata impronta liberista dell’ordinamento europeo.

⁶¹ D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 5.

Ed infatti, ai fini dell'individuazione del condizionamento europeo sulla discrezionalità organizzativa qui in esame, il punto è che la suddetta indifferenza, se pur innegabile⁶², inizia là dove finisce, ossia nel mero formale dato della proprietà pubblica o privata di un'entità giuridica. Perché, a ben vedere, tutto ciò che viene prima o dopo l'assetto proprietario è, viceversa, soggetto a tutte quelle disposizioni dei Trattati volte a garantire, da un lato, la creazione ed il mantenimento del mercato interno e, dall'altro, il corretto funzionamento dello stesso⁶³.

In altri termini, la riserva a favore degli Stati membri di cui all'articolo 345 TFUE non rende immuni i soggetti pubblici dall'applicazione delle norme sulla libera circolazione. Un conto, infatti, è parlare di indifferenza dell'Europa circa i regimi di proprietà, altro è il rispetto delle regole del mercato unico.

Ciò è pacificamente ricordato dalla consolidata giurisprudenza europea secondo la quale la riserva di cui all'articolo 345 TFUE a favore degli Stati Membri circa i regimi di proprietà non produce l'effetto di rendere immuni gli stessi dall'applicazione delle norme fondamentali dei Trattati, tra cui, *in primis*, quelle di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libertà di circolazione dei capitali⁶⁴. Come ben dimostrano i noti casi delle c.d. *golden shares*⁶⁵

⁶²Ed anzi, si potrebbe dire, ineludibile, rappresentando ancora oggi uno dei nodi centrali nei rapporti tra Unione e Stati Membri nella definizione dell'assetto di alcuni settori strategici ove operano importanti gruppi industriali nazionali (si pensi, giusto per fare alcuni esempi, ai settori liberalizzati a partire dagli anni '90, quali telecomunicazioni, trasporti ed energia).

⁶³In tal senso C. FRATEA, *Art. 345*, cit., pag. 1541, secondo cui «la volontà dell'UE di rimanere "del tutto" estranea alle scelte dei paesi membri e l'ampia nozione di regime di proprietà sono limitate dall'obbligo per gli Stati di rispettare le altre norme dei Trattati».

⁶⁴Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 6 novembre 1984, 182/83, *Fearon*, punto 7; dell'1 giugno 1999, C-302/97, *Konle*, punto 38; del 23 settembre 2003, C-452/01, *Ospelt e Schlössle Weissenberg*, punto 24; dell'8 luglio 2010, C-171/08, *Commissione/Portogallo*, punto 64; del 21 dicembre 2011, C-271/09, *Commissione/Polonia*, punto 44; dell'8 novembre 2012, C-244/11, *Commissione/Grecia*, punto 16; nonché del 22 ottobre 2013, nelle cause riunite da C-105/12 a C-107/12, *Essent e a.*, punto 36.

⁶⁵In rapporto alle quali vi è stato un acceso dibattito circa i limiti di ammissibilità di posizioni di vantaggio in capo ai soggetti pubblici in sede di dismissione delle proprie partecipazioni. In dottrina, si veda l'ancora attuale analisi di S. VALAGUZZA, *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, in *Foro amm. CdS*, 10, 2003. In argomento anche S. DE VIDO, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares: violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Dir. comm. internaz.*, 4, 2007, il quale ne ha sottolineato la natura di nuova forma di protezionismo; E. BOSCOLO, *Le "golden shares" di fronte al giudice comunitario*, in *Foro it.*, 10, 2002; L. SALERNO, *Golden Shares, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2002; S. NINATTI, *Privatizzazioni: la Comunità europea e le "golden share" nazionali*, in *Quad. cost.*, 3, 2000; F. BONOMO, *An-*

e dei poteri speciali di nomina pubblica⁶⁶.

Il fatto che uno Stato abbia previsto in un determinato settore economico un regime di proprietà pubblica in applicazione della riserva di cui all'articolo 345 TFUE, non esclude comunque il principio secondo cui anche in tale settore devono essere rispettate le regole relative alle libertà fondamentali e, in particolare, alla libera circolazione⁶⁷, oltre naturalmente le *regole di concorrenza* in senso stretto⁶⁸.

Ciò significa che, laddove vi sia un regime di proprietà esclusivamente pubblico, l'applicazione delle norme relative al mercato unico entra in gioco, secondo il normale schema, tutte le volte in cui l'Amministrazione decida – liberamente – di rivolgersi al mercato, restando invece estranee alla fattispecie in caso di autoproduzione⁶⁹. Dunque, pur non sussistendo a livello europeo alcun

cora sulla "golden share," in Energia, 3, 1997; M. IMMORDINO, Le golden shares, in Finanza, marketing, produzione, 1992. Per un'analisi economica del fenomeno in ottica economica si veda il recente contributo di G. ROLAND, Privatization: Successes and Failures, New York, 2013. Per un'analisi del regime della responsabilità degli amministratori in caso di golden shares, si veda M. ANTONIOLI, Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile, Milano, 2008, pagg. 41–44.

⁶⁶ Sul che, per tutti, cfr. A. MALTONI, M. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. Amm.*, 2, 2009.

⁶⁷ Cfr. sentenze *Essent e a.*, cit., punto 37, e *Commissione/Polonia*, cit., punto 44 e giurisprudenza ivi citata.

⁶⁸ Sul tema è già da tempo stato osservato che l'articolo 222 del Trattato CEE (oggi articolo 345 del TFUE), non deve essere interpretato nel senso di consentire un uso della proprietà pubblica sottratto dal regime di concorrenza. In relazione alla disciplina sugli aiuti di Stato, ad esempio, si è affermato in dottrina che l'articolo 90, paragrafo 1, del Trattato CEE (oggi articolo 107, paragrafo 1, del TFUE) implica, l'esatto opposto, K. HELLINGMAN, *State Participation as State Aid Under Article 92 of the EEC Treaty: The Commission's Guidelines*, in *CMLR*, 1, 1986, pag. 115. Infatti, secondo altra dottrina dell'epoca, la libertà lasciata a ciascuno Stato membro circa il regime della proprietà non può essere esercitata a svantaggio degli altri Stati membri o delle loro imprese, posto che i Trattati mirano proprio a garantire che il gioco concorrenziale si svolga correttamente, cfr. G. MARENCO, *Public Sector and Community Law*, in *CMLR*, 3, 1983, pag. 496. Inoltre, commentando la sentenza nel caso *Stardust Marine*, A. ALEXIS, *Notion d'aide d'Etat. Remarques sur l'arrêt Stardust Marine du 16 mai 2002*, in *EStAL*, 1, 2002, pag. 154, ha affermato che la nozione di imputabilità ha acquisito tutta la sua importanza a seguito del processo di liberalizzazione che ha colpito, ormai, quasi tutti i settori, e che richiede che le aziende pubbliche si muovano sul mercato al pari delle imprese private, secondo un fenomeno talvolta esplicitamente incoraggiato dal diritto dell'Unione. Secondo l'Autore, questa tendenza implica una maggiore responsabilità delle imprese pubbliche e, di conseguenza, una certa limitazione di responsabilità dell'azionista pubblico circa le decisioni più importanti adottate dalle imprese. Sul punto anche la dottrina nazionale si è espressa in tal senso, cfr. G. URBANO, *Le regole comunitarie*, cit., para. 1, secondo cui «se gli Stati non possono essere sfavoriti nei rapporti che mantengono con le loro imprese, neppure tali rapporti possono consentire di dissimulare la concessione di aiuti».

⁶⁹ In proposito R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., para. 2, affermano infatti che «la disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione de-

obbligo di affidamento dei servizi al mercato, v'è comunque una sottile linea di confine oltrepassata la quale si impone il rispetto di tutto un complesso sistema di norme e principi imposti dal diritto europeo⁷⁰.

Il che già pone un serio elemento di valutazione in sede di esercizio della discrezionalità organizzativa dovendosi attentamente valutare, in primo luogo, entro quali limiti si possa ancora parlare di internalizzazione: l'esistenza delle norme in materia di evidenza pubblica, come si è detto, è giustificata dalla volontà di creare un mercato unico e, di conseguenza, le stesse entrano in gioco tendenzialmente solo in rapporto a tal fine; tuttavia, tale fondamentale obiettivo delle politiche europee deve arretrare innanzi al potere organizzativo riconosciuto in capo alle Amministrazioni nazionali, le quali restano libere di sottrarre al mercato determinate attività⁷¹. In altri termini, se l'Amministrazione eroga il servizio senza ricorrere al mercato, manca in radice il bene che le norme europee mirano a tutelare, pertanto, viene meno il presupposto per l'applicazione delle stesse⁷².

Sotto tale profilo, si tratta perciò di comprendere fino a che punto il pote-

gli appalti pubblici e delle concessioni presuppone un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica vorrebbe invece ricorrere all'autoproduzione».

⁷⁰ In linea con tale impostazione sembra porsi A. SANTUARI, *Sulla trasformazione dell'azienda speciale in società di capitali alla luce del d.l. n. 95/2012 e della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012*, in *Giustamm.it*, 2012, para. 5, secondo il quale è «al quadro normativo europeo e all'autonomia decisionale, istituzionale, gestionale e organizzativa degli enti locali che nel prossimo futuro si dovrà fare riferimento per identificare un armonico e moderno sviluppo dei SIEG».

⁷¹ Cfr. R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., para. 2, secondo cui «la creazione di un mercato comune e l'applicazione delle regole di tutela della concorrenza per garantire il mantenimento incontrano il limite del potere di organizzazione della pubblica amministrazione riconosciuto agli Stati membri dalle istituzioni comunitarie».

⁷² Conferma del resto tale ragionamento una recente pronuncia avente ad oggetto l'articolo 4, comma 7, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, ai sensi del quale le Amministrazioni sono tenute ad acquisire mediante gara i servizi strumentali, ove si legge che «non può non riconoscersi anche una - seppur limitata - possibilità, per l'ente pubblico, di gestione in economia di detti servizi. Infatti, è possibile osservare che se tutta la normativa in materia è finalizzata alla regolamentazione della concorrenza, essa non ha alcuna incidenza in ipotesi in cui l'ente pubblico decida, a monte e nei limiti in cui detta discrezionalità è riconosciuta dall'ordinamento, di gestire da sé medesimo il servizio pubblico. Né può in radice escludersi detta possibilità in capo all'amministrazione, posto che il principio della concorrenza, a cui è ispirata la disciplina testé citata, non può prevalere sui principi di efficienza ed economicità e buon andamento dell'attività amministrativa, laddove una ragionevole valutazione induca a ritenere preferibili soluzioni interne all'amministrazione interessata e dunque non competitive», cfr. T.A.R. Lazio Latina, Sez. I, 28 febbraio 2013, n. 207.

re organizzativo riconosciuto alle Pubbliche Amministrazioni possa interagire con l'applicazione di detti principi concorrenziali europei in ragione del fatto che questi ultimi non possono venire in gioco ogni qual volta una determinata attività sia sottratta al mercato. Il che impone di comprendere sino a che punto, in ottica europea, si può davvero parlare di sottrazione al mercato e, quindi, entro quali limiti può operare l'Amministrazione senza fuori uscire dall'ambito ad essa riservato quale Autorità pubblica.

Un essenziale fattore di condizionamento è perciò rinvenibile in quella sottile linea che separa ciò che mercato non è, da ciò che viceversa lo è. Gli elementi che distinguono autoproduzione ed esternalizzazione, infatti, al momento della decisione circa il modello da adottare, si trasformano in ineludibili presupposti della scelta, posto che ogni successiva azione dovrà conformarsi al modello prescelto.

Inoltre, poiché le c.d. «*regole del mercato*» si applicano indiscriminatamente ad ogni impresa, pubblica o privata che sia⁷³, l'Amministrazione che voglia erogare un servizio attraverso un veicolo societario di qualsivoglia tipo⁷⁴, dovrà sempre agire – per quanto interessa il diritto europeo – alla stregua di un comune operatore economico⁷⁵, salve le deroghe strettamente funzionali al perseguimento di specifici interessi pubblici ex articolo 106 TFUE. A partire dal momento dell'affidamento del servizio.

Sotto questo profilo, si può identificare un secondo macro-tipo di condi-

⁷³ In tal senso, *ex multis*, cfr. A. MALTONI, *Gli atti «prodromici» delle P.A. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate*, cit., para. 6.1, secondo cui «*le regole poste a tutela della concorrenza e quelle in tema di aiuti di Stato sono parimenti riferibili alle imprese private e a quelle pubbliche*»; cfr. anche V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, cit., pag. 757, il quale sottolinea che norma analoga non possa rivenirsi, invece, nella nostra Costituzione, nemmeno alla luce dell'articolo 41, comma 3.

⁷⁴ È noto che, quantomeno sotto un profilo europeo, non si rinvergono specifiche preclusioni circa le diverse forme giuridiche adottabili, cfr. V. CERULLI IRELLI, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, cit., pag. 761. La Corte di giustizia ha, ad esempio, in tal senso espressamente riconosciuto che la forma societaria per azioni non osta di per sé all'applicazione della dottrina *in house*, cfr. sentenza del 10 settembre 2009, nella causa C-573/07, *SEA*, punto 41; sentenza del 6 aprile 2006, nella causa C-410/04, *ANAV*, punto 33.

⁷⁵ Ed infatti si è detto in dottrina che «*si è imposto allo Stato imprenditore di combattere con le stesse armi dei contendenti, senza poter ricorrere a prerogative speciali, a fonti di finanziamento riservate, a meccanismi di produzione e di azione basati sulla distribuzione in capo alla collettività delle diseconomie*», M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. Amm.*, 1, 2002, para. 2. In tal senso cfr. anche G. URBANO, *Le regole comunitarie*, cit., para. 1.

zionamento sulla discrezionalità organizzativa dato dal fatto che l'Amministrazione dovrà considerare che, indipendentemente dalla scelta operata, il gestore – pubblico o privato, affidatario diretto o meno che sia – dovrà agire sempre nel rispetto delle *regole di concorrenza* in senso stretto. Il che impone di valutare sin dalla fase di scelta del modello di gestione se la soluzione che si intende adottare possa effettivamente essere realizzata e mantenuta nell'ambito di un mercato governato dalle regole europee.

La scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione può dunque essere collocata in quello spazio che si crea tra limiti europei e vincoli legislativi nazionali. Potrebbe rappresentarsi la stessa quale zona bianca sulla quale si estendono, sui fronti del diritto nazionale ed europeo, due zone grigie, l'ampiezza delle quali dipende dal grado di intensità del condizionamento determinato sulla discrezionalità che residua in capo all'Amministrazione precedente.

Non resta dunque che comprendere nello specifico quali limiti effettivamente possano derivare dall'applicazione dei principi concorrenziali europei. Il che può essere verificato su tre livelli: nell'ambito dell'organizzazione interna dell'Amministrazione, nei confini che separano quest'ultima dal mercato e nei rapporti tra tali elementi ed il mercato stesso.

Prima di ciò può però sin d'ora mettersi in luce che scelta una via, l'Amministrazione resta vincolata alle norme ed ai principi regolanti la stessa.

4. *L'apertura al mercato quale limite all'azione successiva dell'Amministrazione: il principio di alternatività tra autoproduzione ed esternalizzazione*

Come s'è detto, non v'è una soluzione imposta, tra autoproduzione ed esternalizzazione, dall'ordinamento europeo. Tuttavia, val la pena di sottolineare che, una volta che l'Amministrazione abbia optato per una delle due vie, ogni successiva azione deve risultare conforme ai principi ed alle disposizioni, anche europee, pertinenti⁷⁶.

⁷⁶In tal senso espressamente D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 5, la quale, sul punto, richiama la sentenza della Corte dei conti, Sez. Lombardia, del 14 luglio 2006, n. 447, secondo cui «*in virtù della loro finalità intrinseca ... il principio della libera concorrenza e quello di non discriminazione, si atteggiavano quali principi di ordine generale e di diretta derivazione comunitaria*». Sul punto vale citare E. CASTORINA, *Certez-*

La regola, in un certo senso, richiama quella di cui al noto brocardo latino *electa una via, non datur recursus ad alteram*. Salvo, infatti, difficili ripensamenti, se non altro per ragioni economiche e di eventuale responsabilità nei confronti del contraente, l'Amministrazione, una volta che abbia deciso di affidarsi al mercato, dovrà attenersi scrupolosamente a tutte quelle norme che disciplinano i rapporti tra i poteri pubblici e quest'ultimo, sia per quanto attiene alla normativa ed ai principi relativi al mercato interno, sia quanto ai profili *antitrust*⁷⁷.

L'applicazione di detto principio è del resto pacifica anche nella giurisprudenza nazionale, sia costituzionale, sia amministrativa.

La Corte costituzionale ha ritenuto legittima l'apposizione di vincoli allo svolgimento di attività economiche da parte delle Pubbliche Amministrazioni al fine di scongiurare una commistione di ruoli potenzialmente pregiudizievole della concorrenza⁷⁸.

Quanto alla giurisdizione amministrativa, può portarsi il paradigmatico caso dei servizi sanitari. Pur in un settore dalla indubbia complessità organizza-

za del diritto, cit., para. 3, il quale, enfatizzando il ruolo dato dalla Corte di giustizia al principio di certezza del diritto, afferma che lo stesso assurge «*quasi ad ulteriore puntello del regime di forza ed efficacia riconosciuto alle fonti destinate ad intercettare gli ordinamenti nazionali, senza richiedere altri adempimenti dei poteri sovrani*», e riconosce allo stesso base costituzionale, tale da giustificare il «*dovere di cooperazione e conformità dell'ordinamento interno agli obiettivi scaturenti dall'adesione all'Unione*». Contra G. CUSUMANO, F. GATTUCCIO, *Gli appalti pubblici nelle norme internazionali e comunitarie: affidamenti diretti ex articolo 6 della direttiva 92/50*, in *Amministrare*, 3, 2006, pag. 303, secondo cui «*tali principi [di non discriminazione e trasparenza] non sono sufficienti a garantire il raggiungimento degli obiettivi fissati dal legislatore comunitario di creare un mercato unico degli appalti*».

⁷⁷ In tal senso anche G. CORSO, FARES, *Crepuscolo dell'«in house»?*, cit., para. 2. Sul punto anche D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, cit., para. 1, il quale afferma che «*la modalità produttiva individuata dalla pubblica amministrazione per l'acquisizione di una prestazione non può ... essere ambigua o collocarsi in posizione intermedia, beneficiando dei vantaggi della pretesa duplice appartenenza (all'organizzazione pubblica ed al mercato) che rende illegittima la scelta dell'amministrazione pubblica*».

⁷⁸ Si è espressa in detti termini la Corte nella sentenza dell'08 maggio 2009, n. 148, enfatizzando l'obiettivo di «*evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale ..., al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza*» (punto 4.2). In senso conforme anche la sentenza in data 1 agosto 2008, n. 326. In ultimo, tali principi sono poi venuti in rilievo anche nell'ambito degli organismi SOA, per i quali è stata quindi ritenuta legittima l'imposizione dell'oggetto sociale esclusivo, cfr. sentenza del 22 maggio 2013, n. 94.

tiva⁷⁹ e nel quale l'applicazione dei principi concorrenziali europei è tutt'altro che scontata⁸⁰, si può trovare più volte espresso il principio secondo cui una volta che l'Amministrazione abbia optato per un determinato modello gestionale che contempra la presenza dei privati nell'erogazione dei servizi, la stessa

⁷⁹Nota infatti E. CARLONI, *Dagli Irccs ai Policlinici. I limiti dell'aziendalizzazione tra alta specializzazione, ricerca e didattica universitaria*, in A. PIOGGIA; M. DUGATO; G. RACCA; S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008, pagg. 119–120, che il sistema sanitario nazionale si caratterizza per la «variabilità dei modelli e delle forme organizzative». Afferma S. ANTONIAZZI, *Governance territoriale e nuovi modelli di organizzazione sanitaria*, in P. BILANCIA (a cura di), *Modelli innovativi di governance territoriale. Profili teorici ed applicativi*, Milano, 2011, pag. 274, che «le competenze previste si intersecano in modo complesso, secondo un riparto di funzioni amministrative che segue i principi dell'art. 118 Cost.». Complessità peraltro accentuata dal processo di «aziendalizzazione» in atto anche nella sanità, su cui si veda R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, pag. 12, il quale rileva come sia ormai diffusa in dottrina l'idea per cui si vada verso «l'equiparazione (o quasi) delle attività nel campo della sanità alle normali e tradizionali attività d'impresa, all'aziendalizzazione degli apparati pubblici di gestione della sanità, in regime di concorrenza pressoché perfetta con le organizzazioni private di settore, in vista della produzione di profitti, o quantomeno dell'equilibrio costi/ricavi».

⁸⁰Quanto all'applicazione delle norme relative alla libertà di circolazione, la Corte di giustizia ha ripetutamente affermato che «l'obiettivo di mantenere un servizio medico-ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti può ... rientrare nel regime di deroghe giustificate da ragioni di sanità pubblica previsto dall'art. 46 CE, laddove un tale obiettivo contribuisca alla realizzazione di un livello elevato di tutela della salute» e che «l'art. 46 CE consente agli Stati membri di limitare la libera prestazione dei servizi medico-ospedalieri qualora la conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale sia essenziale per la sanità pubblica, o addirittura per la sopravvivenza della loro popolazione» (sentenza del 16 maggio 2006, nella causa C-372/04, *Watts*, punti 104-105; cfr. anche sentenza del 13 maggio 2003, nella causa C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, punti 67-68; del 12 luglio 2001, nella causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, punti 73-74, nonché del 28 aprile 1998, nella causa C-158/96, *Kohll*, punti 50-51). Per un'analisi della giurisprudenza citata in chiave concorrenziale, cfr. L. BIGLIA, *La libera circolazione dei servizi sanitari nella Comunità europea*, in *Riv. dir. ind.*, 3, 2004, pag. 230 e ss.; ed anche N. COGGIOLA, *Le prestazioni sanitarie tra principio di libera circolazione dei servizi e tutela dell'equilibrio finanziario e dei sistemi di assicurazione sanitaria degli Stati membri*, *Giurisprudenza italiana 2003 p.1697.pdf*, in *Giur. It.*, 8-9, 2003, pag. 1697 e ss., la quale peraltro rileva, a margine delle sentenze citate, che «la materia della libera circolazione delle prestazioni sanitarie in ambito comunitario, anziché semplificarsi, sta divenendo sempre più complessa» (ivi, para. 6). In dottrina S. ANTONIAZZI, *Sistema sanitario nazionale e principio comunitario di libera prestazione di servizi: la scelta dell'utente per prestazioni mediche erogate in un diverso Paese membro, subordinata alla necessaria autorizzazione amministrativa dello stato membro di appartenenza per il rimborso delle spese sostenute*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2004, para. 5, ha sottolineato che solo dal Trattato di Maastricht in poi si è registrata una particolare attenzione per la salute pubblica e la sanità, mentre in precedenza «l'intervento dell'Unione europea in materia sanitaria è consistita soprattutto nell'attività di prevenzione delle malattie, nella promozione della salute e nelle azioni di integrazione e coordinamento delle politiche degli Stati membri per eventuali emergenze sanitarie, senza riguardare la gestione e l'organizzazione dei servizi sanitari di esclusiva competenza statale». Ha tuttavia evidenziato M. GOLÀ, *Salute pubblica*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II Ed., Milano, 2007, pag. 1765 e ss., la quale sottolinea come l'ambito della sanità, oltre che con il Trattato di Maastricht del '92, ha già da tempo avuto modo di affermarsi, se pur indirettamente, in ambito comunitario per il tramite del settore farmaceutico

deve essere regolata in modo conforme ai principi di trasparenza, obiettività e proporzionalità⁸¹. Secondo il Giudice amministrativo sussistono «*significativi limiti alla discrezionalità degli Stati membri nella organizzazione dei servizi sanitari*» in quanto l'Amministrazione deve mantenere un regime coerente con la scelta di fondo circa l'assetto gestionale adottato.

Si può dunque identificare un primo principio di derivazione europea regolatore della funzione organizzatrice: la rigida alternatività tra moduli organizzativi pubblicistici e ricorso al mercato. *A contrario*, tale alternativa può essere tradotta nel principio di non commistione tra elementi propri dell'autoproduzione e fattori del mercato⁸². E, soprattutto, viceversa. Per tale motivo sono sicuramente incompatibili l'affidamento diretto del servizio e la gestione non internalizzata. O v'è l'una, da parte dell'Amministrazione, o v'è l'altra, da scegliersi, salvo eccezioni espressamente ammesse, con gara.

In conclusione, se l'Amministrazione vuole agire nel mercato alla stregua di un qualsiasi altro operatore economico, entro i limiti consentiti dall'ordinamento nazionale, deve farlo nel rispetto delle *regole di concorrenza*, in senso stretto, e deve, quindi, rigorosamente agire alla pari di un qualsiasi soggetto privato⁸³. Dall'altro, nella sua qualità di autorità pubblica, potrà inter-

⁸¹ Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 21 giugno 2011, n. 1131 secondo cui, testualmente «*il rispetto del diritto europeo impone che, una volta optato per un modello misto pubblico-privato, la presenza privata venga regolata in modo conforme ai principi di trasparenza, obiettività e proporzionalità*». In termini T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 16 giugno 2010, n. 1891, che parla di «*elementi di concorrenzialità*». Conformi a tali indirizzi anche T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 19 giugno 2012, n. 1083; T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 06 maggio 2011, n. 874 e n. 875; T.A.R. Sicilia Catania Sez. IV, 06 dicembre 2012, n. 2768. In dottrina si è detto al riguardo che «*vige dunque anche per i servizi sanitari la regola della gara*», cfr. C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni*, cit., para. 2.

⁸² In tal senso si è infatti affermato che «*la scelta di un modello organizzativo da parte di un'amministrazione pubblica non può consentire l'applicazione di norme volte a regolare altra e ben definita situazione, consistente quest'ultima nella prestazione di un servizio da parte di un privato ad una pubblica autorità contro una remunerazione*», B. MAMELI, *Le S.p.A.*, cit., para. 7.

⁸³ S'intende, indipendentemente dai fini perseguiti, ossia indipendentemente dal fatto che l'azione dell'Amministrazione possa dirsi, o meno, funzionalizzata anche laddove si avvale degli strumenti privatistici. Non rileva, infatti, nell'ottica europea qui rilevante, la nota *querelle* nazionale circa la c.d. funzionalizzazione, o meno, dell'attività pubblica per mezzo di strumenti di diritto privato. In proposito, cfr. per tutti G. GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, pag. 114 e ss., che, dopo un'eshaustiva analisi delle varie teorie, conclude tracciando una netta distinzione tra ciò che deve intendersi con funzionalizzazione nell'attività di diritto pubblico e quella che si estrinseca per mezzo di strumenti privatistici. Così anche M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

venire nel mercato solo esercitando le specifiche funzioni a ciò preposte e di cui sia eventualmente titolare, dovendo astenersi, viceversa, da ogni diversa, indebita interferenza con il regolare funzionamento del mercato.

È questo, dunque, un primo fondamentale vincolo alla discrezionalità organizzativa: l'Amministrazione, nel valutare le varie opzioni a sua disposizione, dovrà sin dall'origine operare una chiara scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione, sapendo che *pro* e contro di ciascuna non potranno essere controbilanciati in un secondo momento attraverso ripensamenti e commistioni tra gli elementi dell'una e dell'altra, se non entro quegli stretti spazi lasciati dal diritto europeo, quali la società mista.

LIVELLO INTERNO:
POTERE DI CONTROLLO SUI SERVIZI INTERNI ED
ONERE DI AFFIDAMENTO MEDIANTE GARA

1. *Livello interno dell'organizzazione: in house quale "estrema" estensione delle strutture sulle quali l'amministrazione può (e deve) esercitare un controllo di matrice pubblicistica*

Al livello interno dell'amministrazione pubblica, inteso in senso stretto, si riconducono tradizionalmente le sole strutture rientranti nel perimetro della medesima figura soggettiva¹, qualificate come uffici (od organi)². Ma in tale

¹ Come noto nell'ambito del diritto pubblico non è tanto la nozione di persona giuridica a rilevare, quanto quella di soggetto giuridico, esistendo numerose amministrazioni dotate di autonomia soggettiva, ma non di personalità propria. Il fenomeno può ben essere rappresentato con le parole di F.G. COCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in L. MAZZAROLI; G. PERICU; A. ROMANO; F.A. ROVERSI MONACO; F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, pag. 306, il quale scrive che «mentre la persona è il termine dell'avere giuridico, il soggetto è il termine dell'agire giuridico: si può recuperare al concetto di diritto positivo di persona giuridica sia ciò che è proprio della persona (l'avere), sia ciò che è proprio del soggetto (l'agire), fermo restando che possono esserci soggetti (che agiscono) senza personalità (l'avere)».

² Sul carattere di unità di base della struttura organizzativa pubblica, per tutti G. GRECO, *Lezioni*, cit., pag. 81, il quale riassuntivamente spiega che «gli uffici sono ... strutture organizzative, in cui si articola la persona giuridica pubblica». Non v'è poi in questa sede necessità di entrare nel vivo del dibattito sulla qualificazione degli organi rispetto agli uffici: come noto, v'è chi ne propone una lettura meramente qualificatoria dei poteri attribuiti, cfr. ad esempio F.G. COCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., pagg. 312–313 («essa [la nozione di organo, n.d.a.] non è una nozione attinente al tema dell'organizzazione»), da ultimo *ibid.*, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III Ed., Torino, 2014, pagg. 30–31; D. MARRAMA, *Enti e modelli organizzativi*, in S. COGNETTI E ALTRI (a cura di), *Percorsi di Diritto amministrativo*, Torino, 2014, pag. 97 («l'elemento base (la particella elementare) di ogni soggetto pubblico di diritto è l'ufficio»); G. TACCOGNA, *La disciplina dell'organizzazione*, cit., pag. 31 («la struttura organizzativa del singolo soggetto pubblico ... si compone di

accezione– nel senso preso in esame di incisione sul momento discrezionale di scelta della forma di gestione – non pare che vi siano significativi condizionamenti europei sui cui valga la pena di soffermarsi³.

Di maggior interesse in questa sede appare invece la più ampia prospettiva secondo la quale possono dirsi rientrare entro il perimetro delle strutture che, a vario modo e con diverse conseguenze, costituiscono l'amministrazione pubblica anche articolazioni formalmente da questa distinte ed aventi forma giuridica privata⁴.

In tale accezione, per quanto qui interessa, viene senz'altro in rilievo l'*in house*⁵, già da tempo ammesso nell'ordinamento europeo a partire dal *leading*

*elementi che vengono definiti uffici (in uno dei plurimi significati di questo termine)». In posizione mediana può collocarsi V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., pag. 93, il quale parla di «uffici organo a fronte dei meri uffici». Più netta la posizione di G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., cap. 1, para. 1, il quale, in prospettiva inversa, partendo dalla nozione di organo afferma che «la persona giuridica non si esaurisce nei suoi organi ... perché accanto agli organi ci sono delle strutture elementari (gli uffici o meri uffici) che quantitativamente sono prevalenti».*

³ Il discorso può cambiare anche radicalmente qualora si adotti invece il diverso angolo prospettico della coamministrazione. In questo caso si è già rilevata in dottrina una duplice tendenza del diritto europeo: «da una parte, viene limitata l'autonomia degli Stati nello scegliere i modelli strutturali e la distribuzione dei compiti tra gli uffici. Dall'altra, l'intrusione comunitaria nell'organizzazione amministrativa interna si risolve in una tutela per gli uffici nazionali, perché la loro indipendenza, le funzioni e le procedure vengono garantite persino nei confronti dello stesso Stato di cui sono parte, che non può più interferire con le decisioni assunte a livello europeo», C. FRANCHINI, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione europea*, in *Dir. Amm.*, 01, 2008, para. 5. Sul punto anche S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1, 2003, para. 3, sottolinea che la cooperazione tra amministrazioni nazionali ed europee si realizza principalmente per due vie, «la prima consiste nell'obbligo, disposto in sede comunitaria, per lo Stato, di individuare un ufficio al quale assegnare determinati compiti, stabiliti anch'essi dalla norma comunitaria. La seconda consiste nell'istituzione, presso la Commissione della Comunità europea, di un ufficio comunitario, ma a composizione mista, di «rappresentanti» nazionali e della Commissione». Ma in tali casi si tratta di circostanza, come già chiarito nel capitolo I, § 2.1, che affronta il problema da prospettiva diversa dalla presente e che, nel descrivere detta "intrusione", lo fa in un'accezione diversa da quell'incidenza sul momento discrezionale che si vuole invece qui analizzare.

⁴ In tal senso G. TACCOGNA, *La disciplina dell'organizzazione*, cit., pag. 62. Sotto diversa prospettiva, si è altresì notato che le società pubbliche sono peraltro sempre più destinatarie delle discipline pubblicistiche, cfr. A. MALTONI, *Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, in *Giur. It.*, 7, 2014, para. 2, il quale tuttavia critica tale estensione laddove il legislatore, senza alcuna differenziazione, ha ritenuto perfettamente assimilabili certe società pubbliche alle amministrazioni pubbliche (ivi).

⁵ Concorde con tale prospettiva D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, cit., para. 1, infatti, l'*in house* costituisce «il tentativo dell'ordinamento europeo di individuare l'unità organizzativa pubblica», cioè con l'intento di «definire l'«unità» di organizzazione pubblica all'interno della quale le relazioni assumono natura giuridica organizzativa e non soggiacciono alle regole a tutela della concorrenza imposte nel mercato unico». In senso analogo anche da M. PROTTO, *Appalti pubblici*, in S. CASSESE (a cura di),

case⁶ *Teckal*⁷, nonostante gli scetticismi allora mostrati dall'Avvocato Generale⁸, peraltro ancora oggi condivisi da non minoritaria dottrina⁹.

Dizionario di Diritto Pubblico, Milano, 2006, pag. 358, secondo cui «la figura, definita in base a elementi oggettivi e funzionali, volti a cogliere la “pubblicità sostanziale” del soggetto ... ha rappresentato e ancora rappresenta, nelle mani della Corte di giustizia ... un vero e proprio grimaldello attraverso cui garantire il rispetto della disciplina comunitaria in modo esteso ed uniforme, superando le categorie nazionali di “pubblica amministrazione” e “ente pubblico”». In diversa prospettiva, M. DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in G. DELLA CANANEA; M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, pagg. 54–57, il quale, pur riconoscendo l'importanza della Corte di giustizia nella «definizione della relazione tra lo Stato e le sue imprese», il cui primario ruolo ha finito per porre quello della Corte Costituzionale in secondo piano, ha tuttavia sottolineato come quest'ultima avesse comunque già da tempo anticipato alcuni dei principi poi enunciati anche a livello europeo.

⁶ Qualificano in tal senso la sentenza: A. MASSERA, *L'«in house providing»: una questione da definire*, in *Giornale Dir. Amm.*, 8, 2004, para. 1; cfr. anche S. D'ANTONIO, *La gestione*, cit., pag. 164; R. OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 1, 2007, para. 1; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo analogo esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali extra-codicistiche*, in *Foro amm. CdS*, 10, 2009, pag. 2246; R. CARANTA, *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, in *Giur. It.*, 5, 2009, para. 1.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 1999, nella causa C-107/98, *Teckal*.

⁸ L'Avvocato Generale Georges Cosmas aveva infatti mostrato il timore che «se ammettiamo la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la fornitura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture», conclusioni presentate il 1 luglio 1999, nella causa C-107/98, punto 65.

⁹ In proposito G. CORSO, FARES, *Crepuscolo dell'«in house»?*, cit., para. 6, avevano auspicato il progressivo abbandono dell'istituto, visto quale strumento «per aggirare i vincoli in tema di reclutamento di personale ... e dalla classe politica per estendere i suoi tenutari grazie ai consigli di amministrazione di società che sono serviti come rifugio per politici trombati e incubatrici per giovani aspiranti a far parte di quella classe». D. MARRAMA, *Società miste e in house providing al vaglio della plenaria*, in *Giustamm.it*, 2008, para. 2, ha condiviso l'idea che lo strumento sia usato per evitare «le “crune” di un concorso pubblico». M. CLARICH, *Le società miste*, cit., para. 2, afferma che l'*in house* ha spesso costituito «un espediente per aggirare le regole dell'affidamento dei servizi locali in base a una procedura competitiva». F. MERUSI, G.C. SPATTINI, *Economia (Intervento pubblico nell')*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 2098, afferma criticamente che «si fa rinascere l'impresa-organo per consentire l'affidamento del servizio in house con buona pace del principio di concorrenza». R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 4 rileva la «evidente compressione della concorrenza che la generalizzazione della gestione diretta potrebbe cagionare», pur ammettendo, tuttavia, che gli scetticismi in proposito «possono apparire forse eccessiv[i] se parametrizzat[i] all'ordinamento comunitario». M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e «in house providing»*, in *Dir. Unione europea*, 2-3, 2001, para. 4, identifica l'*in house* quale «nuovo cavallo di Troia per la tutela della concorrenza», sottolineando che l'approccio sostanzialistico non tiene conto del fatto che «la personificazione delle organizzazioni pubbliche è sempre stata legata proprio all'esigenza di rafforzarne il grado di autonomia rispetto all'amministrazione-madre». Anche l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha sottolineato l'esigenza di evitare che l'*in house* diventi «una modalità di elusione del necessario confronto concorrenziale» (segnalazione del 28 dicembre 2006, n. AS375). C. VOLPE, *La*

In tale occasione la Corte ha enucleato, se pur in modo piuttosto vago¹⁰, quelli che sono poi stati consacrati dalle successive pronunce come i due pilastri dell'istituto: la sussistenza da parte dell'Amministrazione rispetto all'entità partecipata di un "controllo analogo" a quello da essa esercitato sui propri servizi e la realizzazione della parte più importante dell'attività con l'ente o con gli enti pubblici controllanti¹¹.

Si è detto che l'istituto, postulando l'esistenza di un'entità distinta dall'Amministrazione¹² (pubblica o privata¹³) ha messo in discussione il tradi-

corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza, in *Urb. App.*, 1, 2010, para. 9, auspica che l'*in house* sia relegato a «*modello di cooperazione tra pubbliche amministrazioni*». In senso negativo anche M.R. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA; M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, pag. 177, il quale lo porta quale esempio di uno dei «*fenomeni degenerativi ... in conseguenza dell'abbandono del ricorso alle procedure ad evidenza pubblica negli ambiti indicati*». Nonostante i numerosi scetticismi, alla luce del crescente ricorso all'istituto, C. IAIONE, *In house*, cit., para. 6, ha affermato tuttavia che «*non sembra affatto venuto il momento di suonare il de profundis per l'in house*».

¹⁰ D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., pag. 3.2, definisce quella fornita dalla sentenza *Teckal* come una «*scarsa definizione*», mentre D. MARRAMA, *La Plenaria nicchia su in house*, cit., pag. 194, parla di vaghezza delle rispettive definizioni.

¹¹ Cfr. Corte di giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*, in particolare v. punti 41, 50 e 51. I principi ivi espressi dalla Corte sono stati dalla stessa più volte ripresi, come nella successiva sentenza del 7 dicembre 2000, C-94/99, *ARGE*, punto 40 o in quella del 10 aprile 2008, nella causa C-323/07, *Termoraggi*, punto 26. Oggi i requisiti per l'affidamento diretto di appalti e concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico – ossia nell'ambito di rapporti *in house* – trovano disciplina nel nuovo pacchetto di Direttive per la modernizzazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, v. artt. 17, 12 e 28 rispettivamente della nuova Direttiva del 26 febbraio 2014 n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (nel proseguo, Direttiva Concessioni), ed alle correlate Direttive in pari data n. 2014/24/UE (Direttiva appalti ordinari), e n. 2014/25/UE (Direttiva settori speciali). Per un'analisi di alcune delle novità introdotte dal legislatore, anche in ottica nazionale, si permetta di rinviare a G. CARULLO, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2014, in corso di pubblicazione.

¹² Occorre precisare, infatti, che, in senso stretto, l'affidamento *in house* corrisponderebbe solo a quello nei confronti di un organo strumentale dell'Amministrazione, non dotato di personalità giuridica propria, mentre laddove l'entità sia soggettivamente distinta dall'Amministrazione affidante, e sia quindi dotata di personalità giuridica propria, si parla solitamente di *in house* in senso lato, o di *quasi in house*, con espressione usata per la prima volta dall'Avvocato Generale Stix-Hackl nelle conclusioni presentate il 23 settembre 2004, nella causa C-26/03, *Stadt Halle*, punto 49, e poi ripresa successivamente anche dall'Avvocato Generale Juliane Kokott nelle conclusioni presentate in data 1 marzo 2005, nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 2. In dottrina, sulla distinzione tra *in house* in senso stretto ed *in house* in senso lato, o *quasi in house*, v. R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., n. 27 i quali sottolineano che «*la distinzione, pur equivoca e terminologicamente infelice, tra "in house providing" e "quasi in house providing" ricalca quella tra gestione diretta ed ente strumentale*»; sulla distinzione tra le due figure di *in house* v. anche C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio*, cit., pag. 408; U. NEERGAARD, E. SZYSZCZAK, J.W. VAN DE GRONDEN, M. KRAJEWSKI, So-

zionale legame tra soggetto giuridico ed organo dell'amministrazione¹⁴. La dot-

cial Services of General Interest in the EU, Olanda, 2012, pag. 156; P. WANG, R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *Addressing purchasing arrangements between public sector entities. What can the WTO learn from the EU's experience?*, in S. ARROWSMITH; R.D. ANDERSON (a cura di), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, 2011, pag. 254; P. SANTORO, E. SANTORO (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011, pag. 921; M.A. ICOLARI, *La nuova organizzazione della riscossione dei tributi nell'ordinamento giuridico nazionale*, in M. BASILAVECCHIA; S. CANNIZZARO; A. CARINCI (a cura di), *La riscossione dei tributi*, Milano, 2011, pag. 17; R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *Organisation v. Market*, cit.; B. IANNIELLO, R. LOTTINI, *I gruppi di imprese: disciplina civilistica, contabile e profili penali*, Milano, 2008, pagg. 22-23; D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, cit.; A.D. MAZZILLI, G. MARI, R. CHIEPPA, *I contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI; R.D. NICTOLIS; R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, 2008, pagg. 453-454; F. LEGGIADRO, *Il cosiddetto in house providing. L'inquadramento definitorio: in house e quasi in house*, in M. BALDI; R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2007, pag. 1562 e ss.; O.M. CALSOLARO, *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta*, in *Foro amm. CdS*, 6, 2006, pag. 1680, sottolinea che la forma societaria «non solo impedisce al socio pubblico di «indirizzare» la società verso l'esclusivo (o il prevalente) perseguimento di scopi di interesse pubblico, ma gli sottrae del tutto qualsiasi controllo sulla gestione che non sia quel controllo di mera legalità»; C. IAIONE, *Gli equilibri instabili*, cit.; F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti*, in *Serv. pubb. e app.*, 2, 2005, pag. 456 e ss.; F. GAVERINI, *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di «controllo» sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, in *Foro amm. CdS*, 2, 2005. Ad ogni modo, nell'accezione più diffusa, si indica solitamente un rapporto tra soggetti giuridici distinti, cfr. F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house*, cit., pag. 456.

¹³ Si noti che l'elemento caratterizzante l'*in house* è proprio la formale alterità dei soggetti, non rilevando in proposito che l'ente affidatario sia, eventualmente, un'associazione appositamente costituita da Enti pubblici. Si è infatti detto che «la persona giuridica può beneficiare di affidamenti diretti di prestazioni solo ove possa essere considerata un'organizzazione in house per l'ente affidante. Non assume rilievo infatti la natura giuridica pubblica o privata dell'ente affidatario, ma unicamente la sua non sostanziale autonomia rispetto all'organizzazione dell'amministrazione territoriale che richiede le prestazioni», R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., para. 6. *Contra* Consiglio di Stato, Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4771, che ha ammesso la costituzione del vincolo associativo con una società per azioni senza procedura ad evidenza pubblica, con nota di F. ROMOLI, *La Gepi S.p.a. come partner societario per la gestione del servizio pubblico locale: tra affidamento in house e garanzie di evidenza pubblica*, in *Foro amm. CdS*, 3, 2005.

¹⁴ In tal senso cfr. D.-U. GALETTA, *L'influence du droit communautaire*, cit., para. 3. Più di recente l'Autrice ha avuto modo di osservare che l'intervento europeo «ha finito per impattare sulla stessa nozione di pubblica amministrazione nazionale, pur teoricamente al riparo dall'influenza europea in virtù del principio c.d. di autonomia organizzativa degli Stati membri», *ibid.*, *Introduzione*, in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2014, pag. 2. Per una lettura in chiave storico ricostruttiva, si veda per tutti, G. ROSSI, *Le gradazioni*, cit., pag. 685, il quale in particolare evidenzia le implicazioni della nozione di organismo di diritto pubblico ulteriori rispetto a quelle volute dalle norme comunitarie (*ibid.*, para. 687). Sulla nozione sostanziale di pubblica amministrazione, si veda ancora S. D'ANCONA, *L'evoluzione del concetto di pubblica amministrazione nel diritto nazionale e nel diritto dell'Unione europea*, in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2014, pag. 114, secondo cui «nell'ambito del settore degli appalti ... la natura di pubblica amministrazione si ricostruisce prescindendo da elementi "formalistici"». In linea con tale impostazione anche L.R.

trina assolutamente prevalente ha infatti spiegato l'istituto equiparando l'entità *in house* ad un "organo indiretto" dell'amministrazione¹⁵, così aderendo a quell'intuizione, proposta prim'ancora che se ne parlasse a livello europeo e basata sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di operazioni intra-gruppo, circa la reale opportunità di una gara tra enti partecipati da una medesima pubblica amministrazione¹⁶.

PERFETTI, *L'affidamento diretto dei pubblici servizi*, cit., para. 3.3, il quale sottolinea che, pur in presenza di un rapporto formalmente intersoggettivo, «la gravidanza del controllo finisce per fare assimilare la relazione in parola a quelle interorganiche e la società affidataria appare quale organizzazione indiretta dell'ente affidante», Sul tema si vedano anche P. SALVATORE, *La metamorfosi della personalità giuridica pubblica*, in *Giur. Amm.*, I, 2006, pag. 175 ss.. In proposito anche G. URBANO, *L'amministratore*, cit., e giurisprudenza ivi citata. Anche la Corte Costituzionale ha da tempo mostrato di accogliere una nozione sostanziale di pubblica amministrazione, anche in ragione degli «indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di impresa pubblica», cfr. sentenza del 28 dicembre 1993, n. 466.

¹⁵ In dottrina, oltre ai riferimenti di cui alla successiva nota, tra coloro che hanno ricondotto l'*in house* al modello dell'impresa organo, si vedano F. MERUSI, G.C. SPATTINI, *Economia*, cit., pag. 2098; F. GOISIS, S. CASSESE, *Imprese Pubbliche*, cit., pag. 2962. Con espressione assimilabile si è anche parlato di «una sorta di amministrazione indiretta», cfr. L.R. PERFETTI, *L'affidamento diretto dei pubblici servizi*, cit., para. 3 ed anche L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, cit., pag. 1875. Sull'organo indiretto, per questioni di spazio, si rimanda a L. CARROZZA, F. FRACCHIA, *Appalti di lavori, attività oggettivamente amministrativa e qualificazione del soggetto*, in *Foro it.*, III, 2001.

¹⁶ Prim'ancora dell'intervento della Corte di giustizia, in merito ai rapporti tra Pubbliche Amministrazioni e loro controllate, in dottrina si era commentata una sentenza dei Giudici lussemburghesi in tema di operazioni intragruppo affermando che, se risulta comunitariamente irrilevante la ripartizione dei lavori all'interno di un gruppo, «non si compie perché non si possa fare un ulteriore passo e giungere alla conclusione che fuoriescono dalla disciplina comunitaria degli appalti anche i lavori affidati da un ente pubblico ad una società per azioni sulla quale il primo eserciti un'influenza dominante», G. GRECO, *La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle S.p.a. a capitale pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 1994, pagg. 1255–1256. Successivamente, il medesimo Autore, questa volta in commento ad una sentenza della Cassazione che aveva affermato il carattere prettamente privatistico dell'affidamento di una concessione di servizi ad una S.p.A. a capitale pubblico, aveva viceversa rimarcato che «sussiste sempre e per molti profili un rapporto di immedesimazione tra società controllata ed ente controllore», *Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradossale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 1995, pag. 1066. Ed ancora, il medesimo Autore, in uno scritto di poco successivo, espressamente aveva affermato che «si potrebbe pur sempre rispolverare la figura dell'«organo indiretto», per giustificare affidamenti senza gara a Società controllate e svolgenti funzioni chiaramente strumentali», in *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 1995, pag. 1299. E proprio riprendendo tale suggerimento, in ambito comunitario l'Avvocato Generale La Pergola, nelle conclusioni presentate in data 19 febbraio 1998, nella causa C-360/96, chiamato a pronunciarsi sulla qualificabilità come organismo di diritto pubblico di una società intercomunale a totale partecipazione pubblica, prim'ancora di valutarne la natura di amministrazione aggiudicatrice, sottolineò la mancanza di terzietà della stessa rispetto alle Amministrazioni, ritenendo che «la sua natura può ricondursi alla nozione di organo, seppure in senso lato ed indiretto, della pubblica amministrazione» (punto 36). Conclusioni che furono poi richiamate dall'Avvocato Generale Georges Cosmas nelle proprie presentate il 1 luglio 1999, nella causa C-107/98, *Teckal*

Sulla scia di tale inquadramento, non sono poi mancate letture che hanno enfatizzato in particolar modo il collegamento funzionale con l'Amministrazione di appartenenza, tant'è che si è spesso parlato di *longa manus* dell'Amministrazione¹⁷, di “delegazione interorganica”¹⁸, o di prolunga-

ove per la prima volta la Corte di giustizia accolse la costruzione dell'*in house*. Sull'evoluzione della giurisprudenza dal gruppo di imprese all'*in house*, cfr. A. MASSERA, *Le Società pubbliche*, cit. ed *Ibid.*, L'«*in house providing*», cit., para. 1; F. GOISIS, *Rapporto di controllo*, cit., para. 4. In merito alle operazioni intragruppo occorre tuttavia segnalare che, secondo la più recente giurisprudenza europea, non può comunque escludersi l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato, come chiarito dalla Corte di giustizia nella sentenza del 11 luglio 1996, nella causa C-39/94, *SFEI e altri*, e poi ancora nella sentenza del 1 luglio 2008, nelle cause riunite C-341/06 e C-342/06, *Chronopost e La Poste c. UFEX e altri*. Sul punto si permette di rinviare, per un più approfondito esame della questione, a G. CARULLO, *State Resources in the Case Law: Imputability Under an Organizational Perspective*, in *EStAL*, 3, 2013, pag. 457.

¹⁷ L'espressione è ormai ampiamente diffusa, cfr. in dottrina, a titolo meramente esemplificativo, e non certamente esaustivo, C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio*, cit., pag. 196; A. SANDULLI, *La concorrenza nei servizi pubblici e negli appalti, tre sentenze della Corte costituzionale*, in *Ius Publicum Network Review*, 2011; V. ITALIA (a cura di), *I servizi*, cit., pag. 96; F. GOISIS, *Nuovi sviluppi*, cit.; R.D. NICTOLIS, L. CAMERIERO (a cura di), *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, pag. 31; R. OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario*, cit.; L.R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. Amm.*, 2, 2006; G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. Amm.*, 4, 2005; F. GAVERINI, *Nuove precisazioni*, cit.; M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. Amm.*, 3-4, 2000; B. MAMELI, *Le S.p.A.*, cit.. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 221; *Ibid.*, Sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5632; *Ibid.*, Sez. V, 15 febbraio 2013, n. 936.

¹⁸ Espressione da tempo di larghissima diffusione, cfr. in dottrina ad esempio: G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino*, cit., pag. 54; V. ITALIA (a cura di), *I servizi*, cit.; D. GALLI, *L'in house nei settori speciali e i suoi riflessi sulla concorrenza*, in F. MIGNELLA CALVOSA (a cura di), *Annali 2007-2008. Le scienze dell'amministrazione nella società italiana la formazione per la governance del paese*, Torino, 2009, pag. 182; C. VOLPE, *In house providing*, cit., para. 1; S. DETTORI, *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, Napoli, 2008, pag. 104; G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMMELLI; M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, pag. 314; G. SORICELLI, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, 2008, *passim*; A. CALLEA, *Gli affidamenti "in house,"* cit., pag. 333; C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2007, pag. 10; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. Amm.*, 2, 2005, para. 5; E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amm. CdS*, 3, 2005, para. 2; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2004, para. 5.3; G. MARCHIANÒ, *I servizi pubblici locali*, cit., pag. 60; V. GIOMI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante forme associate: l'affidamento diretto a Società per azioni multicomunali maggioritarie, fra diritto interno e diritto comunitario.*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2004, pag. 1077; F. GOISIS, *Rapporto di controllo*, cit., para. 5. In giurisprudenza da ultimo, *ex multis*, Cons. Stato Sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 221.

mento organizzativo¹⁹.

Anche in ragione della crescente pubblicizzazione dei soggetti affidatari *in house* tramite la previsione di specifiche disposizioni volte ad applicare anche a questi determinati regimi pubblicistici²⁰, parte della dottrina ha poi elevato l'istituto, da mera eccezione all'applicazione delle norme in materia di selezione dei contraenti, a vero e proprio modo di essere dell'Amministrazione²¹. Se ne è in particolare da alcuni valorizzata la natura di originale modulo a disposizione dell'Amministrazione per «interiorizzare»²² l'approvvigionamento e l'erogazione di servizi²³. Tanto che, si è detto, l'*in house* rappresenterebbe in sostanza la riproduzione del vecchio modello dell'azienda speciale municipalizzata di cui al r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 posto che consiste in un plesso organizzativo che, pur avendo propria personalità giuridica, non ha propria autonomia imprenditoriale né capacità decisionale distinta dall'ente locale²⁴.

Ma anche ove si convenisse sul fatto che, sotto un profilo meramente in-

¹⁹ Anche tale espressione è diffusamente utilizzata in dottrina, si veda tra i tanti S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, pag. 271; G. SORICELLI, *Contributo*, cit., pag. 11 e 90; R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, pag. 135; G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012, pag. 102; F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007, pag. 303.

²⁰ Si pensi, ad esempio, all'articolo 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, che ha esteso alle società totalmente pubbliche gestrici di servizi pubblici locali l'applicabilità dei principi concorsuali in materia di reclutamento del personale, peraltro prevedendo principi del tutto analoghi per quelle a partecipazione non totalitaria.

²¹ In chiave organizzativa, G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit., para. 5.3, secondo cui «questo modello può essere qualificato come consistente nella "autoproduzione" del servizio pubblico attraverso una forma organizzativa che è propria dell'ente locale»; in senso analogo M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giornale Dir. Amm.*, 12, 2006, para. 1 e 3 secondo cui l'«ordinamento comunitario ... ha elaborato la formula organizzativa in house». A. CALLEA, *Gli affidamenti "in house"*, cit., pagg. 354–355, raffrontando organismo di diritto pubblico ed *in house*, afferma che mentre il primo «consente ... di reperire servizi in via diretta, costituendo una vera e propria eccezione alla regola dell'evidenza pubblica, l'*in house providing*, ponendosi a monte, costituisce piuttosto una forma di ampliamento dell'organizzazione pubblica». In giurisprudenza T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 26 maggio 2010, n. 9182, secondo cui la Corte di giustizia, «dopo aver ideato questo modulo organizzatorio ..., ha provveduto ad interpretare in maniera sempre più restrittiva i presupposti essenziali dell'istituto».

²² Il termine è usato da G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, cit., pag. 5532, quale sinonimo di *autoprodurre*.

²³ In proposito W. TROISE MANGONI, *Affidamento in house*, cit., pag. 297, ha affermato che l'*in house* «rappresenta uno strumento attraverso il quale la pubblica amministrazione, titolare di un determinato servizio, decide di auto-produrre lo stesso, per mezzo di una propria articolazione organizzativa».

²⁴ Così in particolare G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit., para. 5.3. Mostra di condividere tale lettura anche F. ASTONE, *La nuova funzione*, cit., pag. 331. *Contra*, S. D'ANTONIO, *La gestione*, cit., pag. 178.

terno, un'entità *in house* possa effettivamente assurgere a variabile organizzativa pubblicistica, laddove, come in questa sede, si voglia parlare di vincoli europei derivanti dall'applicazione dell'istituto nel nostro ordinamento, occorre tener ben presente che l'indirizzo giurisprudenziale europeo, condiviso sul fronte nazionale anche dall'Adunanza Plenaria, è teso a confinare la delegazione interorganica a mera ipotesi di inapplicabilità delle norme in materia di evidenza pubblica in ragione della mancanza dell'elemento contrattuale²⁵.

In tal senso si è peraltro posto anche il legislatore europeo. In recepimento dei precedenti indirizzi giurisprudenziali, la norma che definisce i requisiti al ricorrere dei quali è possibile ritenere che si sia in presenza di un rapporto «*tra enti nell'ambito del settore pubblico*», ossia di un rapporto *in house*, è stata inserita nella Sezione delle Direttive relativa alle «*Esclusioni*»²⁶.

E così, sotto un profilo organizzativo, l'unico elemento che si può certamente ricavare dal contesto europeo è che, per un affidamento diretto *in house*, si rende *in primis* necessario che l'Amministrazione eserciti sulla partecipata

²⁵ Tale indirizzo giurisprudenziale europeo, come si è detto, fu ufficialmente sancito dalla sentenza *Teckal*, ma in senso analogo possono leggersi anche tutte le sentenze che nel proseguo si andranno analizzare sugli ulteriori profili qui rilevanti. Cfr. anche, a livello nazionale, la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 marzo 2008, n. 1, che ha espressamente affermato che «*i requisiti dell'in house providing, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente*». In senso analogo anche Consiglio di Stato, Sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082 e T.A.R. Lombardia Milano, Sez. IV, 04 maggio 2011, n. 1172 che escludono che un soggetto qualificabile come *in house* possa assurgere alla nozione di ente pubblico, conservando pur sempre una veste di tipo privatistico. O, ancora, T.A.R. Veneto Venezia, Sez. I, 14 dicembre 2011, n. 1823 e T.A.R. Lazio Roma, Sez. III *quater*, 28 novembre 2011, n. 9286 che in particolare sottolineano come la particolarità dell'istituto non è rappresentata da una particolare figura contrattuale sottratta all'evidenza pubblica, ma, come chiarito dalla Corte di giustizia, nel fatto che non si può parlare *tout court* di figura contrattuale. In dottrina G. GRECO, *Gli affidamenti "in house,"* cit., para. 2 ricorda che l'*in house* «*è stato presso di noi vissuto prevalentemente come un'eccezione rispetto al sistema comunitario*». In dottrina si è infatti affermato che «*L'in house providing ... può essere intesa come espressione di sintesi a tutela della scelta dell'amministrazione di autoprodurre le prestazioni di cui necessita, negando che la scelta assuma rilevanza per il diritto comunitario e conseguentemente l'applicazione della disciplina a garanzia della concorrenza, sia dei principi sanciti nel Trattato Ce per le concessioni e la costituzione di partenariati pubblico-privato, sia delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*», R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., para. 2. In prospettiva analoga, F. FRACCHIA, *In house providing*, cit., pag. 244, secondo cui l'*in house* costituisce un «*modello che giustifica affidamenti diretti di compiti "disattivando" la logica della competizione e del mercato*».

²⁶ Data la sostanziale coincidenza delle disposizioni sull'*in house* contenute nelle tre Direttive, nel proseguo mi riferirò per brevità alla sola Direttiva Concessioni (la prima del nuovo pacchetto in ordine numerico), ma le riflessioni che si faranno in merito a queste possono sicuramente essere riferite indistintamente alle Direttive.

un controllo analogo a quello esercitato sulle strutture propriamente interne. Il che, com'è evidente, è più che sufficiente a deviare in modo significativo il consueto rapporto che di norma sussiste tra socio e *governance* societaria. Al punto che, secondo molti, ciò determina seri problemi di compatibilità con tale ultima forma giuridica²⁷.

Di conseguenza, laddove l'Amministrazione opti per tale modello, la stessa dovrà anzitutto considerare che il soggetto *in house* resterà comunque

²⁷ Il che, già di per sé, costituisce elemento di differenziazione non indifferente rispetto alle più tradizionali forme di organizzazione pubblica, come dimostrano le perplessità mostrate sul punto dalla dottrina: F. GOISIS, *Nuovi sviluppi*, cit., pag. 583, ha criticato il ricorso esclusivo all'istituto societario in ragione delle modalità in cui lo stesso è disciplinato dal nostro ordinamento ed in forza dei limiti, comunitariamente imposti, in tema di c.d. *golden shares*; sul punto, più di recente in senso analogo dal medesimo Autore, cfr. *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. Ec.*, 1, 2013, para. 3. Già da tempo, del resto, G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, cit., pag. 1286, aveva avvertito che «per quanto si possa considerare la forma della persona giuridica uno strumento neutro rispetto all'oggetto sociale, non pare che la costituzione di una società ... possa prescindere ... da una connotazione imprenditoriale di tipo commerciale ...: tant'è che sono definite ... appunto come società commerciali». Critica il ricorso alla forma della società per azioni in particolare, per la inadeguatezza dei moduli di *governance* della stessa, G. GRÜNER, *Compiti e ruolo del socio pubblico*, cit., pag. 9, ipotizzando così il ritorno alla figura dell'azienda-organo (*Ibid.*, pag. 10). In senso critico, alla luce della sentenza *Parking Brixen*, anche A. DI GIOVANNI, *L'attuale regime*, cit., pag. 244. D. MARRAMA, *La Plenaria nicchia su in house*, cit., pag. 108, fonda la propria critica sulle alterazioni imposte al modello privatistico del contratto sociale per renderlo conforme alle esigenze dell'azione amministrativa. In tale prospettiva G. BASSI, *Le determinanti del controllo analogo in forma collettiva nell'istituto dell'in house providing*, in *Riv. Trim. App.*, 2, 2009, para. 3 e 5, ritiene più opportuna la previsione di una forma societaria *ad hoc*, posto che la struttura tradizionale «non potrà comunque risultare, se non ad un'acritica e superficiale analisi formalistica, legittimata a produrre effetti giuridici validi sul piano delle decisioni assunte da parte del socio pubblico che se ne avvale». D. MARRAMA, *Società miste e in house providing al vaglio della plenaria*, cit., para. 2, afferma che le condizioni per il «controllo analogo» «mal si conciliano con l'autonomia privata che è costituzionalmente propria dell'istituto societario e rischiano di dare l'avvio alla costituzione di soggetti dalla natura ibrida ed indefinita». Tentando di superare tali criticità, M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri*, cit., para. 5, individua lo strumento delle S.r.l. quale il più consono, secondo il modello del codice civile, ad adeguarsi alle esigenze dell'*in house*. Anche M. URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. App.*, 12, 2006, para. 3, non solo critica il Consiglio di Stato (Sez. V, sentenza del 30 agosto 2006, n. 5072) che ne ha escluso il ricorso nell'*in house*, ma afferma altresì che l'S.r.l. appare il più adatto a tal fine (ma *contra* cfr. ancora F. GOISIS, cit. *supra*). Sotto altra prospettiva, M.R. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione*, cit., pag. 177, ha peraltro rilevato che l'uso dello strumento privatistico «non pare che ... abbia sinora determinato miglioramenti in termini di qualità dei servizi offerti, di responsabilità gestionale e di risparmio di spesa». Va detto tuttavia che, in ottica europea, la questione è solo marginale, rilevando esclusivamente la sussistenza del controllo analogo, come conferma il fatto che nella sentenza del 6 aprile 2006, nella causa C-410/04, *ANAV*, la Corte di giustizia non ha posto alcuna preclusione di principio circa l'astratta compatibilità tra affidamento *in house* e veste societaria, sul che cfr. D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 3.4.

sotto il suo controllo e, perciò, le scelte gestionali di fondo, diversamente da quanto avverrebbe in un normale rapporto partecipativo in società svolgenti attività economiche, resteranno pur sempre nella sostanza in capo all'Amministrazione stessa.

Ma con l'ulteriore aggravio che tale controllo non sarà esercitato su di una struttura effettivamente interna, ma su di un "organo indiretto" facente parte di un diverso plesso organizzativo dotato di propria personalità giuridica e, quindi, di un pur minimo grado di autonomia. In proposito giova ancora sottolineare che sotto un profilo europeo si richiede unicamente l'esercizio del "controllo analogo".

Ciò significa che, in ottica europea, il modello *in house* rappresenta unicamente la massima estensione delle strutture sulle quali l'Amministrazione può – e deve, ai fini dell'affidamento diretto – esercitare il proprio controllo, alla stregua, appunto, di un organo indiretto. Ma sotto ogni altro profilo spetta agli Stati membri definire le caratteristiche del soggetto partecipato. E poiché nel nostro ordinamento, in ragione della preferenza espressa discrezionalmente dalle Amministrazioni, la forma più comune per la costituzione di entità *in house* è la società di capitali²⁸, quantomeno sotto un profilo europeo non si vede perché la stessa non dovrebbe essere soggetta a tutte le disposizioni normalmente applicabili alle stesse, ivi inclusa – viste le notorie inefficienze delle gestioni *in house* – la disciplina fallimentare, onde evitare un trattamento preferenziale per le partecipate pubbliche che esercitino attività economiche²⁹.

²⁸ Cfr. ancora il recente *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali* del 7 agosto 2014, a cura del Commissario Straordinario per la revisione della spesa, e lo studio condotta da CENTRO STUDI UNIONCAMERE, RICERCHE E STUDI S.P.A. (a cura di), *Le società partecipate dagli enti locali. Edizione 2011*, cit..

²⁹ Sotto un profilo europeo la questione potrebbe essere infatti problematica sia in rapporto alle libertà fondamentali, quale ostacolo alla libera circolazione e quale misura discriminatoria tra imprese nazionali e non, sia quale possibile aiuto di Stato. Ad ogni modo si tratta di questioni di politica legislativa che esulano dall'oggetto di indagine, mentre per quanto qui di interesse non ci si può esimere dal sottolineare che se la volontà di procedere ad un affidamento internalizzato viene attuata tramite la partecipazione ad una società di capitali a vocazione commerciale – improntata perciò al conseguimento di utili – e tale scelta risponde ad una determinazione discrezionale dell'Amministrazione, la quale ben avrebbe potuto optare per una soluzione più cautelativa, non si vede perché l'ordinamento – che pur offre anche modelli di gestione diversi dall'imprea commerciale – dovrebbe poi tutelare tale scelta attraverso una disciplina derogatoria del normale statuto della società commerciale. Semmai, sarebbe più auspicabile una rimeditazione del regime delle partecipate che possa dare risposta alle diverse esigenze che il settore pubblico sottende. Ma in assenza di ciò,

D'altro canto, tale stretto legame comporta che l'entità *in house* sia comunque soggetta alla disciplina europea sui contratti pubblici allorché intenda reperire sul mercato i propri contraenti³⁰, a prescindere dalla sussistenza dei requisiti dell'organismo di diritto pubblico³¹. Il che, per quanto qui interessa, oltre a rappresentare un ulteriore aggravio sulla gestione *in house* di cui l'Amministrazione dovrà tener conto, conferma altresì che anche laddove si possa disporre direttamente un affidamento a favore di una propria partecipata, quest'ultima resta comunque soggetta alle *regole di concorrenza* europee.

In buona sostanza, la forma, o il *nomen juris*, come spesso accade in sede europea, è indifferente. Che la pubblica amministrazione si sviluppi tramite moduli privatistici o pubblicistici non rileva. Ciò che risulta determinante, affinché si possa davvero parlare di internalizzazione, è che il soggetto agente sia nella sostanza governato effettivamente dall'Amministrazione. Il che non è certo poca cosa, specie in rapporto a servizi di particolare complessità. Il modello *in house*, se correttamente inteso in questi termini, potrebbe infatti rivelarsi non percorribile anche solo per l'impossibilità di adempiere effettivamente a tale

l'applicazione della normale disciplina prevista per tutte le società di capitali, ivi inclusa quella fallimentare, da un lato pare più conforme al contesto europeo summenzionato (libertà fondamentali, divieto di discriminazione ed aiuti di Stato) e dall'altro parrebbe essere più rispondente anche alla strada indicata dall'articolo 4, comma 13, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, ai sensi del quale «le ... disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali».

³⁰ In dottrina, criticando una passata tendenza della giurisprudenza ad ampliare la nozione di organismo di diritto pubblico al fine di includervi i soggetti *in house*, si era infatti da tempo suggerito di «abbattere il fragile schermo della personalità giuridica» e di applicare anche a tali entità la disciplina di gara europea, cfr. L.R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro amm. CdS*, 9, 2003, para. 4, ed anche in L.R. PERFETTI, A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico*, cit., para. 1; L.R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., para. 6.2; *ibid.*, *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, in *Foro amm. CdS*, 5, 2005, para. 2. Cfr. anche dottrina e giurisprudenza citate nel primo capitolo, § 2.2, sulla possibilità di una sovrapposizione delle nozioni di *in house* e di organismo di diritto pubblico. Sul punto ad ogni modo, è intervenuto in ultimo il legislatore con l'articolo 3 *bis*, comma 6, del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, che ha prescritto anche per le società *in house* l'applicazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

³¹ Se pur naturalmente le due figure possono facilmente finire col sovrapporsi in ragione della certa sussistenza, in capo ad un soggetto *in house*, di almeno due dei requisiti dell'organismo di diritto pubblico, potendo essere in discussione solo quello inerente la "natura" dei bisogni da soddisfare, cfr. in senso conforme, A. CALLEA, *Gli affidamenti "in house"*, cit., pagg. 360–365. Non dubita invece di tale sovrapposizione D. GALLI, *L'in house*, cit., pag. 201.

ruolo.

Al fine dunque di apprezzare quale condizionamento possa derivare da tali elementi sul modo in cui il soggetto pubblico controllante deve porsi nei confronti della controllata e, quindi, degli elementi che devono essere considerati laddove si intenda affidare direttamente a tale soggetto la gestione di un determinato servizio, giova in breve analizzare cosa effettivamente si richieda al fine di ritenere integrato il requisito del controllo analogo e, quindi, le modalità attraverso le quali può prendere forma la partecipazione pubblica.

2. *I requisiti dell'in house che definiscono l'ampiezza dei poteri che devono sussistere in capo all'amministrazione controllante*

2.1. *L'intensità del controllo*

Non senza motivo si è detto che il requisito del controllo analogo è «*particolarmente delicato*»³²: da tempo infatti è stato chiarito che il (mero) possesso dell'intero capitale dell'entità non è condizione sufficiente ad integrare un rapporto *in house*³³.

A partire dalla sentenza *Parking Brixen*³⁴, la giurisprudenza europea, seguita anche da quella nazionale, ha più volte confermato che devono sussistere ulteriori indici atti ad escludere che la partecipata possa godere di sostanziale autonomia³⁵. Hanno sicuramente confermato tale inquadramento le nuove Di-

³² Così F. FRACCHIA, *In house providing*, cit., pag. 245.

³³ In commento alla giurisprudenza europea, si è detto che «*la totalità pubblica del capitale sociale è affermata come condizione necessaria ma non sufficiente per la qualificazione in house del rapporto*», C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni*, cit., para. 4.

³⁴ V. sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005, nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, in particolare punti 62 e ss., in cui la Corte ha affermato che, nonostante la totale partecipazione pubblica, a fronte del margine di autonomia lasciato al soggetto partecipato, deve escludersi «*che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*» (punto 70). In seguito conferma tale posizione, *ex multis*, Corte di giustizia, 6 aprile 2006, nella causa C-410/04, *ANAV*. In senso analogo anche la giurisprudenza nazionale, cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; *Ibid.*, Sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; T.A.R. Piemonte Torino, Sez. I, 21 luglio 2009, n. 2074. In dottrina cfr. D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 3.4.

³⁵ Il che non esclude ad ogni modo che in caso di partecipazione solitaria possa risultare più agile la prova del controllo analogo. Sul punto R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., para. 3 hanno sostenuto che la «*la presunzione di controllo analogo*» è più forte ove la partecipazione pubblica totalitaria sia di un'unica amministrazione aggiudicatrice». In senso analogo l'Avvocato Generale Siegbert Alber nelle conclusioni presentate il 18 marzo 1999, nella causa C-108/98 *RI.SAN.*, secondo cui «*il pieno controllo da parte dello Stato italiano induce però a concludere ... che sotto questo*

rettive, ai sensi delle quali affinché possa dirsi integrato il requisito del “controllo analogo”, è necessario che l’Amministrazione sia in grado di esercitare un’influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata³⁶.

A differenza di quanto previsto dalla c.d. Direttiva Trasparenza³⁷ ed in tema di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica, ove l’influenza pubblica dominante è desumibile anche da una partecipazione maggioritaria³⁸, per integrare i requisiti dell’*in house* si richiede, in senso «*sempre più stringente*»³⁹, la sussistenza di penetranti poteri atti a garantire che le amministrazioni siano effettivamente in grado di esercitare un «*un controllo analogo a quello ... esercitato sui propri servizi*»⁴⁰. In altri termini, è necessario che il tipo di potere esercitabile sia concretamente analogo a quello esercitato sulle strutture interne, in senso stretto, secondo le categorie nazionali⁴¹.

Per tale motivo, quello in esame è considerato un criterio da valutare caso per caso⁴², in una prospettiva non tanto quantitativa, ma piuttosto qualitativa,

aspetto tale società costituisce parte dello Stato italiano», ferma restando, comunque, «altresì la presenza di un’attribuzione di compiti fra organi» (punto 54 delle conclusioni).

³⁶ Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1, seconda parte, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

³⁷ Si allude alla Direttiva 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006 (su cui si tornerà al capitolo V), alla cui definizione di controllo analogo R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 3, aveva invece proposto di riferirsi anche in tema di *in house*.

³⁸ Cfr., per quanto riguarda la normativa europea, articolo 1, paragrafo 9, Direttiva 2004/18/CE e articolo 2, paragrafo 1, Direttiva 2004/17/CE; e, per la normativa nazionale, articolo 3, rispettivamente, commi 26 e 28, del d.lgs. n. 163 del 2006.

³⁹ Così A. DI GIOVANNI, *L’attuale regime*, cit., pag. 244.

⁴⁰ Con l’espressione di cui alla sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, nella causa C-107/98, p. 50.

⁴¹ In dottrina in passato si era passato invece dubitato di tale circostanza, cfr. C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, cit., para. 8, che aveva sottolineato «*come, nell’ipotesi di integrale possesso della società da parte dell’amministrazione comunale, sia soddisfatto il requisito che deve caratterizzare l’affidamento in house, non potendosi pretendere che il rapporto tra il Comune e la società sia identico, dal punto di vista giuridico, a quello che intercorre tra l’ente locale e una sua articolazione, a pena di limitare la possibilità per l’ente locale di rivolgersi ad una società e di costituire una società propria*». Sul punto anche D. D’ALESSANDRO, *Affidamenti in house in senso ampio: la Corte mette in crisi l’idea della neutralità dello strumento societario*, in *Serv. pubb. e app.*, 1, 2006, pag. 103; M. DIDONNA, *Il caso, chiuso, degli affidamenti in house*, in *Urb. App.*, 4, 2006, pag. 377; C. IAIONE, *Gli equilibri instabili*, cit., pag. 13; A. QUIETI, *Servizi pubblici e affidamenti in house. Spunti di riflessione*, in *Amm. It.*, 6, 845; .

⁴² Consiglio di Stato, Sez. V, 09 marzo 2009, n. 1365. L’approccio casistico è peraltro quello adottato del pari della giurisprudenza europea, come rileva F.M. DI MAJO, *La nozione di organismo pubblico negli appalti pubblici di servizi. La Corte di Giustizia fornisce ulteriori*

onde verificare le effettive modalità di esercizio del potere⁴³.

Volgendo lo sguardo alla casistica nazionale, per una più chiara percezione del fenomeno⁴⁴, si può constatare che, sulla scorta dei principi enucleati a livello europeo, la giurisprudenza ha fornito alcune indicazioni circa gli elementi che, in concreto, possono o devono sussistere al fine di integrare il requisito in parola, oltre, come detto, la mera partecipazione pubblica⁴⁵.

Nell'esperienza italiana, gli strumenti ritenuti necessari per assicurare il "controllo analogo" esulano da quelli previsti dal diritto civile ed, anzi, finiscono per snaturare il ruolo tradizionale degli organi societari⁴⁶. Si richiede infatti che il consiglio di amministrazione della società non abbia rilevanti poteri gestionali, ma che sia invece consentito all'ente pubblico controllante di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale, quali: il previo vaglio delle decisioni più importanti; il controllo del bilancio; il controllo sulla qualità dell'amministrazione;

criteri per individuare i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, in *Europa dir. priv.*, 3, 1999, pag. 935.

⁴³ M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri*, cit., para. 4.

⁴⁴ Posto infatti che, secondo uno schema ben collaudato in sede europea, la Corte di giustizia si è limitata a richiedere l'equivalenza con le forme di controllo previste dal diritto nazionale sulle strutture propriamente interne, i principi enucleati in via pregiudiziale possono senz'altro essere arricchiti dalla casistica nazionale che ne ha indagato le ricadute in concreto nel nostro ordinamento. In proposito F. FRACCHIA, *In house providing*, cit., pag. 246, afferma che «*il principio dell'insufficienza dei normali poteri dell'azionista è ribadito dalla giurisprudenza nazionale e sollecita a trovare soluzioni anche di diritto societario in grado di dare corpo e sostanza al requisito del controllo analogo*».

⁴⁵ In proposito si è, ad esempio, esclusa, nonostante la partecipazione totalitaria, la ricorrenza dei presupposti dell'*in house*, «*non essendo garantita dallo statuto della controinteressata che i soci approvino all'unanimità l'esercizio di attività extraterritoriale, né sarebbe garantito il recesso all'ente pubblico dissenziente, né è assicurato, nel caso in esame, che una parte almeno prevalente del servizio sia svolta dal soggetto affidatario con proprie risorse, dato che ha spesso appaltato all'esterno il servizio di raccolta e trasporto rifiuti, con ciò non conformandosi al modello in house, né sembrerebbe sussistere un diritto di veto da parte di ciascun partecipante*» (T.A.R. Friuli-Venezia Giulia Trieste, Sez. I, 13 marzo 2013, n. 149). Od ancora si è affermato che «*quanto al controllo analogo, lo stesso pare da escludere, atteso che lo statuto ... non impone che il capitale sia interamente pubblico ... e, pertanto, non esclude la possibilità di apertura al capitale privato*» (T.A.R. Toscana Firenze, Sez. II, 18 febbraio 2010, n. 426).

⁴⁶ Va infatti ancora ribadito che, in relazione alle società di capitali, i soli poteri riconosciuti al socio non sembrano idonei ad integrare il requisito del controllo analogo per come delineato dalla giurisprudenza europea, cfr. in tal senso L.R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., para. 2.1. Il che ha peraltro non indifferenti risvolti anche in ordine all'individuazione della pertinente giurisdizione, sul che cfr. V. DOMENICHELLI, *Servizi pubblici e società di capitali in Italia: alla ricerca del giudice*, cit., para. 3, ed anche, dallo stesso autore, in *Giurisdizione e «controversie societarie pubbliche»*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2005.

la titolarità di poteri ispettivi diretti e concreti⁴⁷; e, la conseguente totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali⁴⁸.

Quanto risulta fondamentale è perciò, in sostanza, che l'Ente, o gli Enti, partecipanti siano concretamente in grado di indirizzare l'attività della control-

⁴⁷ Quanto ai poteri ispettivi, si può condividere l'opinione secondo cui «*sembra lapalissiano*» che gli stessi siano paragonabili a quelli «*effettuati sugli organi della pubblica amministrazione. Ebbene, questi controlli devono essere al tempo stesso strutturali (sugli organi) e gestionali (sugli atti, azioni e sui comportamenti)*», M. GIORGIO, *L'affidamento in house è sempre un'eccezione? Il caso Catania Multiservizi*, in *Giornale Dir. Amm.*, 5, 2008, para. 5.

⁴⁸ Sul punto, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; Consiglio di Stato, Sez. V 24 settembre 2010, n. 7092; *Ibid.*, 11 agosto 2010, n. 5620; *Ibid.*, 26 agosto 2009, n. 5082; *Ibid.*, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; *Ibid.*, Sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5. Nella casistica della giurisprudenza amministrativa si è così, ad esempio, ritenuto integrato l'*in house* laddove lo statuto prevede (i) che l'intero capitale sociale è ripartito tra enti pubblici locali, ed è vietata la partecipazione di soggetti privati e l'inefficacia verso la società di un eventuale cessione di azioni a privati che non dà comunque diritto di voto in assemblea; (ii) che l'espletamento di servizi a favore di soggetti diversi dai soci può avvenire nel limite del 20% del volume d'affari medio dell'ultimo triennio, fermo comunque il divieto di partecipare a procedure di gara per l'affidamento di servizi da parte di enti non soci; (iii) che ogni azione dà diritto a un voto; (iv) poteri di controllo dei singoli soci in relazione al rispettivo territorio, quali: diritto di accesso, redazione di convenzioni e disciplinari nell'ambito di iniziative o strategie anche sovracomunali, vigilanza sul corretto adempimento degli obblighi stabiliti dal contratto di servizio (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 23 settembre 2013, n. 780). In modo analogo, si è ritenuto integrare l'*in house* la situazione in cui in statuto vi era «- *la previsione del Comune quale socio unico ...; - la definizione dell'oggetto sociale, comprensivo della gestione di tutti i servizi comunali ...; - le modalità della eventuale cessione delle quote sociali, disponendo che il trasferimento delle quote per atto tra vivi sia sottoposto alla approvazione del Consiglio Comunale e possa avvenire solo con enti pubblici ...; - lo svolgimento dei controlli analoghi da parte del Comune, sottoponendo alla approvazione del Consiglio Comunale il bilancio di esercizio e riservando all'amministrazione l'esercizio sui servizi prestatati dalla società ... un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*» (T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, 07 aprile 2011, n. 304; ipotesi simili anche quelle vagliate da T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. II, 14 giugno 2010, n. 7657 e T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, 24 febbraio 2010, n. 622). È stata ritenuta congrua con il requisito del "controllo analogo" la costituzione di un apposito Comitato di controllo, con funzioni di verifica sulla legittimità degli atti del Consiglio di amministrazione, sulla rispondenza degli stessi alle direttive e agli indirizzi dell'Amministrazione regionale e sulla attuazione degli obiettivi fissati dalla Regione stessa (cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 16 novembre 2011, n. 848). Il Consiglio di Stato ha giudicato sufficiente la mera indicazione in Statuto del rispetto dei requisiti posti dalla sentenza *Teckal* cit. nota 56, ritenendo che «*la suddetta qualificazione giuridica implica, sul piano sostanziale, che l'attività della Società è sottoposta al rispetto delle norme di diritto pubblico che impongono, tra l'altro, l'osservanza delle regole a tutela della concorrenza "per il mercato"*» (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2012, n. 6565). Si è viceversa esclusa la ricorrenza dei presupposti dell'*in house* laddove lo Statuto sociale prevedeva sia la possibilità di libera alienazione di quote sociali/azioni a terzi (non meglio identificati), sia penetranti poteri dell'organo amministrativo (cfr. T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 02 aprile 2013, n. 458). In altra occasione si è esclusa la sussistenza dell'*in house* alla luce dell'oggetto sociale che «*non era esclusivamente deputato alla gestione dei servizi conferiti dal suo socio totalitario, ma anche alla gestione di servizi di "altri enti pubblici", così come il predetto conferimento di servizi non costituiva l'unica modalità di attribuzione di funzioni da perseguire, venendo in rilievo nello stesso paragrafo di cui all'art. 5 dello statuto sociale la possibilità di "successive acquisizioni"*» (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 22 marzo 2012, n. 892).

lata⁴⁹. Sussiste un “controllo analogo” laddove il potere di indirizzo è tale da ridurre l’entità partecipata ad una mera articolazione «*senza una propria autonomia decisionale, se non per i profili esecutivi*»⁵⁰.

Il che vale anche laddove l’Ente pubblico si avvalga della facoltà, ammessa oggi dall’ordinamento europeo, ed in certa misura anche da quello nazionale, di realizzare un complesso intreccio di relazioni tra entità *in house*, tramite rapporti orizzontali, inversi ed indiretti, che permettono di porre in essere un complesso di operazioni in affidamento diretto analogo a quello che si potrebbe realizzare nell’ambito di relazioni intra gruppo⁵¹.

A differenza di quanto potrebbe avvenire nell’ambito di rapporti fra società appartenenti al medesimo gruppo, tuttavia, occorre considerare che quelli in esame non sono propriamente rapporti paritetici tra due soggetti autonomamente in grado di determinarsi sull’opportunità di una collaborazione diretta. Qui permane la direzione dell’Amministrazione la quale, in ragione del controllo sulla gestione che la stessa deve mantenere, agisce quale anello di congiunzione tra le due entità partecipate dalla stessa.

Ed è questo il punto essenziale che emerge in relazione al controllo analogo e che assurge a necessario elemento di valutazione in sede di ponderazione dei vari modelli di gestione a disposizione dell’Amministrazione. Se le più importanti decisioni strategiche e di indirizzo devono sostanzialmente essere riconducibili all’amministrazione, in fase di valutazione delle diverse opzioni percorribili per la gestione di un servizio, si dovrà necessariamente valutare come ciò possa ripercuotersi sulla possibilità stessa di ricorrere all’*in house*. Occorrerà in particolare tenere in debita considerazione la complessità del servizio, e quindi le competenze all’uopo necessarie, non solo in rapporto a quanto in grado di offrire il soggetto partecipato, ma anche in relazione a quanto resterà di competenza dell’amministrazione controllante (ed affidante), in ordine alla guida del servizio.

⁴⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970; *Ibid.*, 26 agosto 2009, n. 5082.

⁵⁰ Così G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit., para. 5.3.

⁵¹ Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1 seconda parte, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali. Per un più approfondito esame delle novità sul punto, si permetta di rinviare ancora a G. CARULLO, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house*, cit., in corso di pubblicazione.

Il modello *in house* sarà perciò percorribile solo ove l'Amministrazione ritenga – e possa motivatamente dimostrare –, in base alle competenze di cui dispone, di poter effettivamente assumere il necessario e prescritto ruolo di guida dell'entità partecipata, ossia, in breve, di sostanziale gestore del servizio. Il che è cosa certamente da non sottovalutare data la rilevanza che proprio tale tipologia di decisioni necessariamente implica.

Il che vale anche ove la gestione sia ripartita tra più enti.

2.2. *La compartecipazione pubblica*

La possibilità di compartecipazione di più Enti è ormai da tempo una forma di cooperazione collaudata, come conferma la consolidata e diffusa prassi⁵². In linea con la precedente giurisprudenza, anche le nuove Direttive, dopo aver indicato che il “controllo analogo” deve essere esercitato «*congiuntamente*» dalle Amministrazioni, hanno espressamente ribadito l'ammissibilità dell'istituto, riprendendo le conclusioni già in precedenza raggiunte dalla Corte di giustizia.

Si conferma dunque che non è necessaria un'omogenea distribuzione delle partecipazioni tra le Amministrazioni partecipanti. Già prima delle nuove Direttive la giurisprudenza europea aveva chiarito che può considerarsi *in house* un'entità intercomunale anche qualora la partecipazione di ciascun Ente sia particolarmente esigua. Si è infatti ritenuto sufficiente che alla presenza, anche minoritaria, corrisponda una composizione degli organi di gestione che preveda rappresentanti di tutte le autorità pubbliche, di modo che il controllo esercitato da ciascuna sia tale da essere assimilabile a quello esercitabile sui propri servi-

⁵²Basti pensare che, secondo il rapporto del CENTRO STUDI UNIONCAMERE, RICERCHE E STUDI S.P.A. (a cura di), *Le società partecipate dagli enti locali. Edizione 2011*, cit., pag. 10, al 2009 ben il 30,4% delle società partecipate dagli enti locali era oggetto di compartecipazione. In proposito già da tempo in dottrina si era avvertito che quello delle partecipate era «*uno schema assai ricorrente nell'esperienza più recente*», cfr. M. DUGATO, *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*, in *Giornale Dir. Amm.*, 11, 2001, para. 1. Lo stesso Autore ha inoltre ricondotto il fenomeno, nato nella prassi, alla «*duttilità del modello societario*» originariamente pensato dal legislatore quale strumento di collaborazione tra pubblico e privati, poi divenuto alternativa alle «*vecchie gestioni consortili multicomunali*», cfr. M. DUGATO, *Costituzione di società miste e partecipazione a società già costituite*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2, 2002, para. 1.

zi⁵³.

Si deve però pur sempre trattare di un controllo in senso proprio, ossia esercitabile direttamente sull'ente partecipato. Non basta la mera possibilità di concertare una posizione comune tra gli enti partecipanti. La Corte ha infatti escluso che possa ritenersi integrato il requisito in esame laddove il controllo da parte degli Enti partecipanti non sia esercitato direttamente, ma si realizzi solo mediante la reciproca capacità degli stessi di influenzare le rispettive scelte⁵⁴.

In sostanza, in caso di compartecipazione di più Amministrazioni, da un lato non è necessario che vi sia un potere di controllo individuale, mentre, dall'altro, non è ammissibile che un singolo Ente, avente una partecipazione di maggioranza, sia in grado di esercitare singolarmente un controllo totalitario, in quanto, in tal caso, «verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto»⁵⁵.

⁵³ Corte di giustizia, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, in particolare punto 42. In tale occasione la Corte ha chiarito che «siffatta conclusione non è inficiata dalla sentenza del 21 luglio 2005, nella causa C-231/03, *Coname*. Di sicuro la Corte ha ivi considerato che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare il controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico Tuttavia, in questo stralcio della sentenza considerata, la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta» (punto 52). In senso sostanzialmente analogo anche la successiva sentenza della Corte di giustizia, 10 settembre 2009, nella causa C-573/07, *SEA*, in cui si legge che «il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi ... [se]: – l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi, e – tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società» (punto 90). Cfr. anche Sentenza *Econord*, cit., punti 31-33, ed in senso sostanzialmente analogo, sentenza *Coditel Brabant*, cit., punto 46.

In linea con l'orientamento giurisprudenziale, le Direttive hanno quindi previsto che gli organi decisionali della persona giuridica controllata devono essere composti da rappresentanti di tutte le Amministrazioni partecipanti, precisando ulteriormente che un medesimo soggetto può fungere da rappresentante di varie o di tutte le Amministrazioni, cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 3, seconda parte, lett. i), rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

In dottrina, A. MALTONI, M. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici*, cit., para. 4, hanno suggerito che per le società *in house* si potrebbe derogare «alla regola della necessaria proporzionalità tra partecipazione al capitale sociale e quota dei membri nominati», e quindi al dettato dell'articolo 2449 c.c., così da riconoscere anche ai socie minoritari la possibilità di nominare i propri amministratori.

⁵⁴ Cfr. Corte di giustizia, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione / Germania*, v. in particolare punti 22 e 36.

⁵⁵ Corte di giustizia, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, *Econord*, punto 22. S. COLOMBARI, *Delegazione interorganica*, cit., para. 6, già in precedenza aveva sostenuto

La giurisprudenza nazionale, in applicazione delle indicazioni dei giudici europei, ha dunque più volte ritenuto ammissibile l'*in house* laddove il controllo sia esercitato congiuntamente dagli associati, anche attraverso deliberazioni prese a maggioranza, in modo effettivo e reale, da parte degli enti nella loro totalità e senza la necessaria verifica della posizione di ciascuno⁵⁶.

Per tale ragione, ogni modificazione delle partecipazioni può determinare un cambiamento tale negli equilibri societari da mettere in dubbio, o, viceversa, consolidare, la sussistenza del "controllo analogo". Ogni operazione in tale senso deve essere valutata non tanto in meri termini quantitativi, bensì, ancora una volta, qualitativi, al fine di apprezzarne le concrete conseguenze⁵⁷.

Mentre per le entità partecipate da una sola Amministrazione, come si è detto, il legislatore ha espressamente previsto che il controllo analogo possa essere esercitato indirettamente, una simile previsione manca nel terzo paragrafo

che l'Ente socio singolo deve essere «*in grado di governare e orientare discrezionalmente la vita della società*», mentre in caso di società pluricomunale, «*è indispensabile che gli enti locali, assieme alla partecipazione al capitale, apprestino ulteriori e specifiche misure di controllo, in modo che la società risulti effettivamente, a prescindere dalla quota di capitale singolarmente detenuta, lo strumento operativo di ciascun ente socio al fine dello svolgimento dei propri servizi pubblici*», eventualmente, secondo l'Autore, attraverso «*patti parasociali in forma di convenzione di diritto pubblico ai sensi dell'art. 30, d.lg. n. 267 del 2000*».

⁵⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2011 n. 1147; *Ibid.*, 24 settembre 2010, n. 7092; *Ibid.*, 11 agosto 2010, n. 5620; *Ibid.*, 26 agosto 2009, n. 5082; *Ibid.*, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514. In particolare, si è ritenuta conforme a tale requisito la situazione in cui, per soddisfare detti criteri, (i) viene introdotto un comitato di coordinamento, inteso come diretta espressione della popolazione degli enti locali, che partecipa alle riunioni dell'organo amministrativo ed esprime pareri da cui l'organo amministrativo può discostarsi solo con congrua motivazione, con diritto di nominare un componente (su sette) del comitato di coordinamento i comuni e i raggruppamenti di comuni che rappresentino almeno il 15% della popolazione residente; (ii) i firmatari del patto parasociale si impegnano a votare in assemblea, su questioni che riguardano i servizi prestati in uno specifico comune, in conformità alla volontà espressa dal comune direttamente interessato (T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 23 settembre 2013, n. 780). Si è invece esclusa la sussistenza del "controllo analogo" laddove uno degli Enti locali, non facendo parte dell'organismo di controllo della Società partecipata, resterebbe escluso dall'esercizio del "controllo analogo" (T.A.R. Toscana Firenze, Sez. II, 17 marzo 2010, n. 687).

⁵⁷ Sul punto si segnala la sentenza del T.A.R. Molise Campobasso, Sez. I, 24 giugno 2011, n. 411 che, in un caso di trasformazione della partecipazione pubblica da maggioritaria a totalitaria, ha sottolineato la necessità di valutare l'operazione sotto un profilo qualitativo, onde verificare le «*conseguenze giuridiche in ordine al controllo ed ai poteri dell'ente pubblico*». In dottrina cfr. L.R. PERFETTI, *La fusione di società affidatarie di servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CdS*, 7-8, 2005, para. 3, il quale analizza il diverso atteggiarsi dell'onere di gara nel caso di fusione tra società pubbliche, a seconda della composizione dei rispettivi capitali sociali, e del connesso problema del servizio affidato in via diretta, sottolineando proprio la possibilità che, a seguito di una fusione, possano venir meno i requisiti dell'*in house* (ivi para. 4).

laddove lo stesso chiarisce cosa si intende per controllo analogo in rapporto alle pluripartecipate. Vista la collocazione della norma, qualificata quale eccezione alla normale applicazione della Direttiva, il sentore è che si tratti di disposizione di stretta interpretazione e che quindi, quanto non sia espressamente detto, sia da escludere⁵⁸.

Considerate dunque le modalità attraverso cui si deve realizzare il controllo analogo in caso di compartecipazione di più enti, in sede di determinazione delle modalità di gestione del servizio, non solo si dovrà tener conto del fatto che le scelte più importanti devono restare in capo all'amministrazione, ma anche che nel fare ciò si dovrà trovare il consenso degli altri enti controllanti, pur se aventi partecipazioni solo minoritarie. E per di più saranno anche preclusi affidamenti diretti tra soggetti compartecipati dalle medesime amministrazioni, come invece consentito nella partecipazione "solitaria".

In conclusione, i paletti entro cui si può dire che sussiste una gestione internalizzata tramite affidamento *in house*, fanno emergere molteplici elementi che aggravano il ricorso a tale modello, specie se confrontata con un affidamento a terzi. Non può essere messo in dubbio che la determinazione con cui un ente intenda affidare ad un soggetto *in house* un servizio, dovrà necessariamente tener conto dei limiti e dei vincoli al potere di autodeterminarsi di questo, e quindi delle difficoltà che potranno emergere nell'esercizio del prescritto

⁵⁸ La giurisprudenza europea ha infatti da tempo chiarito in relazione all'applicazione delle Direttive in materia di affidamento dei contratti pubblici che «*qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va ... interpretata restrittivamente*», cfr. sentenza della Corte di giustizia in data 11 gennaio 2005, nella causa C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, punto 46. In particolare, nella sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2005, nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, in relazione ai requisiti dell'*in house* si legge al punto 63 che «*Trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto precedente debbono formare oggetto di un'interpretazione restrittiva*». In senso conforme anche la successiva giurisprudenza, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 2006, nella causa C-410/04, *ANAV*, punto 26: in ultimo cfr. sentenza dell'8 maggio 2014, in causa C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, punto 23. Di recente ha condiviso tale lettura anche l'Avvocato Generale Paolo Mengozzi, nelle conclusioni presentate il 23 gennaio 2014, causa C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, punto 44, il quale ha affermato che «*l'eccezione all'applicazione delle norme dell'Unione per gli affidamenti interni orizzontali possa essere ammissibile solo ove l'organismo che esercita il controllo analogo sui due soggetti, ossia l'amministrazione aggiudicatrice e il soggetto aggiudicatario, sia non solo lo stesso, ma eserciti il controllo analogo in maniera esclusiva su tali due soggetti. Ritengo pertanto che debba essere esclusa la possibilità di un'estensione dell'eccezione «in house» ai casi di operazioni di natura orizzontale concluse tra soggetti su cui un'amministrazione esercita un controllo analogo, quale definito dalla giurisprudenza in maniera congiunta con altre amministrazioni aggiudicatrici*».

controllo analogo, specie ove condiviso tra più amministrazioni.

3. *La responsabilizzazione dell'amministrazione in ordine tanto alla scelta quanto alla procedura di affidamento*

Un più generale condizionamento sul momento discrezionale volto all'individuazione del modello di gestione da adottare può essere poi ricondotto alle conseguenze che derivano dall'onere stesso di applicare le procedure europee di evidenza pubblica.

In proposito si può ricordare l'istituto della concessione di committenza⁵⁹, quale valido esempio di un istituto proprio della nostra tradizione giuridica, peraltro senza analoghi corrispondenti negli altri Stati membri, che si è dovuto piegare alle esigenze di omogeneità del sistema degli appalti pubblici⁶⁰.

⁵⁹ Tradizionalmente ricondotta al *genus* della concessione di opere pubbliche. In proposito basti qui ricordare che la stessa si ricollegava alla legge 24 giugno 1929, n. 1137 – anche se, come sottolineato da N. LUGARESI, *La concessione di servizi nella recente legislazione sui lavori pubblici*, in *Giur. It.*, 11, 1994, al quale si rinvia per una più approfondita ricostruzione storica, la figura della concessione di lavori era già stata prevista, pur limitatamente al settore ferroviario, già nella l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato f–. Sul fondamento di detta norma, nella prassi amministrativa, erano state individuate tre distinte forme di concessione: concessione di sola costruzione, concessione di costruzione e gestione, concessione di committenza. In merito a tale tripartizione ricavata dalla nozione di concessione di lavori, si veda G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario*, cit., pag. 581, e, tra i tanti, C. PIACENTINI, *La concessione di lavori pubblici dopo la Merloni-ter*, in *Urb. App.*, 4, 1999, para. 1; A. VALLA, *L'art. 19 della legge 109/1994 si applica anche alle concessioni ope legis*, in *Urb. App.*, 2, 1998, para. 1, e G. CONTE, *Nuovo riparto di giurisdizione dopo la legge Merloni bis*, in *Urb. App.*, 1, 1997, para. 1. Sottolinea che si trattava di «figure di concessione che non avevano un sicuro fondamento normativo» C. IANNELLO, *Deregulation e semplificazione delle procedure in materia di grandi opere: il controverso cammino dei principi comunitari e dei valori costituzionali*, in *Foro amm. TAR*, 3, 2003, para. 3.

⁶⁰ Sul punto si veda G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, cit., pagg. 1288–1289, secondo il quale «si pensi alla c.d. concessione di committenza, che ricadrebbe sicuramente nella nozione comunitaria di appalti di servizi, se non fosse stata sostanzialmente espunta dal nostro ordinamento dall'art. 19 della legge quadro sui lavori pubblici, che vieta l'affidamento a terzi delle funzioni proprie della stazione appaltante». Più di recente lo stesso Autore anche in *Incidenza del diritto comunitario*, cit., pag. 581. In tal senso anche *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, I Ed., Milano, 1997, pag. 581, secondo cui «l'incontro dell'istituto con il diritto comunitario comporta la sua equiparazione all'appalto le quante volte la concessione si presenti sganciata dalla gestione dell'opera fino al divieto di concessione di committenza (in cui il privato funge da sola stazione appaltante)»; M. MIOLA, *L'organizzazione di impresa degli appaltatori di lavori pubblici nella legge quadro*, in *Giur. comm.*, 2, 1995, para. 2. In altra prospettiva, N. PAOLANTONIO, *Giurisdizione esclusiva e tutela giudiziaria*, in *Foro Amm.*, 6, 2000, para. 6, ha evidenziato che non si poteva qualificare «come contenuto di un servizio pubblico, o, meglio, come servizio pubblico in sé e per sé considerato». Sulla esatta qualifica circa la natura della concessione di committenza, tuttavia, non v'è sempre stata unanimità di vedute, tant'è che il Consiglio di Stato, nel parere del 4 dicembre 1990, n. 192, l'aveva ricondotta al contratto di mandato,

Come noto, l'istituto permetteva al concessionario di sostituirsi all'amministrazione, in via tendenzialmente integrale⁶¹, in vista dell'esecuzione delle sole prestazioni di opera intellettuale funzionali alla realizzazione di un'opera pubblica, ma senza l'effettiva esecuzione materiale della stessa, che era invece appaltata dal concessionario a terzi⁶². In poche parole, il concessionario si limitava ad «*organizzare le cose*»⁶³.

Il Consiglio di Stato ritenne la concessione di committenza un «*istituto nel nostro ordinamento di generale applicazione*», ammissibile sul presupposto che «*non può negarsi che le esigenze tecniche ed organizzative degli interventi di competenza dello Stato sono andate via via modificandosi nel corso del tempo, richiedendo una serie di competenze e di capacità professionali che l'Amministrazione, seppur le ha mai possedute in passato, oggi sicuramente non possiede*»⁶⁴.

A livello comunitario, tuttavia, per superare le molteplici figure negoziali

piuttosto che al contratto di appalto, sul punto cfr. N. LUGARESI, *La concessione di servizi*, cit., para. 3. Per una più approfondita analisi della problematica si veda B. SPAMPINATO, *Sull'estensione della giurisdizione amministrativa agli atti del privato concessionario*, in *Foro Amm.*, 3, 1997, pag. 977 e ss..

⁶¹ Così N. LUGARESI, *La concessione di servizi*, cit., para. 2. Parla di sostituzione integrale anche A. VALLA, *L'art. 19 della legge 109/1994*, cit., para. 1. Nel medesimo senso anche F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. App.*, 10, 2000, para. 3, secondo cui «*in sostanza, l'amministrazione sostituisce a sé il concessionario nel ruolo di stazione appaltante*».

⁶² F. SATTA, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, in *Giur. It.*, 2, 1992, para. 7, aveva definito la concessione di committenza «*un contratto, diverso dall'appalto, molto più semplice e complesso al tempo stesso, con il quale l'Amministrazione intende procurarsi, ed il concessionario fornire, un'opera «chiavi in mano», riassumendo in un unico atto ed in un'unica complessa obbligazione dell'affidatario le innumerevoli prestazioni a tal fine necessarie*». Sul punto anche L. CARBONE, *Concessione di lavori pubblici*, in *Corriere Giur.*, 3, 1996, secondo cui rientravano nella nozione «*tutte quelle fattispecie in cui il concessionario di un'opera pubblica non eseguiva direttamente in proprio la costruzione stessa, ma la faceva eseguire a terzi soggetti, mentre si riservava di espletare tutti i compiti tipici di una stazione appaltante (quali la ricerca di finanziamenti, gli studi, la progettazione, gli espropri la direzione dei lavori, i collaudi etc.)*». Cfr. N. LUGARESI, *La concessione di servizi*, cit.. In proposito G.M. SIGISMONDI, *Concessione di opere e pubbliche forniture tra giurisdizione civile ed amministrativa*, in *Urb. App.*, 4, 1997, para. 1, aveva sottolineato che questa era l'unica figura concessoria che prevedeva l'ulteriore sub affidamento per la costruzione. In termini anche F. PACCIANI, *Le Sezioni Unite ritornano sull'art. 31-bis della legge Merloni*, in *Urb. App.*, 7, 1999, para. 1.

⁶³ L'espressione è di F. PACCIANI, *Le Sezioni Unite*, cit., para. 1.

⁶⁴ Parere del 4 dicembre 1990, n. 192. Si era mostrata tuttavia non del tutto in linea con tale orientamento la diversa giurisprudenza della Corte dei Conti, la quale aveva escluso la configurabilità di un *tertium genus* di concessioni (cfr. ad es. Corte dei conti, Sez. contr., 15 luglio 1983, n. 1370, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1983, II, 383), sul che si veda A. VALLA, *L'art. 19 della legge 109/1994*, cit., para. 2.

ibride sorte negli ordinamenti degli Stati membri, che rischiavano di favorire condotte elusive a discapito del principio della gara comunitaria⁶⁵, sul finire degli anni '80 si introdusse, con la direttiva 89/440/CEE, una nozione di appalto pubblico di lavori, affianco a quella di organismo di diritto pubblico⁶⁶, sufficientemente ampia da superare le controverse figure negoziali nazionali⁶⁷.

La concessione di committenza fu poi espressamente vietata anche dal legislatore nazionale⁶⁸. Andando forse oltre le esigenze imposte a livello europeo⁶⁹, si è espressamente vietato alle amministrazioni aggiudicatrici di «affida-

⁶⁵ Non mancò infatti chi ne sottolineò il carattere elusivo, cfr. G. MONTEDORO, *Il collegato infrastrutture*, in R. DIPACE; G. MONTEDORO (a cura di), *Gli appalti di opere*, Milano, 2003, pagg. 91–93, anche in *Il collegato infrastrutture e la legge obiettivo fra federalismo e diritto comunitario*, in *Urb. App.*, 1, 2003, para. 8. In termini P. SANTORO, *Ambito d'applicazione soggettivo ed oggettivo della legge quadro sui lavori pubblici rispetto alla disciplina comunitaria*, in *Foro amm. TAR*, 5, 2001, para. 16. A. BERTOLDINI, *Centrali di committenza*, in *Appalti Contratti Convenzioni*, Milano, 2008, pagg. 310–311 e *ibid.*, *Articolo 33 (Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza)*, in *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, pag. 367. Più prudenti sul punto F. PELLIZZER, *Verso una «nuova» figura concessoria non soggetta al diritto comunitario?*, in *Foro Amm.*, 11-12, 1996, para. 5; P. SANTORO, *Glossario italo-comunitario dei soggetti aggiudicatori degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 1999, para. 7; ed in particolare D. DI GIOIA, *I sistemi di realizzazione dei lavori pubblici*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 6, 1999, para. 4, secondo cui alla concessione di committenza «si è fatto ricorso in nome di non comprovati obiettivi di efficienza e senza la salvaguardia di pur minime esigenze di trasparenza».

⁶⁶ In dottrina si è infatti sottolineato che si tratta di nozione che ha contribuito al superamento della c.d. concessione di committenza, cfr. S. PONZIO, *Gli enti gestori di forme di previdenza obbligatorie come organismi di diritto pubblico*, in *Urb. App.*, 11, 2007, para. 1, che spiega che l'organismo di diritto pubblico «è istituto del diritto comunitario la cui introduzione è stata giustificata dalla necessità di contrastare una prassi, posta in essere da taluni paesi membri a fini elusivi, di ricorrere alla c.d. concessione di committenza La ratio ... pare potersi individuare nell'esigenza di evitare che mediante un soggetto, eventualmente con forma giuridica privata la pubblica amministrazione potesse continuare "a gestire il monopolio dei pubblici appalti"». In tal senso, più recentemente, anche S. SALVAGO, *La ripartizione della giurisdizione negli appalti pubblici. The breakdown of jurisdiction in public works contracts*, in *Giust. civ.*, 11-12, 2013, para. 28 secondo cui l'organismo di diritto pubblico è stato introdotto «per la necessità di evitare che le pubbliche amministrazioni, attraverso la costituzione di soggetti eventualmente con forma giuridica privata, o il ricorso alla c.d. "concessione di committenza", potessero continuare a gestire il monopolio dei pubblici appalti».

⁶⁷ In tal senso si veda F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione*, cit., para. 3, in linea con quanto già anticipato dall'Autore in *Il progetto di comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni*, in *Urb. App.*, 1, 2000, pag. 11.

⁶⁸ Come conferma la lettura sul punto offerta dalla giurisprudenza, cfr. *ex multis*, T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 13 febbraio 2012, n. 1398; T.A.R. Torino Piemonte, Sez. I, 26 marzo 2010, n. 1602; Corte Conti reg. Lombardia, Sez. giurisd., 10 luglio 2009, n. 476; Corte Conti reg. Lombardia, Sez. giurisd., 23 dicembre 2005, n. 804; AVCP, Deliberazione del 04 novembre 2004, n. 168. In dottrina, per tutti, N. LUGARESÌ, *La concessione di servizi*, cit., para. 2.

⁶⁹ Definisce così l'intervento del legislatore nazionale F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione*, cit., para. 3, anche in *Il progetto di comunicazione*, cit., pag. 11; G. SANTI, *Articolo 176 (Affidamento a contraente generale)*, in *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, pag. 1536.

re a soggetti pubblici o di diritto privato l'espletamento delle funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici»⁷⁰.

La conseguenza è che l'esercizio delle funzioni relative all'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica devono essere necessariamente esercitate dalla stazione appaltante. Il divieto, infatti, si traduce nell'impossibilità, per le *amministrazioni aggiudicatrici*, di trasferire a terzi l'esercizio dei poteri di matrice pubblicistica da esercitare nell'ambito delle suddette procedure. Ne deriva che, pur essendo possibile un apporto di tipo consulenziale da parte di soggetti terzi, l'Amministrazione non può venir meno ai propri compiti e deve, a tal fine, restare sempre alla guida della procedura selettiva⁷¹.

Le uniche eccezioni a detta regola sono offerte da quei casi istituzionalizzati in cui resta possibile "esternalizzare" le funzioni inerenti lo svolgimento

⁷⁰ Articolo 19, comma 3, della L. 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Merloni). Divieto poi esteso dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 ai «soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lett. b», ossia ai concessionari. Sul divieto posto dalla Merloni, tra i tanti si vedano, oltre al già citato G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, cit., pagg. 1288–1289, anche R. DE NICTOLIS, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sul riparto di giurisdizione in tema di appalti indetti da concessionari di opera pubblica*, in *Corriere Giur.*, 1, 1999, para. 2; D. DI GIOIA, *I sistemi di realizzazione dei lavori pubblici*, cit., para. 4; B. MAMELI, *La determinazione della natura giuridica del soggetto appaltatore e il riparto di giurisdizione*, in *Urb. App.*, 9, 1997, para. 5; G. CONTE, *Nuovo riparto di giurisdizione*, cit., para. 6. Tra i contributi più recenti, si veda E. ROBALDO, *La realizzazione di opere pubbliche con la partecipazione di capitale privato*, in *Urb. App.*, 2, 2005, para. 1, il quale sottolinea che con detto divieto è venuta meno ogni rilevanza circa la distinzione «tra le varie forme di concessione (concessione di committenza; concessione di sola costruzione; concessione di esercizio o di costruzione e gestione)». Il divieto di cui alla Merloni è stato poi trasposto nel d.lgs. del 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli Appalti), che ne ha generalizzato la portata. Dal combinato disposto degli articoli 32 e 33 del Codice discende infatti il divieto – per tutte le amministrazioni aggiudicatrici, per i concessionari di lavori pubblici, per le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza e per i concessionari di servizi – di affidare a soggetti terzi, pubblici o privati, l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici.

⁷¹ Sul punto, D. DI GIOIA, *I sistemi di realizzazione dei lavori pubblici*, cit., para. 4, interpretava il divieto di cui alla Merloni quale «regola generale per cui l'Amministrazione non può venire meno ai propri compiti istituzionali». In giurisprudenza si è ritenuto in tal senso conforme alle summenzionate norme il caso in cui la Stazione appaltante si sia avvalsa di una Società pubblica al fine di predisporre la documentazione di gara: «l'attività della Società incaricata è qualificabile come consulenza pura, avendo essa prestato un ausilio qualificato al soggetto investito della funzione di stazione appaltante: il Comune ... non ha dunque abdicato dal ruolo che istituzionalmente gli compete, ma si è semplicemente avvalso dell'esperienza e della competenza di un soggetto pubblico già attivo nello specifico settore per ricevere un ausilio utile ad affrontare una procedura selettiva complessa, esercitando i propri poteri di indirizzo e controllo in ogni fase dell'articolato iter ed assicurando la costante supervisione del lavoro svolto dall'affidataria», T.A.R. Brescia Lombardia, 26 aprile 2005, n. 372. In termini anche T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, 13 gennaio 2005, n. 97.

delle procedure di evidenza pubblica. Si tratta delle Centrali di committenza, dei servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) previsti dall'articolo 33 del Codice⁷², come pure in un certo senso dei contraenti generali⁷³. A cui si aggiunge il vero e proprio obbligo di esercizio congiunto di determinate funzioni istituito dal nostro legislatore per gli enti locali minori⁷⁴.

Ed è appena il caso di sottolineare che anche detti soggetti aggregatori sono naturalmente sottoposti al divieto di esternalizzazione, e devono perciò assolvere in prima persona all'onere di espletare la gara e di predisporre i relativi atti, secondo le necessità espresse dall'amministrazione "committente".

Semplificando quanto più possibile l'attuale quadro, si possono pertanto presentare due diverse situazioni. In determinati casi le amministrazioni procedenti possono avvalersi, per l'espletamento della gara, di un soggetto terzo, sia esso una Centrale di committenza, un'Unione di Comuni od un'altra figura tra

⁷²In riferimento alle Centrali di committenza, parla proprio di esternalizzazione, A. BERTOLDINI, *Centrali di committenza*, cit., pag. 312, anche in *ibid.*, *Articolo 33 (Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza)*, cit., pag. 368, secondo il quale «le centrali di committenza sono ora poste dal Codice degli appalti come terzo termine di riferimento per l'esternalizzazione dell'attività contrattuale pubblica attinente ai lavori di interesse generale». In senso analogo anche L. GIAMPAOLINO, *Un recente libro su "Il nuovo diritto degli appalti nella direttiva 2004/18/CE e nella l. Comunitaria n. 62 del 2005" di R. Garofoli e M.A. Sandulli ed il recepimento nel nostro ordinamento delle Direttive comunitarie nn. 17 e 18 del 2004*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1, 2006, para. 14, il quale si chiede «se, a seguito della prevista possibilità di costituire centrali di committenza e la possibilità che Amministrazioni aggiudicatrici possano realizzare le opere attraverso le centrali di committenza, si possa ripristinare ancorché in forma diversa, la concessione di committenza».

⁷³In tal senso C. IANNELLO, *Deregulation e semplificazione in materia di grandi opere*, cit., para. 4, il quale afferma che «L'istituto del contraente generale ... appare assimilabile a quello della concessione di committenza, almeno dal punto di vista funzionale: infatti, anche in tale fattispecie, come nella concessione di committenza, si prevede la completa sostituzione della pubblica amministrazione da parte di un soggetto privato, il contraente generale, il quale deve provvedere alla redazione del progetto definitivo, alla acquisizione delle aree medesime, alla progettazione esecutiva, all'esecuzione delle opere stesse oppure al loro affidamento a soggetti terzi. Ciò che differenzia le figure in esame dalla descritta concessione di committenza consisterebbe allora soltanto in una diversa qualificazione della relativa obbligazione, di mezzi per il concessionario di committenza, di risultato per il contraente generale».

⁷⁴Come noto, infatti, il novello comma 3 bis dell'articolo 33 del Codice degli Appalti prevede che «i Comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di lavori, beni e servizi nell'ambito delle unioni dei comuni di cui all'articolo 32 del decreto legislativo 15 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici, ovvero ricorrendo ad un soggetto aggregatore o alle province, ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56. In alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A., o da altro soggetto aggregatore di riferimento».

quelle ammesse o prescritte dal legislatore⁷⁵. Negli altri casi, laddove ciò non sia possibile, per rivolgersi al mercato l'Amministrazione dovrà provvedere essa stessa all'espletamento delle prescritte procedure, dotandosi di tutte le relative risorse all'uopo necessarie.

Va dunque considerato che l'esistenza e la disponibilità delle necessarie risorse e mezzi o, viceversa, la loro mancanza, possono già di per sé determinare un minimo condizionamento sulle successive determinazioni. Soprattutto, potrà venire in gioco, tra i vari fattori da considerare, la possibilità di avvalersi, o meno, di un soggetto aggregatore. Potrebbe infatti far propendere per l'internalizzazione la circostanza che l'amministrazione procedente, intesa in senso ampio, per l'acquisizione delle commesse funzionali all'erogazione del servizio da gestire, possa affidarsi ad un tale soggetto, così eliminando gli aggravii procedurali e di costi derivanti dalla necessità di predisporre autonomamente gli atti di gara e procedere alla selezione in prima persona. Specie laddove l'esternalizzazione finirebbe per svuotare dei loro compiti le preesistenti strutture interne dell'Amministrazione.

Il che potrebbe avere positivi risvolti, oltre che in termini strettamente economici, anche in relazione all'eventuale responsabilità verso terzi per le attività di selezione pubblica dei contraenti.

Si è visto, infatti, che il contesto normativo attuale impone che l'amministrazione procedente, intesa come quella che deve espletare *ex lege* la gara – sia essa la titolare del servizio od un soggetto aggregatore – resti responsabile degli atti adottati. Ciò significa che se l'amministrazione che svolge la procedura selettiva è anche titolare del servizio, questa finirà con l'essere responsabile verso i terzi per tutte le attività poste in essere, dalla decisione di rivolgersi al mercato, sino alla stipula del contratto (ed esecuzione).

Viceversa, ove la stessa si rivolga ad un soggetto aggregatore, la posizione dell'amministrazione che intende erogare il servizio può restare più defilata. In questo caso il riparto di responsabilità può essere effettuato ricordando la di-

⁷⁵ Si tratta, peraltro, di fattispecie affatto secondarie nell'attuale panorama nazionale, vista la spinta verso l'accentramento delle commesse che si registra negli ultimi interventi legislativi, essenzialmente per ragioni di finanza pubblica. Si veda in proposito l'articolo 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, che ha imposto ai «*Comuni non capoluogo di provincia*» di acquisire le commesse unicamente in forma aggregata.

stinzione tra il momento di scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione e successivo eventuale affidamento al mercato: da un lato v'è il soggetto che ha assunto la decisione di esternalizzare; dall'altro quello che in concreto ha svolto la procedura all'uopo necessaria. Se la responsabilità verso terzi discende da un vizio della gara, è responsabile verso i terzi quest'ultimo, il quale non pare che potrà rivalersi sull'ente affidante salvo dimostri che l'errore è dipeso da questo. Se invece la responsabilità nasce da un atto presupposto alla gara, o a questo successivo – come un ripensamento sull'opportunità di esternalizzare –, sarà responsabile l'ente titolare del servizio.

Anche sotto questo profilo, dunque, l'applicazione delle norme europee entra in gioco nella fase di selezione delle diverse soluzioni a disposizione dell'amministrazione. In questo caso assume rilievo l'analisi delle diverse modalità attraverso cui l'amministrazione, od una sua controllata, potrebbero rivolgersi al mercato per l'acquisizione delle risorse necessarie all'espletamento del servizio, o per l'individuazione del gestore stesso.

4. *Riflessioni di sintesi sul “livello interno”: il condizionamento nella scelta tra autoproduzione od esternalizzazione derivante e dalla necessaria governance pubblica nell'internalizzazione e dalle opzioni a disposizione dell'Amministrazione per rivolgersi al mercato*

Partendo da tali ultime considerazioni, in conclusione, dal quadro sul condizionamento interno emerge un generale divieto per le amministrazioni aggiudicatrici di esternalizzare le funzioni di stazione appaltante. Tale divieto, tuttavia, non è assoluto, ma conosce eccezioni rappresentate dalla possibilità di rivolgersi a quei soggetti aggregatori, quali le Centrali di committenza, che possono svolgere per più amministrazioni le attività di individuazione e selezione dei contraenti per alcune commesse pubbliche. Ma salvo il ricorso a detti soggetti, nei casi e per le commesse in relazione a cui ciò è consentito, le amministrazioni procedenti sono tenute, in caso decidano di esternalizzare, a svolgere esse stesse le necessarie procedure

Il che significa che l'Amministrazione, laddove debba decidere se esternalizzare o meno un servizio, deve anzitutto valutare quali sono le strutture a cui può rivolgersi nel caso scelga l'una o l'altra soluzione.

Nel caso dell'affidamento esterno, dovrà verificare se è già in grado di svolgere, tramite le proprie risorse, le necessarie procedure selettive, o se viceversa potrà affidarsi ad un soggetto aggregatore esterno, ovvero se dovrà predisporre tutti gli organi ed uffici interni necessari per lo svolgimento della gara, oppure ancora se, in ipotesi, non disponga già delle strutture che le permetterebbero di evitare il ricorso al mercato e che rimarrebbero prive di compiti in caso di esternalizzazione⁷⁶.

Per converso, laddove l'Amministrazione valuti la possibilità di autoprodurre, dovrà comunque verificare se i servizi *de qua* non siano già oggetto di gara indetta da un soggetto aggregatore a cui potrebbe rivolgersi, se non disponga già delle strutture che permetterebbero un'agile affidamento all'esterno e, soprattutto, quali vantaggi comporterebbe l'autoproduzione.

Tra le variabili da tener presente nel valutare la convenienza dell'internalizzazione si dovrà poi considerare anche che – sia che si decida di procedere attraverso strutture propriamente interne, sia che ci si avvalga di un affidamento *in house* – le scelte più rilevanti dovranno comunque essere adottate dall'amministrazione titolare del servizio. Si dovrà perciò valutare, in relazione alla complessità del servizio da espletare, se sia effettivamente possibile per l'amministrazione assumere tale ruolo, o se ciò non possa pregiudicare l'efficiente gestione laddove, per ipotesi, le competenze di un operatore economico privato avrebbero potuto meglio far fronte alle esigenze del servizio.

Anche perché, laddove si scelga la strada dell'internalizzazione, vi sono ulteriori penetranti vincoli da considerare, dei quali si deve a questo punto passare a parlare.

⁷⁶ Si è infatti ad esempio ritenuto in giurisprudenza che un'Amministrazione titolare di una Società *in house* «deve esternare le ragioni per le quali ritiene di non avvalersi della struttura domestica su cui esercita il cd. controllo analogo, rinunciando alla delegazione interorganica nei confronti di strutture sostanzialmente interne alla PA medesima, per esternalizzare il servizio mediante il più oneroso ricorso al mercato; quanto sopra, in doverosa applicazione dei principi di economicità e di trasparenza dell'azione pubblica», T.A.R. Abruzzo L'Aquila, Sez. I, 24 marzo 2011, n. 162.

IL CONFINE TRA AUTORPRODUZIONE E MERCATO:
I RAPPORTI CON L'IMPRENDITORIA PRIVATA
NELL'*IN HOUSE* E NELLE SOCIETÀ MISTE

1. *Lo sdoppiamento del ruolo dell'Amministrazione in prospettiva del confine tra sfera organizzativa pubblica e mercato*

Anche solo restringendo l'arco temporale di riferimento all'epoca della Repubblica, si è assistito ad un'importante evoluzione delle modalità attraverso le quali lo Stato è intervenuto nel mercato e che è andata ad incidere tanto sulla nozione di pubblica amministrazione, e del diritto che ad essa deve applicarsi, quanto sul ruolo dalla stessa assunto nei confronti dei cittadini-utenti¹.

Vi sono stati due processi paralleli e strettamente collegati. Da un lato, come si è detto, si è avuto un arricchimento a livello definitorio volto a far emergere il dato sostanziale ed in grado di superare quello formale. Dall'altro si è assistito ad un mutamento del ruolo giocato dai soggetti pubblici nell'ordinamento interno. In rapporto a quest'ultimo aspetto, in particolare, si è passati da un'amministrazione per atti e procedimenti ad un'amministrazione di risultato e per servizi². L'attività amministrativa non è intesa più, solo, quale

¹ Come dimostrano le riflessioni di B.L. BOSCHETTI, *Cittadino e utente*, in *Jus*, 1, 2003, la quale, nel rilevare «*la crisi dei classici modelli di osmosi degli interessi sociali nei luoghi formalmente deputati alla conflittualità democratica*», e le relative conseguenze sul sistema organizzativo e delle fonti, ha descritto come tutto ciò si sia «*riflesso nella posizione occupata dall'utente del servizio pubblico nell'ordinamento. L'utente, infatti, in quanto figura di razionalizzazione delle tensioni del sistema giuridico, subisce la mutevolezza del diritto*» (ibid., pag. 92).

² Tant'è che è sempre più diffusa la percezione delle funzioni quale prestazione di servizi, sul

mera esecuzione della legge in vista di un provvedimento finale, ma viene considerata nel suo complesso quale prestazione di un servizio in vista del soddisfacimento dei bisogni dell'utenza³.

Non è tuttavia stato sempre così. Per quanto il nostro ordinamento repubblicano sia di poco più vecchio dell'ordinamento europeo, e quindi il suo sviluppo economico ed industriale sia avvenuto pressoché di pari passo con quello dei Trattati, l'impostazione iniziale dell'Amministrazione, nei primi anni della Repubblica, era fedele alla tradizionale concezione dei pubblici poteri quali esecutori di funzioni pubbliche, secondo l'idea per cui anche l'erogazione di quelli che oggi sarebbero definiti come servizi di interesse economico generale dovesse realizzarsi per mezzo di atti espressione di potere pubblico⁴.

Ma, come si diceva, si è da tempo progressivamente passati ad una diver-

che cfr. ancora B.L. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, 2007, *passim*. Ma si tratta di fenomeno di portata ormai davvero ampia, tanto che si inizia ad affermare tale idea anche in rapporto alla funzione giurisdizionale. Sul che appaiono di particolare interesse gli studi condotti da E. CASTORINA, il quale ha di recente approfondito il tema inerente *La giurisdizione come "servizio" e il processo d'integrazione europea*, relazione tenuta nell'ambito dell'incontro «*La Giustizia Amministrativa come "servizio per il cittadino"*», organizzato nell'ambito delle attività della Cattedra Jean Monnet del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania, 2014. In proposito si veda anche il Discorso di M.E. SCHINAIA, *Relazione sulla giustizia amministrativa*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2007, ove lo stesso ha affermato che «*la giustizia è un servizio pubblico; un servizio per il cittadino*». In senso analogo anche il *Discorso di insediamento pronunciato dal nuovo Presidente del Consiglio di Stato dott. Pasquale de Lise il 22 settembre 2010*, in *I presidenti del Consiglio di Stato. Biografie e relazioni d'insediamento*, Milano, 2011, pag. 433, ove si legge che lo svolgimento della funzione deve corrispondere ad «*un impegno che ha un'unica stella polare; non quella dell'esercizio del "potere", bensì quella del "servizio" nei confronti di coloro per i quali la giustizia amministrativa opera*».

³ In proposito è di particolare interesse l'affermazione di B.L. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, cit., pag. XXI, secondo cui oggi «*l'amministrazione assolve al compito di orientare l'organizzazione verso risultati, anticipando le scelte che incidono sulla bontà del servizio in una fase antecedente a quella di organizzazione in senso stretto*». La prospettiva è senz'altro condivisibile ed anticipa in un certo senso, dall'opposta visuale dell'utenza, lo spirito del presente studio. Sulle complesse tematiche relative alla c.d. Amministrazione per servizi, e quindi alla centralità assunta dall'utenza, dal soddisfacimento di essa ed al passaggio da una mera tutela procedimentale ad una volta alla garanzia del risultato, si rinvia pertanto al citato testo di B.L. BOSCHETTI.

⁴ In tal senso R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, pag. 344, ove l'Autore riprendeva la tesi già esposta nell'opera monografica *Le prestazioni amministrative ai privati*, I Ed., Milano, 1946. Tesi tuttavia criticata da A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966, pag. 95. La prospettiva mutò poi gradualmente, come testimonia l'opera di F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, cit., pag. 184 e 185, il quale ancora parlava di carattere «*autoritativo*» del servizio pubblico, ma non più in quanto attività manifestazione di un potere autoritario, bensì in ragione dell'imposizione di una «*rigorosa disciplina ad una determinata attività, riconoscendo al soggetto agente il ruolo di materiale esecutore*», unitamente alla presenza dello Stato «*in ogni momento dell'esecuzione tramite il potere di controllo*».

sa lettura del ruolo dell'Amministrazione, superando l'idea della necessaria persistenza di un potere pubblico. La prospettiva è quella di mercato, ove le prestazioni a contenuto economico rese dall'Amministrazione sono qualificabili come veri e propri servizi, equiparabili a quelli resi di un qualsiasi operatore, anche sotto un profilo della disciplina applicabile⁵, e della tutela⁶.

Il dato risulta essenziale in quanto è proprio in relazione all'erogazione di quei servizi che vengono in gioco i principi e le norme europei. Laddove si deve considerare l'esercizio della funzione amministrativa non semplicemente quale attività provvedimentale, ma quale erogazione di un servizio (di rilievo

⁵ Quello così riassunto è fenomeno assai più complesso ed articolato di quanto brevemente descritto per il quale, non potendo approfondire l'analisi in questa sede, si rinvia alle ricostruzioni già offerte dalla dottrina, tra cui in particolare la fondamentale opera di S. CASSESE, *La nuova Costituzione Economica*, Bari, 1995, sia in chiave storico-ricostruttiva, che in prospettiva comunitaria, quanto per il quadro attuale sino agli anni '90. In proposito si vedano anche M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, cit., oltre alla già citata dottrina sulla Costituzione economica europea citata nel capitolo I. In chiave europea, si veda A. MONICA, *La Direttiva Bolkestein e l'obiettivo "mancato" di completare il mercato interno dei servizi*, in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2014, pag. 505, la quale ricollega il fenomeno anche all'erompere del principio di libera circolazione. Per un'analisi del ruolo della Corte Costituzionale, si vedano invece E. BOSCOLO, M. CAFAGNO, *Lo "Stato dispensatore": le prestazioni di servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in G. DELLA CANANEA; M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, pag. 85 e ss., i quali hanno sottolineato che «definitivamente tramontati i richiami alla specialità dell'amministrazione intesi quale premessa di altrettanti privilegi per i gestori pubblici ... si è ... giunti alla stagione del presente, nella quale i servizi pubblici sono ormai considerati attività di mercato, il ruolo del pubblico è tendenzialmente solo quello di regolatore-organizzatore (e non più di gestore diretto) ed all'utente sono riconosciuti autentici diritti» (ivi, pagg. 129-130).

⁶ Ha infatti sottolineato A. CORPACI, *Le linee del sistema di tutela degli utenti dei servizi pubblici*, in A. CORPACI (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003, pag. 15 e 18, che, se in passato «la tutela degli utenti dipendeva dalla natura pubblica del soggetto erogatore o, comunque, dallo stretto collegamento tra questo e un soggetto pubblico», in tempi più recenti si prevedendo «forme più pregnanti di tutela», che vanno ad articolarsi su tre livelli: il primo connesso al processo «di deburocratizzazione e aziendalizzazione degli apparati di erogazione e all'applicazione di logiche di mercato»; il secondo connesso «ai poteri che fanno capo alle autorità pubbliche preposte alla regolazione e al controllo»; il terzo, «che si radica nell'ordinamento generale e fa capo al giudice» (ivi, pagg. 25 e 26). Sul punto cfr. anche M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti*, cit., para. 1 e 11, la quale enfatizza particolarmente la necessità di superare lo schema classico «fase dell'organizzazione-interesse legittimo; fase della gestione-diritto soggettivo», e critica quindi «la previsione di due giurisdizioni in materia di rapporti individuali di utenza», in quanto determinante «un'ulteriore eccessiva pubblicizzazione del rapporto di utenza». Cfr. anche M. DELSIGNORE, *I rapporti individuali di utenza con soggetti privati secondo l'interpretazione della Corte di Cassazione. Nota a Cass. Sez. Un. Civ. 16 aprile 2004, n. 7265*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2004, pag. 1123 e ss., la quale ha peraltro sottolineato l'inadeguatezza dei tradizionali strumenti di tutela, data la posizione particolarmente debole dell'utente rispetto all'erogatore del servizio, cfr. *ibid.*, *Autorità di regolazione e mercato liberalizzato: osservazioni in merito alla tutela dell'utente. Il caso dell'Autorità per l'energia elettrica e per il gas*, in *Conc. merc.*, 10, 2002, pag. 357 e ss..

pubblico), i modelli organizzativi attraverso i quali ciò può – o deve – avvenire non possono (più) restare indifferenti ai vincoli del mercato unico ed ai principi concorrenziali.

Nel corso di tale processo v'è stata poi un'ulteriore trasformazione, dovuta anche alla spinta dell'Unione europea, che ha portato al passaggio da uno «*Stato imprenditore*», ad uno «*Stato regolatore*»⁷; il che ha determinato una rimodulazione delle figure organizzative utilizzate sia laddove

⁷ Sottolinea come tale passaggio sia stato influenzato in modo determinante dall'Unione europea, M. CLARICH, *Servizi pubblici*, cit., para. 1. L'Autore, riportandosi ad uno studio dell'Ocse, sottolinea in particolare come l'Italia fosse uno degli stati ove maggiormente si avvertiva la presenza dello Stato quale operatore economico, con negative ricadute sul mercato ed affermano quindi che tale fenomeno andò riducendosi negli anni '90 sia in ragione della crisi finanziaria, sia in conseguenza della più agguerrita politica della Commissione in tema di aiuti di Stato (ivi, para. 3.a). Sottolinea tale passaggio anche S. CASSESE, *La nuova*, cit., pag. 7 e *passim*, il quale, nell'individuare le fasi che hanno caratterizzato l'economia nazionale, parla di «*Stato imprenditore e pianificatore (o dell'economia mista)*» cui ha fatto seguito lo «*Stato del benessere (o Stato sociale)*». Del pari, anche F.G. COCA, *La Pubblica Amministrazione e la sua evoluzione*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III Ed., Torino, 2014, pag. 70, afferma che «*per l'influsso delle idee liberali rese preponderanti per opera delle Istituzioni europee, viene considerata superata la figura dello Stato imprenditore e viene affermato che lo Stato deve limitarsi a dettare le regole per il corretto sviluppo dell'economia: lo Stato diventa regolatore*», ed *ibid.*, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., pag. 22, secondo cui la trasformazione è stata dovuta principalmente all'impatto del diritto comunitario ed all'affermarsi del mercato pienamente aperto alla concorrenza. Gli accenni ed i contributi sono poi numerosissimi, ad esempio: F. CAPALBO, *Le società partecipate dagli enti pubblici: un problema di teoria generale*, in *Lexitalia.it*, 3, 2013, para. 1, secondo cui si è passati «*da uno Stato imprenditore ad uno Stato azionista e/o regolatore*»; F. ANGELINI, *L'iniziativa economica privata*, in F. ANGELINI; M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Napoli, 2012, pag. 125: «*dismesse le vecchie figure dello Stato imprenditore, oramai residuale, e dello Stato dirigista, si manifesta nei ruoli dello Stato regolatore*»; od ancora F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005, pag. 116 e ss., il quale dedica un intero paragrafo al passaggio «*Dallo "Stato imprenditore" allo "Stato regolatore"*», posto il rilievo che ha avuto nel settore elettrico, questa volta per evidente mano dell'Europa; parla di Stato «*gestore*» e poi «*regolatore*» anche M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, pag. 26, il quale sottolinea che l'attività regolativa «*è in grado di ricomprendere sia quella normativa, sia quella esecutiva*», ma che si pone comunque in alternativa al ruolo dello Stato quale «*gestore*» (ivi, pag. 27); A.L. SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, pag. 15 e ss., i quali dedicano il primo capitolo dell'opera al passaggio «*Dallo stato gestore allo stato regolatore*»; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni*, cit., para. 3: «*L'eclissi dello Stato imprenditore non poteva non portare con sé quella dello Stato programmatore o pianificatore. Lo Stato regolatore che dovrebbe subentrare a entrambi persegue finalità meno ambiziose, ma forse proprio per questo più concrete*»; A. PREDIERI, *Economia sociale di mercato nell'Europa di Maastricht*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 1995, pag. 10: «*lo Stato imprenditore viene sempre più depotenziato rispetto allo Stato regolatore, verso cui in Italia ci stiamo avviando*»; e, per concludere, ma gli esempi potrebbero continuare, S. CASSESE, C. FRANCHINI, *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, pag. 120, secondo i quali «*la riforma dei fondi di dotazione imposta dalla Comunità europea rende obbligato il passaggio da uno Stato imprenditore ad uno Stato che pone regole, ma non interviene direttamente nell'economia*».

l'Amministrazione ha mantenuto la sua veste di erogatrice di servizi, ma attraverso formule prettamente privatistiche⁸, sia laddove la stessa ha assunto la nuova funzione di regolatore⁹, in vista della quale è stata ad esempio introdotta la figura delle Autorità Amministrative Indipendenti¹⁰.

In un moto circolare, l'impronta dello Stato sull'economia è tornata ad essere di tipo autoritativo, ma in un'accezione del tutto rinnovata¹¹. Mentre, in

⁸ Basti in proposito solo accennare al fin troppo noto processo di riforma che, dall'ente pubblico economico, ha portato allo strumento societario.

⁹ Se pur, come avverte M. D'ALBERTI, *Lezioni*, cit., pagg. 176–177, «l'attività di regolazione dei mercati, secondo le teorie economiche, include anche la gestione di imprese pubbliche, che rientra nel concetto di public property e rappresenta la forma di più intensa ingerenza dei pubblici poteri nell'economica». Ma è lo stesso Autore a riconoscere che «recentemente, però, la tendenza — di economisti, sociologi e giuristi — è stata quella di distinguere tra gestione di imprese pubbliche, da un lato, e regolazione pubblica dei mercati, dall'altro» (*ibid.*). In tale ottica, anche L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, cit., para. 1, la quale afferma che «la scelta di costituire una società pubblica, che in origine si giustificava anche con la volontà di porre uno schermo e una distanza grazie, appunto, alle norme privatistiche fra la politica e l'economia, oggi è al contrario spesso finalizzata ad estendere l'influenza della politica su aree che per ragioni diverse dalla tutela della concorrenza ai vincoli alle assunzioni nelle amministrazioni le sarebbero sottratte».

¹⁰ Sul fenomeno delle Autorità Amministrative Indipendenti, loro nascita, evoluzione ed inquadramento, si veda l'ancora attuale testo di A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Antella-Firenze, 1997; riassuntivamente, R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000, pag. 15, spiega che «nel quadro di una generale revisione del modello di regolamentazione, scopo dell'istituzione di questi organismi di settore, dotati di poteri di controllo e di vigilanza, è quello di separare l'attività del regolatore da quella del regolato, conferendo al primo un ampio potere di autonomia che consenta di svolgere analisi obiettive, di non favorire posizioni di privilegio e di risolvere eventuali conflitti tra i gestori dei servizi e gli utenti dei medesimi». Sul punto si vedano anche i più recenti contributi di G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 2010; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, II Ed., Torino, 2009; M. POTO, *Le Autorità di vigilanza sul mercato mobiliare. I custodi incustoditi*, Napoli, 2008; M. ANTONIOLI, *Concorrenza*, cit., pag. 1042 e ss.; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica: tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; P. CAVALERI, G. DALLE VEDOVE, P. DURET (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova, 2003.

¹¹ Il fenomeno è stato notato da più parti, ad esempio si veda M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, cit., pag. 87, secondo cui si è assistito alla «attenuazione degli aspetti di autoritatività, principalmente connessi ai compiti dello stato sociale, ad un loro recupero nel passaggio dallo stato imprenditore allo stato regolatore». Ma sul punto anche, S. CASSESE ha sottolineato che «il passaggio da uno Stato prevalentemente imprenditore a uno Stato prevalentemente regolatore» rappresenta in realtà un paradosso, in quanto l'arretramento dello Stato su un fronte «si accompagna con l'avanzamento, producendo, alla fine, una ricomposizione dello Stato», in *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2000, para. 4, ed *ibid.* in *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 1996, *passim*. Il fenomeno, peraltro, è stato accompagnato anche da una pari evoluzione della normativa, la quale, come sottolinea E. FERRARI, *La disciplina dei servizi a rete e la dis-*

tempi ormai lontani, la funzione consisteva nell'erogazione del servizio pubblico, oggi la potestà pubblica si pone al di sopra del mercato, per regolarne il corretto svolgimento¹². Il che implica il passaggio ad un potere strettamente vincolato dalla legge al perseguimento di precisi fini, a garanzia del diritto d'impresa e del suo libero svolgimento¹³.

È in questo senso che emerge quello che si può definire uno sdoppiamento dei ruoli dell'Amministrazione: da unitario centro di cura degli interessi tramite strumenti di tipo autoritativo, si sviluppa una doppia anima, l'una esterna e l'altra interna al mercato¹⁴.

La prima, che si pone al di sopra delle imprese, opera principalmente con gli strumenti propri dell'*agere* pubblico, atti e provvedimenti *in primis*, e condiziona, in vario modo, le dinamiche economiche senza tuttavia prendervi direttamente parte. Per fare un esempio, senza addentrarci nel complesso intreccio di competenze pubbliche che possono in vario modo influenzare il mercato¹⁵, basta pensare al semplice ruolo che i soggetti pubblici assumono quali

soluzione della figura dei servizi pubblici, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa: concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano, 2000, pagg. XII–XIII, a seguito delle privatizzazioni degli anni '90, non è affatto diminuita, ma anzi si è fatta più «ampia ed abbondante», se pur qualitativamente differente, così che, secondo l'Autore, «la privatizzazione dei servizi non ha prodotto la de-regolazione degli stessi, ma ha richiesto e richiede una loro ri-regolazione».

¹² Si è infatti notato, nello studio del settore delle telecomunicazioni, che la casistica riscontrata nei primi anni di liberalizzazione ha dimostrato «che senza regole la liberalizzazione non produrrebbe alcun effetto di reale apertura del mercato», cfr. E. BOSCOLO, *Le telecomunicazioni in Italia alla ricerca della concorrenza*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa: concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano, 2000, pag. 254.

¹³ In tal senso M. CLARICH, *Servizi pubblici*, cit., para. 5, il quale, precisamente, afferma che «Il senso generale dell'evoluzione consiste nel passaggio da un sistema nel quale il diritto d'impresa era sovrastato da poteri di conformazione pubblici pressoché illimitati a un sistema nel quale è il potere di conformazione a essere a sua volta rigidamente conformato dalla legge in funzione di garanzia del diritto d'impresa».

¹⁴ Se pur nell'ambito delle ben circoscritte finalità della disciplina di riferimento, anche la Commissione europea ha parlato di tale duplice posizione delle autorità pubbliche all'ottavo considerando della Direttiva 2006/111/CE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese, ove viene sottolineata la necessità di «distinguere chiaramente fra il ruolo dello Stato in quanto potere pubblico ed in quanto proprietario [di un'impresa pubblica, n.d.a.]». Sul punto si tornerà più approfonditamente nel corso del capitolo V.

¹⁵ Il fenomeno, infatti, si compone di una moltitudine di fattori difficilmente riassumibili in modo efficace a fini esplicativi. Sul che, si rimanda all'ancor oggi attuale ricostruzione di A. PREDIERI, *Economia sociale di mercato*, cit., para. 11, secondo il quale «il governo dell'economia, nel senso che abbiamo chiarito, non solo respinge la pretesa di regolazione onnicomprensiva che abolisca le decisioni decentrate individuali e imprenditoriali (alla quale nessuno ha pensato nel nostro ordinamento), ma si limita a scelte di fondo pertinenti

Stazioni appaltanti. La seconda, viceversa, entra nel mercato quale operatore economico e, nei mercati liberalizzati, lo fa al pari di qualsiasi altra impresa, quale «*soggetto tra i soggetti*»¹⁶, secondo gli schemi privatistici ammessi dall'ordinamento.

Il che si riflette sul momento discrezionale in cui deve essere scelto il modello di gestione da adottare: l'Amministrazione, nella sua veste autoritativa, dovrà decidere se mettere le vesti dell'operatore economico o se affidarsi al mercato. In tale prospettiva, per identificare il confine che, in ottica europea, separa ciò che può essere considerato come attività internalizzata o, viceversa, deve essere qualificato come mercato, offrono validi elementi di analisi l'*in house* e le società miste, in rapporto alle questioni inerenti la partecipazione dei privati e la possibilità quindi di un affidamento diretto¹⁷.

2. *Il problema della partecipazione privata nell'in house quale indice della necessaria separazione della guida pubblica dagli interessi privati nell'autoproduzione*

Tra i requisiti dell'*in house* cui si è accennato nel precedente capitolo, si può qui evidenziare che, rispetto al passato, nelle nuove Direttive ha assunto autonoma rilevanza la questione della partecipazione privata nella compagine

allo Stato e da effettuare con gli strumenti del diritto, con le scelte del bilancio e con le determinazioni legislative di politiche che sono compatibili con il quadro dell'economia di mercato».

¹⁶ Per dirla con l'espressione di L. CARROZZA, F. FRACCHIA, *Nota a Consiglio Di Stato, Sezione VI, Decisione 01 aprile 2000, n. 1885*, in *Foro it.*, III, 2001.

¹⁷ In prospettiva non dissimile R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., para. 2, per cui l'*in house* rappresenterebbe quel confine «*dell'organizzazione pubblica*» che segna il «*limite alle regole di concorrenza imposte dall'Unione europea*»; in senso sostanzialmente analogo v. anche C. IAIONE, *Le società in house*, cit., pag. 120, che parla di «*perimetro entro cui non si è in presenza di un ricorso al mercato, ma di un'ipotesi di "autoproduzione"*»; F. FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche»*, cit., para. 4; S. COLOMBARI, *Delegazione interorganica*, cit., para. 1; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. affidamenti in-house*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2004, pagg. 983-984; G. BASI, *Le determinanti del controllo analogo*, cit.; M. MAZZAMUTO, *Brevi note*, cit., para. 1, analizzando l'evoluzione dalla giurisprudenza nazionale sull'organo indiretto sino all'elaborazione dell'*in house* comunitaria, pone l'accento sul «*rapporto strumentale-funzionale*» sussistente tra Amministrazione ed entità controllata. In prospettiva diversa si pone invece R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 3, secondo il quale l'autoproduzione si giustifica in ragione della norma in base alla quale le Direttive appalti non si applicano laddove l'affidamento sia effettuato in base a un diritto esclusivo, individuando quest'ultimo nel «*controllo che l'amministrazione affidante esercita sul soggetto gestore del servizio*».

sociale. La presenza di soci privati è oggi espressamente ammessa al ricorrere di un triplice ordine di requisiti, cumulativi: che non sia comunque riconosciuto alcun controllo o potere di veto; che la partecipazione sia imposta dalla legislazione nazionale in linea con i Trattati; che sia esclusa la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata dall'Amministrazione¹⁸.

Si tratta di apertura certamente interessante, considerato che fin dalla nota sentenza *Stadt Halle* la Corte di giustizia aveva viceversa affermato che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche un'Amministrazione pubblica esclude in ogni caso che quest'ultima possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi¹⁹. Si era affermato, nella prevalente giurisprudenza europea, in senso pressoché unanime, il principio secondo cui una società mista, ossia compartecipata tra privati e pubblici, non possa costituire un soggetto *in house*.

Né, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale europeo (e nazionale), potrebbe essere qualificata come *in house* un'entità il cui capitale, anche solo potenzialmente, sia aperto alla futura partecipazione privata²⁰. La *ratio*

¹⁸ Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1, lett. c) per tutti, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.

¹⁹ Corte di giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, punto 49. Sul punto diversa posizione aveva invece espresso l'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl nelle proprie conclusioni presentate in data 23 settembre 2004, in cui aveva espressamente ritenuto che «*in linea di principio, il coinvolgimento di imprese private non comporta alcun pregiudizio*» (punto 70). Sul punto si è commentato che, di conseguenza, «*la problematica dell'individuazione in capo al socio amministrazione pubblica di concreti poteri di «controllo» analogo è subordinato all'elemento teologico degli obiettivi perseguiti*», F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house*, cit., para. 4. Sul punto si veda anche Corte di giustizia, 18 gennaio 2007, nella causa C-220/05, *Auroux*, punti 62-64. In senso analogo anche Corte di giustizia, 6 aprile 2006, nella causa C-410/04, *ANAV*; Corte di giustizia, 8 aprile 2008, C-337/05, *Commissione / Italia*.

²⁰ Sentenza del 6 aprile 2006, in causa C-410/04, *ANAV*, punti 30-33. Anche nella sentenza del 21 luglio 2005, nella causa C-231/03, *Coname*, la Corte di giustizia aveva espressamente affermato che l'apertura della Società «*al capitale privato, [...] impedisce di considerarla come una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte*» (punto 26). Posto che la possibilità di subentro da parte dei privati è condizione immediatamente verificabile al momento dell'affidamento attraverso la disamina delle previsioni regolanti la fattispecie concreta, e non rappresenta, pertanto, una valutazione speculativa sull'assetto societario futuro, quanto piuttosto un'analisi delle concrete possibilità di apertura al capitale privato, tale soluzione non pare smentire la regola secondo cui «*occorre in generale esaminare l'eventuale obbligo per l'autorità aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione*»,

è di agevole individuazione: laddove si ritenesse integrato il requisito del controllo analogo in una situazione in cui, successivamente all'affidamento senza gara, soggetti privati possano entrare nel capitale della partecipata, si permetterebbe di pervenire, nella sostanza, ad un affidamento diretto a soggetti privati, così aggirando le norme in materia di evidenza pubblica²¹.

Poco importa, invece, se la partecipazione esclusivamente pubblica debba sussistere *ab origine*, o possa essere integrata anche solo all'atto di affidamento diretto²². Nella sentenza *Stadt Halle* la Corte ha chiarito che ciò che conta è che la guida della società deve essere esclusivamente pubblica in quanto, mentre alla partecipazione pubblica corrispondono (*rectius*, dovrebbero corrispondere) esclusivamente considerazioni ed esigenze collegate ad obiettivi di interesse pubblico, l'investimento privato risponde di norma a logiche privatistiche, atte a porsi in conflitto con dette ragioni pubblicistiche²³.

Corte di giustizia, 10 novembre 2005, nella causa C-29/04, *Commissione / Austria*, punto 38. Senza comunque contare che, secondo detta pronuncia, in determinate situazioni è pur sempre possibile prendere «*in considerazione avvenimenti successivamente intervenuti*» (*ibid.*). Conforme, in senso unanime, anche la giurisprudenza italiana, secondo cui è necessario che lo statuto dell'entità partecipata non preveda, nemmeno astrattamente, la possibilità di cessione, anche solo parziale, ai privati, *ex multis*: Consiglio di Stato, Ad. Plen., 03 giugno 2011, n. 10; *Ibid.*, Sez. V, 28 luglio 2011, n. 4527; *Ibid.*, 03 febbraio 2009, n. 591; *Ibid.*, 22 aprile 2004 n. 2316; *Ibid.*, 13 luglio 2006 n. 4440; *Ibid.*, 30 agosto 2006 n. 5072; *Ibid.*, Sez. VI, 1 giugno 2007 n. 293.

²¹ In tal senso le conclusioni dell'Avvocato Generale L.A. Geelhoed presentate il 12 gennaio 2006 nella causa *ANAV*, punti 20 e 29 in particolare.

²² In proposito si è ritenuto legittimo un affidamento diretto ad una Società privata che sia intervenuto in data anteriore alla successiva acquisizione totale, e con ampi poteri di gestione e direzione, della stessa, cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 06 ottobre 2011, n. 1396. In modo analogo il Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679 aveva ritenuto legittimo, *ex post*, un affidamento *in house* alla luce del sopravvenuto articolo 113, comma 5, T.U.E.L., scelta criticata da R. URSI, *Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento «in house» di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, 5° comma, lett. c), del testo unico sugli enti locali*, in *Foro it.*, III, 2004, pag. 196, secondo cui, oltre a difettare nel caso di specie comunque i requisiti dell'*in house*, veniva così violato il principio *tempus regit actum*, attraverso una sorta di «*sanatoria giurisprudenziale*». In tale circostanza, infatti, i giudici amministrativi hanno ritenuto che la delibera di affidamento diretto fosse implicitamente subordinata a condizione sospensiva fintanto che non fosse stata integrata l'acquisizione. In senso contrario si era affermato, già in data anteriore alla citata pronuncia, che «*la fonte del controllo deve già rinvenirsi, gioco-forza, al momento dell'emanazione degli atti che precedono l'affidamento, predeterminando così la futura, totale subordinazione del soggetto affidatario al potere pubblico: in altri termini, il controllo deve giustificare l'affidamento futuro ex ante e non ex post*», M. GIORGIO, *L'affidamento*, cit., para. 5.

²³ Sentenza *Stadt Halle*, cit., punto 50. Tale posizione è stata di recente confermata nella sentenza del 19 giugno 2014, nella causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, in cui la Corte ha avuto modo di chiarire che le conclusioni raggiunte nella sentenza *Stadt Halle* non si fondano «*sulla forma giuridica degli enti privati facenti parte dell'entità aggiudica-*

In senso contrario rispetto al granitico indirizzo della giurisprudenza europea, si registra solo una dissonante pronuncia, a quanto consta del tutto isolata²⁴, che ha ritenuto legittimo un affidamento *in house* a favore di una società compartecipata da privati. Ma il contrasto, alla luce della motivazione di cui alla citata sentenza *Stadt Halle*, è più formale che sostanziale: i Giudici europei hanno ritenuto che i privati non potessero influenzare il processo decisionale della società in misura tale da far venire meno il controllo analogo e che, pertanto, detta partecipazione non fosse rilevante ai fini della qualificabilità, o meno, del rapporto come interno all'Amministrazione²⁵.

In questa prospettiva, non stupisce allora che le nuove disposizioni abbiano ammesso, tanto per i casi di controllo individuale, quanto per l'*in house* pluripartecipato, la presenza di capitali privati nella compagine sociale. Tale possibilità resta subordinata alla circostanza che il socio privato non possa in alcun modo influire sul processo decisionale pubblico, come dimostra il triplice ordine di requisiti, cumulativi, all'uopo previsti.

Ne deriva che la novella, pur ponendosi in parziale deroga rispetto alla giurisprudenza assolutamente prevalente – e come tale comporterà presumi-

catrice e neppure sulla finalità commerciale di essi, ma sul fatto che tali enti privati seguivano considerazioni inerenti ai loro interessi privati, che erano di natura diversa da quella delle finalità di interesse pubblico perseguite dall'amministrazione aggiudicatrice » (p. 36), chiarendo che tali conclusioni restano valide anche nel caso i soci privati siano enti caritatevoli senza scopo di lucro, in quanto gli interessi di cui sono portatori, « *per quanto apprezzabili da un punto di vista sociale, sono di diversa natura rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dalle amministrazioni aggiudicatrici* » (p. 39). Sull'irrilevanza del dato lucrativo, in dottrina, F. ASTONE, *La nuova funzione*, cit., pag. 332, aveva già da tempo affermato che nell'*in house* lo scopo lucrativo è sostituito « *dallo svolgimento di determinate fasi del processo produttivo-erogativo dei rispettivi enti* ».

²⁴ Tant'è che in dottrina si è citata tale sentenza proprio per sottolineare come a volte l'altalenare della giurisprudenza europea si traduca in un « *moltiplicatore di incertezze, piuttosto che un parametro di riferimento saldo e chiaro* », cfr. F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario*, cit., pag. 72.

²⁵ Cfr. sentenza del 17 luglio 2008, nella causa C-371/05, *Commissione / Italia*, ove la Corte di giustizia ha ritenuto che « *la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. ... Circostanze particolari, segnatamente qualora risulti che l'apertura del capitale dell'ente interessato a soci privati era prevista sin dall'assegnazione del suddetto appalto pubblico, possono, di certo, richiedere che sia presa in considerazione la partecipazione effettiva di detti soci intervenuta successivamente a tale assegnazione ... Tuttavia, nella fattispecie, è giocoforza constatare che la Commissione non è riuscita a fornire la prova dell'esistenza di tali circostanze particolari* », punti 29 e 30.

bilmente un pur minimo *revirement* giurisprudenziale²⁶ – in ottica europea non sorprende più di tanto alla luce della motivazione che il legislatore europeo stesso ha dichiaratamente posto a fondamento di tale disposizione: «*tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati*»²⁷: in un contesto in cui un soggetto pubblico è in grado di esercitare un controllo tale per cui si può ritenere che l'entità partecipata costituisca sostanzialmente una propaggine dello stesso, e perciò l'affidamento diretto a quest'ultima non costituisce ricorso al mercato, la novella si limita a statuire che non assume alcuna rilevanza l'eventuale partecipazione di un privato che non sia comunque in grado di influire in alcun modo su detto controllo²⁸.

Il che significa anche, riprendendo quanto affermato dalla Corte nella citata sentenza *Stadt Halle*, che una volta che si sia garantito che il socio privato non possa influire sul processo decisionale dell'entità *in house*, viene meno il rischio che le esigenze collegate ad obiettivi di interesse pubblico, che corrispondono (*rectius*, dovrebbero corrispondere) alla partecipazione pubblica, vengano “inquinare” dalle logiche privatistiche²⁹.

²⁶ In tal senso l'Avvocato Generale Paolo Mengozzi nelle conclusioni presentate il 27 febbraio 2014, nella causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, secondo il quale la nuova disposizione non è da escludersi che «*possa, in taluni casi specifici, portare ad un'interpretazione differente da quella fondata sullo stato attuale del diritto*» (nota 24).

²⁷ Cfr. considerando 46 e 32, paragrafo 2 per tutti, rispettivamente della Direttiva Concessioni e di quella relativa agli appalti nei settori ordinari. Nonostante l'omissione, pare che il considerando, stante l'identità delle norme, possa valere anche in rapporto alla Direttiva nei settori speciali.

²⁸ Altra questione diviene, a questo punto, la necessità, o meno, di una gara per la scelta del socio privato secondo le modalità consentite dalle nuove Direttive. Si tratta, tuttavia, di questione che va certamente oltre lo scopo del presente studio e sul quale vale perciò solo la pena dire che, oltre a quanto di volta in volta previsto dalla legislazione nazionale, pare doveroso che anche tale selezione sia conforme ai principi di cui alla sentenza della Corte di giustizia del 15 ottobre 2009, nel procedimento C-196/08, *Acoset*, su cui si tornerà a breve.

²⁹ Tale era il presupposto sulla base del quale, a partire dalla sentenza *Stadt Halle*, cit., punto 50, si è sempre esclusa la possibilità di partecipazioni private nel capitale di un soggetto *in house*. Difatti, in dottrina F. ASTONE, *La nuova funzione*, cit., pag. 332, ha rilevato come nell'*in house* lo scopo lucrativo è sostituito «*dallo svolgimento di determinate fasi del processo produttivo-erogativo dei rispettivi enti*». Si noti peraltro che la prospettiva oggi assunta dal legislatore europeo non è nuova, ma era già stata anticipata in dottrina, cfr. C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, cit., para. 8, secondo il quale la mera presenza di un privato, pur introducendo un elemento di differenziazione nel capitale sociale, per ciò solo non può dirsi sempre e comunque in grado di sovvertire la normale formazione della volontà sociale, che resta pur sempre corrispondente a quella della maggioranza. L'Autore aveva in particolare affermato che «*d'altro canto, se così non fosse, le strutture societarie non potrebbero funzionare in quanto, comunque, la presenza di un soggetto in minoranza non potrebbe garantire l'affermarsi della volontà della maggioranza*».

La novella conferma dunque il carattere che deve assumere il controllo pubblico³⁰: affinché si possa parlare di *in house*, non può essere messa in discussione la guida esclusivamente pubblica³¹, come già era emerso nel corso del precedente capitolo.

Dunque, ricollegandoci a quanto ivi esposto circa la necessità che nel modello *in house* la guida della gestione resti in capo all'ente controllante, può confermarsi che, alla luce del quadro giurisprudenziale europeo e nazionale e degli ultimi apporti del legislatore europeo, per poter parlare di gestione pubblica internalizzata, vi deve essere una rigida separazione della sfera decisionale pubblica da quella privata. Anche laddove è eccezionalmente ammessa la compresenza di soggetti pubblici e privati, la partecipazione di questi ultimi, sotto un profilo decisionale, è di fatto svuotata a favore dell'Amministrazione e non può pertanto mai tradursi in una deroga alla rigorosa *governance* pubblica.

3. *La società mista quale modulo organizzativo volto alla cooperazione tra pubblico e privati*

Strettamente legata all'evoluzione del modello *in house* è la nozione di società mista³². Questa presuppone per definizione la – e trova la propria ragion d'essere nella – compartecipazione di soggetti privati e pubblici nella medesima entità giuridica, al fine di esercitare congiuntamente un'attività economica avvalendosi delle rispettive risorse e competenze³³.

³⁰ Si è infatti identificato il tratto specializzante dell'*in house* proprio nel far coincidere l'interesse sociale con quello pubblico, evitando la «proliferazione» di altri interessi ulteriori all'interno dell'impresa sociale: F. FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche»*, cit., para. 3. Sul punto anche L.R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., para. 6.3, il quale afferma che le «determinazioni [del soggetto *in house*, n.d.a.] non sono quelle di un normale operatore di mercato, ma - sia pure indirettamente - quelle dell'ente affidante».

³¹ Si noti, affinché si possa parlare di *in house*: il discorso lascia del tutto impregiudicata la diversa questione sulla possibilità di perseguire interessi pubblici attraverso forme imprenditoriali, per mano tanto di soggetti pubblici quanto privati, anche perché, sotto un profilo europeo, si è già detto che imprenditoria privata e pubblica, ai sensi dell'articolo 345 TFUE, sono ugualmente ammissibili.

³² In tal senso M. CLARICH, *Le società miste*, cit., para. 2. In proposito anche F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, cit., pag. 659, afferma che gli elementi costitutivi della società mista possono essere definiti *a contrario* sulla base di quelli caratterizzanti le società *in house*.

³³ Tra i tanti sul tema, si segnalano per tutti S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012; G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009; R.D. NICTOLIS, L. CAMERIERO (a cura di), *Le società pubbliche in house e miste*, cit..

Giova anzitutto premettere che nel trattare delle società miste e, quindi, delle modalità attraverso cui la scelta del socio privato dovrebbe avvenire, in questa sede ci si limiterà ad analizzare come, in un'ottica europea, si possa (e debba) procedere qualora l'intenzione dell'Amministrazione sia di affidare direttamente il servizio all'entità partecipata³⁴. Esula dall'ambito di indagine la diversa ipotesi circa le modalità di scelta del socio privato laddove non vi sia alcun affidamento diretto. Si tratta infatti di problema che poco interessa in una prospettiva europea³⁵, venendo in gioco in tal caso limiti all'attività imprenditoriale degli enti pubblici di matrice nazionale.

Ciò detto, per quanto qui interessa, si può partire dalla pacifica premessa che uno degli elementi essenziali e costitutivi delle società miste è la compresenza di capitale pubblico e privato nella compagine sociale³⁶. Come noto, il fenomeno si iscrive nel più ampio ambito delle forme di collaborazione tra

³⁴ Con la precisazione che, a stretto rigore, laddove una gara vi sia, per la scelta del socio o per l'affidamento del servizio, un affidamento diretto nel senso pieno del termine comunque non ci sarebbe, come sottolinea M. DUGATO, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, pag. 223, in linea con l'idea dell'Autore, di cui si tornerà a breve che, in realtà, con la società mista si realizza un vero e proprio modello di esternalizzazione (v. *infra*, n. 74).

³⁵ Infatti, si tratta di questione in merito alla quale, come affermato da S. VALAGUZZA, *Società miste*, cit., pag. 160, non pare risolutiva la prospettiva adottata dalla Corte di giustizia, preoccupata piuttosto «di evitare che la costituzione di una società mista (con conseguente affidamento diretto) possa provocare un fenomeno elusivo alle regole della concorrenza» (*ibid.*). Si rinvia pertanto sul punto all'approfondita ed esaustiva indagine ivi svolta dall'Autrice citata. In proposito appare di particolare interesse quanto osservato da M. DUGATO, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., pag. 216: anche per le società miste – così come già avvenne per gli appalti ove l'interesse protetto, dall'individuazione della migliore offerta per la pubblica amministrazione, passò con l'intervento dell'Europa, alla tutela del mercato – «l'interesse pubblico e le ragioni della soddisfazione di questo interesse pubblico non sono il primario elemento di valutazione della società ma questo diviene oggi il sistema concorrenziale: le società miste, al pari degli appalti, sono viste come un'occasione di profitto per un socio (oggi gestore) e l'interesse pubblico rappresenta semmai un elemento eccezionale di deroga solo per determinati profitti».

³⁶ Giova fin d'ora precisare che nell'ambito del presente paragrafo si tratterà solo delle società miste, tralasciandosi la nozione di società strumentale. Le due nozioni mirano, infatti, a descrivere due diversi modi di essere delle società, dovendo intendersi per società strumentali solo quelle «destinate a produrre beni e servizi finalizzati alle esigenze dell'ente pubblico partecipante», indipendentemente dalla compagine sociale, mentre ciò che caratterizza le società miste è la partecipazione pubblico-privata al capitale, «esercitat[a] secondo modelli paritetici, in cui il ruolo degli enti territoriali corrisponde a quello di un azionista di una società per azioni», Consiglio di Stato, Ad. Plen., 04 agosto 2011, n. 17.

pubblico e privato³⁷, tema peraltro di particolare attualità, avendo caratterizzato molte delle riforme degli ultimi anni in tema di partecipazioni pubbliche³⁸, anche a livello sovranazionale³⁹.

In sede europea si è in particolare valorizzato il ricorso a tale strumento non solo per ragioni di tipo economico – potendo assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico –, ma anche in ragione della possibilità di beneficiare del *know-how* e dei metodi di funzionamento del settore priva-

³⁷ Collaborazione che, a sua volta, può essere analizzata, secondo S. VALAGUZZA, *Pubblico e privato nell'organizzazione*, in Atti del Convegno «Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale», Trento, dicembre 2012, pag. 99, partendo dall'esistenza, nel nostro ordinamento, di una «compresenza (e non una giustapposizione) di soggetti, diversi per natura, per struttura e per fini, ma accomunati dall'essere parte di un'organizzazione che, prima di essere organizzazione amministrativa in senso stretto, coincide con il nostro sistema giuridico».

³⁸ Questa la lettura di F. CORTESE, *Tipologie e regime*, cit., pag. 35. Sul tema cfr. anche G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005.

³⁹ La figura dei Partenariati Pubblico-Privato (PPP), prim'ancora che in ambito nazionale, è stata infatti oggetto di attenzione a livello europeo, come sottolinea F. CORTESE, *Tipologie e regime*, cit., pag. 40. Anche G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urb. App.*, 8, 2011, para. 1, sottolinea che la formula giuridica dei PPP «non ha origine nel diritto nazionale, ma trae la sua formulazione corrente dalla elaborazione compiuta dall'esecutivo comunitario». Si veda in particolare il «Libro verde relativo ai Partenariati Pubblico-Privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni», COM(2004) 327, ove si è chiarito che l'espressione Partenariato Pubblico-Privato identifica «forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio» (§ 1.1.1 del libro verde). Si è del resto detto che tale libro verde ha fornito un primo «inquadramento giuridico» all'istituto, cfr. R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*, 1, 2000, para. 2 il quale precisa il ruolo (solamente) chiarificatore delle Comunicazioni della Commissione europea, in linea con la circostanza, sottolineata da C. ALBERTI, *Appalti «in house»*, cit., para. 2, che le Comunicazioni, in quanto atti di c.d. *soft law*, possono essere solo informative, decisorie od interpretative. G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni*, cit., pagg. 945–946, sottolinea tuttavia che, nel trattare dei PPP, il ruolo delle Comunicazioni non è stato indifferente, in quanto in grado di esercitare una «un'indubbia influenza sul processo volitivo delle pronunce rese sia dal giudice comunitario sia da quello nazionale». In proposito ha però avvertito S. VALAGUZZA, *Pubblico e privato nell'organizzazione*, cit., pagg. 109–111, che, sotto un profilo meramente interno, la figura dei partenariati sicuramente non permette di parlare di nozione giuridica autonoma, come nemmeno può farsi a livello europeo, nonostante la più complessa elaborazione, «ne segue che l'elaborazione concettuale della nozione di partenariato è ancora lontana dall'essere una nozione giuridica autonoma e dotata di proprie conseguenze in termini di disciplina». In tal senso anche M. DELSIGNORE, *Pubblico e privato: moduli di partenariato*, in Atti del Convegno «Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale», Trento, dicembre 2012, pag. 343, la quale afferma che «il partenariato non è un istituto e forse nemmeno una categoria giuridica, posto che non ne esiste una disciplina generale o un regime pregnante» e che, pertanto «la locuzione piuttosto è utile a identificare un fenomeno, che è quello di forme di collaborazione tra pubblico e privato».

to⁴⁰, così da «*accrescere il benessere congiunto*»⁴¹. In tal modo, peraltro, permettendo un'azione amministrativa non solo efficiente ed efficace, ma anche improntata a criteri di economicità⁴².

Si tratta pertanto di un rapporto di tipo duraturo che presuppone una certa condivisione degli obiettivi da realizzare, con un apporto di capitale, almeno in parte, garantito dai privati, e con la conseguente equa distribuzione del rischio⁴³. Inoltre, si è detto, il ruolo strategico e rilevante dei privati deve essere mantenuto in ogni fase dell'attività⁴⁴.

Emerge inequivocabilmente la differente esigenza a cui mira dare risposta l'istituto rispetto all'*in house*. Mentre in relazione a quest'ultimo la preoccupazione è di consentire l'internalizzazione, al contempo evitando che i privati possano subentrare nelle scelte gestionali dei soggetti pubblici, in rapporto alle società miste l'obiettivo è, all'opposto, la convergenza degli interessi, per una guida strategica che, in certa misura, può dirsi coordinata o, comunque quantomeno, condivisa⁴⁵.

⁴⁰ Libro verde sui PPP, cit. nota 12, paragrafo 1.1.3. In proposito può citarsi, a titolo esemplificativo del ruolo giocato dai privati nei PPP, un caso su cui si è pronunciato il T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, con sentenza in data 20 gennaio 2012, n. 84: «*il socio privato entra a far parte della società per un periodo di tempo predeterminato (12 anni) con il compito non solo di conferire il capitale per l'istituzione della farmacia ma anche di fornire le competenze professionali necessarie alla gestione dell'attività. Proprio alla gestione è orientata la maggior parte dei parametri di valutazione dell'offerta tecnica indicati nel bando di gara (sconti sui farmaci, consegna a domicilio per i soggetti ultrasessantacinquenni, sistema informatico di prenotazione delle visite mediche, prestazioni socio-sanitarie aggiuntive, progetto e organizzazione del servizio)*».

⁴¹ Così A. MASSERA, *Le Società pubbliche*, cit..

⁴² In tal senso, commentando il Libro Verde sui PPP, si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 03 marzo 2008, n. 1. In dottrina non manca, tuttavia, chi ha invece guardato con sfavore ai partenariati pubblico-privati sotto tale profilo, sottolineando che l'erosione della sfera pubblica dovuto alla crisi finanziaria determina un mutamento dell'ambito più caratteristico delle tradizioni giuridiche nazionali, ossia «*il complesso delle prestazioni che connotano uno Stato e la sua amministrazione, i tratti distintivi di ciascuna società civile*», G. MONTEDORO, *Servizi pubblici*, cit., para. 1. L'Autore prosegue poi sottolineando che, nel processo di trasformazione del diritto pubblico sempre più in «*diritto pubblico dell'economia, l'organizzazione amministrativa muta, accoglie moduli organizzativi privatistici, sempre maggiore centralità rivestono i privati organismi di diritto pubblico, sempre più frequente appare l'intreccio di interessi pubblici e privati*».

⁴³ Sottolinea in particolare tale elemento G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato*, cit., para. 2 e 3, secondo il quale gestione dell'opera e allocazione tra le parti dei rischi costituiscono «*l'elemento comune e giuridicamente ordinante delle fattispecie di PPP*». Sul meccanismo di allocazione dei rischi a livello comunitario v. la Decisione Eurostat in data 11 febbraio 2004, *Treatment of public-private partnerships*.

⁴⁴ Sul punto F. CORTESE, *Tipologie e regime*, cit., pag. 41.

⁴⁵ Non a caso si è infatti osservato che «*l'ingombrante presenza dell'in house ... ha portato la*

Tale obiettivo, secondo l'analisi della Commissione, può essere raggiunto attraverso due diverse modalità di cooperazione: l'una di tipo puramente contrattuale, fondata su legami esclusivamente convenzionali, l'altra di tipo istituzionalizzato⁴⁶, fondata sulla creazione di un'entità distinta⁴⁷. Nella prima categoria possono annoverarsi le ipotesi di partenariato fondate su un accordo di tipo pattizio⁴⁸, anche al di là dei tradizionali settori delle opere e dei servizi⁴⁹.

giurisprudenza e il legislatore nazionale a isolare con chiarezza la figura della società mista», cfr. F. FRACCHIA, In house providing, cit., pag. 248.

⁴⁶ In merito al quale è stata poi emanata una specifica Comunicazione interpretativa della Commissione, vertente sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, pubblicata in G.U. 2008, C 91, pag. 4.

⁴⁷ In proposito, oltre alle istituzioni europee, anche la giurisprudenza nazionale ha ripetutamente riaffermato l'ammissibilità della compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente, non determinando detta situazione alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499; *Ibid.*, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325; Cons. Giust. Amm., 24 dicembre 2002, n. 692). La giurisprudenza ha infatti affermato che una simile limitazione si porrebbe, anzi, in contrasto con i principi dell'ordinamento europeo, che esige che le imprese pubbliche abbiano possibilità di agire in regime di parità di trattamento con le imprese private, ancora una volta rifacendosi all'art. 345 TFUE ed all'art. 106 TFUE che, vietando il mantenimento nei confronti delle imprese pubbliche di misure contrarie alle norme del Trattato, salvo quanto strettamente necessario all'adempimento della specifica missione loro affidata, presuppone, per ogni altro aspetto, una piena parificazione tra imprese pubbliche e private.

⁴⁸ Come rilevato da N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Torino, 2011, pag. 546, «nell'ambito dei PPP "contrattuali" sono ... possibili diversi livelli di integrazione e collaborazione». Sull'attività consensuale della pubblica amministrazione, che esula dall'oggetto del presente studio, si rimanda alle numerose opere, tra cui si ricordano, a mero titolo riepilogativo: F.G. COCA, *Gli accordi*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, pag. 385; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP. AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2012; D. CORLETTI, *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, Napoli, 2012; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit.; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011; G. PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica Amministrazione*, in L. MAZZAROLLI; G. PERICU; A. ROMANO; F.A. ROVERSI MONACO; F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, vol. II, II Ed., Bologna, 2005, pag. 1635 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit.; F. FRACCHIA, *L'Accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

⁴⁹ In tal senso F. CORTESE, *Tipologie e regime*, cit., pag. 44, il quale riconduce alla categoria le più ampie figure, dall'urbanistica convenzionata, ai «casi ... di accreditamento o convenzionamento di soggetti privati chiamati ad esercitare servizi pubblici ovvero i casi ... di individuazione di soggetti privati preposti all'esercizio di pubbliche funzioni o di attività ammini-

Il secondo tipo di PPP, che peraltro rappresenta una delle fattispecie di maggior applicazione⁵⁰, è invece quello che più interessa in questa sede in quanto determina la nascita di un nuovo soggetto giuridico in cui vengono a convergere interessi pubblici e privati⁵¹.

Il problema principale, tuttavia, è proprio questo⁵². A differenza dell'*in house*, qui l'attività non è propriamente sottratta al mercato, ma viene in certa misura aperta all'apporto dell'imprenditoria privata. Dal che il riemergere del problema dell'evidenza pubblica.

Non a caso, nel citato Libro Verde sui PPP la Commissione aveva evidenziato la necessità che, anche nell'ambito dei partenariati pubblico-privati, trovino attuazione i principi di parità di trattamento e non discriminazione, i quali implicano un obbligo di trasparenza atto a garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità idoneo ad aprire il mercato alla concorrenza⁵³.

strative ovvero i casi ... di realizzazione delle accezioni ... della sussidiarietà orizzontale».

⁵⁰ Così G. GRÜNER, *Compiti e ruolo del socio pubblico*, cit., pag. 5. In tal senso anche G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato*, cit., para. 1, che definisce la società mista quale «esempio più noto» di PPP.

⁵¹ Quanto alla compresenza di interessi pubblici e privati, secondo una recente giurisprudenza, non può dubitarsi che «*le società miste, al cui capitale partecipino ... gli enti territoriali locali, sono istituzionalmente astrette ad un vincolo teleologico indirizzato al soddisfacimento concreto dei bisogni della comunità locale di riferimento*», T.A.R., Sez. I Lecce, Puglia, 01 luglio 2008, n. 2017; in termini Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603. In dottrina G. GRÜNER, *Compiti e ruolo del socio pubblico*, cit., pag. 6, in linea con la prospettiva qui accolta sulla diversa natura degli interessi sottesi alla partecipazione pubblica e privata, afferma che il socio pubblico è indotto a massimizzare il “suo” interesse non lucrativo, mentre il privato tende a massimizzare un interesse prettamente lucrativo. Sul punto si è altresì sottolineato che mentre «*la partecipazione al capitale di grande imprese nazionali ... è sostanzialmente un interesse di carattere finanziario ... per quanto riguarda le imprese locali di pubblici servizi, invece, l'interesse privato non è (quasi) mai finanziario, ma è (quasi) sempre un interesse di carattere industriale*», cfr. F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., pag. 37. Anche M. DELSIGNORE, *Pubblico e privato*, cit., pagg. 343–344, ritiene che il modello perfetto di PPP implica «*un'azione comune anche in termini di obiettivi perseguiti dai due operatori, in un sistema in cui non tanto il privato è utile, se non necessario, per il miglior raggiungimento dell'interesse collettivo, ma piuttosto la collaborazione e interazione permette la miglior riuscita dell'opera, dell'intervento, del servizio o dell'attività che il potere politico ha inteso intraprendere*».

⁵² Cfr. M. CLARICH, *Le società miste*, cit., para. 2, il quale parla di «*nodii cruciali*» dell'istituto in relazione al problema della scelta del socio e dell'affidamento diretto.

⁵³ Libro verde sui PPP, cit. nota 12, paragrafo 1.2.8. Sul punto ha condiviso la posizione della Commissione anche la Corte di giustizia allorché chiamata a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla disciplina in tema di evidenza pubblica da applicarsi alle società miste, v. sentenza in data 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08, *Acoset*, punto 57, ove si legge che «*come osservato al punto 2.1 della Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai parte-*

3.1. *Il problema della gara e la scelta del socio negli affidamenti diretti*

Dopo un primo periodo connotato da qualche incertezza⁵⁴, in tempi più recenti dottrina e giurisprudenza⁵⁵ hanno sempre più condiviso l'idea che per la scelta del socio, anche di minoranza, si devono seguire procedure ad evidenza pubblica⁵⁶. In ultimo, anche il legislatore ha affermato espressamente la regola della scelta mediante procedura pubblica nel Codice dei Contratti pubblici⁵⁷.

*nariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) (GU 2008, C 91, pag. 4), il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di concessioni»; tali principi sono poi stati ribaditi dalla Corte nella sentenza in data 22 dicembre 2010, C-215/09, *Mehiläinen e Terveystalo Healthcare*, in particolare punti 32, 34 e 41. Anche la giurisprudenza nazionale ha di recente sottolineato che un qualche momento di confronto concorrenziale, o attraverso l'affidamento del servizio mediante gara, o comunque con la selezione del socio industriale, debba comunque esservi, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 febbraio 2013, n. 936.*

⁵⁴ Si si ad esempio alla posizione di G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, e *Ibid. Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass.*, 1995, pag. 1082, il quale, alla luce del D.P.R. del 16 settembre 1996, n. 533 e del principio *ubi lex voluit, dixit*, aveva ritenuto che non sussiste un onere di gara per la selezione del socio privato nel caso di società a capitale maggioritario pubblico; cfr. anche M. CAMELLI, *Enti pubblici, società ed istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI IRELLI; G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994; M. DUGATO, *Il regolamento sulle società miste di enti locali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 3, 1997, e *Ibid. Lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*, in *Giornale Dir. Amm.*, 8, 1997, para. 2. Alla luce del successivo diverso indirizzo giurisprudenziale, tuttavia, la stessa dottrina citata mostrò di condividere l'idea che «*società maggioritaria e società minoritaria pubblica non costituiscono realtà giuridiche sostanzialmente differenti*», cfr. M. DUGATO, *Società miste e gestione delle farmacie comunali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1, 1999.

⁵⁵ A partire, da quanto consta, dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, con nota di M. DUGATO, *L'individuazione del socio di minoranza nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giornale Dir. Amm.*, 5, 1998. Orientamento ormai consolidato, tanto che, in mancanza di una vera e propria gara per la selezione dei soci, secondo il Consiglio di Stato (sentenza della Sez. VI, 30 luglio 2009, n. 4812), non potrebbe nemmeno parlarsi di società mista secondo il modello delineato dal parere del 18 aprile 2007 n. 456 della II Sezione del Consiglio di Stato.

⁵⁶ Sul punto è già da tempo concorde la dottrina maggioritaria, cfr. fra i tanti: G. ACQUARONE, *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. It.*, 6, 1998, para. 7, posizione ribadita dall'Autore in *Una pronuncia definitiva sulla scelta del contraente privato nelle società miste*, in *Giur. It.*, 5, 2000. Cfr. anche C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, cit., para. 8.

⁵⁷ Cfr. articolo 1, comma 2 del d.lgs. n. 163 del 2006 ai sensi del quale «*Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica*», così codificando il principio secondo cui, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire con procedure di evidenza pubblica, cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, parere n. 456 del 2007 e Adunanza Plenaria n. 3 del 2008.

Posta la necessaria temporaneità del rapporto associativo⁵⁸, la dottrina ha poi da tempo sottolineato l'esigenza che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano previste le modalità per l'uscita del socio stesso, nel caso quest'ultimo non risulti più aggiudicatario all'esito della successiva gara⁵⁹, così come delle modalità di remunerazione degli investimenti effettuati dal socio uscente⁶⁰.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale prevalente, tale opzione si giustifica in quanto la selezione della componente privata non si sostanzia nella scelta di un socio qualsiasi, ma nella scelta di un socio imprenditore, con la conseguenza che essa deve avvenire avvalendosi di quegli strumenti concorsuali che l'ordinamento ha via via affinato ai fini dell'individuazione del soggetto privato chiamato a svolgere attività o servizi in favore dell'amministrazione pubblica⁶¹.

La soluzione adottata non è stata peraltro esente da critiche. Si è infatti rilevato che l'obbligo di partecipare a una società mista può risultare, per l'imprenditore privato, meno gradito rispetto ad un più tradizionale rapporto contrattuale instaurato all'esito di una procedura competitiva⁶². Del resto, appare difficilmente confutabile che tra gara per l'affidamento di un contratto d'appalto e gara posta in essere per individuare il miglior socio privato non v'è

⁵⁸ In tal senso, tra i tanti, cfr. S. D'ANTONIO, *La gestione*, cit., pag. 156; D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, cit., para. 1; R. CAVALLO PERIN, *Articolo 113*, in A. ROMANO; R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, pag. 658. Anche il Parlamento Europeo ha sottolineato che la concorrenza debba essere limitata per il solo tempo strettamente necessario a garantire l'ammortamento degli investimenti, cfr. Risoluzione del Parlamento europeo n. 2006/2043(INI), osservazione generale n. 29. Più in generale si è sottolineato che in tutti i casi di concorrenza per il mercato è necessaria la definizione della frequenza del rinnovo degli affidamenti, in modo da tener conto delle specificità dell'attività e degli investimenti da svolgere, cfr. L. AMMANNATI, *Indietro tutta*, cit., pag. 193.

⁵⁹ Così G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit., para. 5.2.

⁶⁰ Cfr. dottrina citata *supra* ad inizio del paragrafo precedente.

⁶¹ Cass., SS.UU., 29 ottobre 1999, n. 754; Consiglio di Stato, Sez. V, 12 maggio 2003 n. 2516; *Ibid.*, 03 settembre 2001, n. 4586; *Ibid.*, 22 maggio 2001, n. 2835; *Ibid.*, 19 febbraio 1998, n. 192. In dottrina G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit., para. 5.2 aveva dedotto la qualità del partner privato quale «socio industriale od operativo, che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso», dall'equiparazione al tempo operata dall'articolo 113 del T.U.E.L. tra gara per la scelta del socio e gara per l'affidamento del servizio. In termini del tutto analoghi R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 2.

⁶² M. CLARICH, *Le società miste*, cit., para. 3, parla di «coabitazione forzosa».

alcuna fungibilità⁶³.

Condivisibile perplessità è poi anche quella mossa all'oggetto stesso del confronto tra gli offerenti. Si è infatti evidenziato che in una gara per l'assegnazione di quote societarie viene inevitabilmente meno il dato economico, posto che l'entità della partecipazione è predeterminata e, pertanto, la valutazione deve spostarsi su dati tecnici e professionalità che, tuttavia, sono presumibilmente poco indicativi in quanto necessariamente predeterminati dalla *lex specialis* negli elementi connotanti il tipo di attività svolto dalla società⁶⁴.

Ad ogni modo, dalla necessaria selezione del socio privato tramite procedura concorsuale la prevalente dottrina⁶⁵, così come la giurisprudenza maggioritaria⁶⁶, hanno fatto discendere la non necessarietà di un'ulteriore gara per l'affidamento dei servizi originari per i quali è stata costituita la società, nonostante la dissonante opinione di parte degli interpreti⁶⁷.

⁶³ Così D. MARRAMA, *Società miste e in house providing al vaglio della plenaria*, cit., para. 3.

⁶⁴ Questa la lettura critica all'obbligo di evidenza pubblica di M. DUGATO, *Il regolamento*, cit., para. 3.

⁶⁵ Sul punto C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, cit., para. 8. Cfr. anche L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, cit., pag. 1882, secondo cui «la sentenza Stadt Halle non va letta come una radicalizzazione che porrebbe forti limiti alla formula collaborativa delle società miste, giacché una simile formula, ove preceduta da gara per la scelta del partner privato, si colloca al di fuori della problematica dell'in house providing», riprendendo così le conclusioni già formulate da R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, cit., pag. 299; G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2, 2006, para. 6, secondo cui «sembra essere molto più equilibrata l'interpretazione che continua a considerare legittimo l'affidamento diretto a favore di società miste a condizione, però, che il socio sia stato scelto con gara». In senso dubitativo sulla soluzione da prediligere D. DE PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in M.P. CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2005, pag. 117 e ss.; in tempi più recenti anche D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 3, si era domandata se la gara per la scelta del socio «possa essere considerata come un'esimente» dall'obbligo di evidenza pubblica per l'affidamento.

⁶⁶ Sul punto emblematica la posizione espressa dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato in sede consultiva nel parere n. 456 del 18 aprile 2007 ove aveva affermato che «se è vero che la società mista, in quanto tale, non è sottoposta al controllo analogo, è dirimente la circostanza che proprio la componente esterna che esclude la ricorrenza dell'in house è selezionata con procedure di evidenza pubblica: la quota esterna alla pubblica amministrazione è, cioè, reperita con il ricorso ad un mercato che è certamente premiato, diversamente da quanto avviene nel caso della "chiusura in se stessa" dell'amministrazione in un modello di pura autoproduzione» (p. 8.2.3). Sulla non necessità della doppia gara, per la scelta del socio e per il successivo affidamento, cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272; *Ibid.*, 1 marzo 2003, n. 1145; *Ibid.*, 30 aprile 2002, n. 2297.

⁶⁷ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Brevi note*, cit., para. 5, secondo cui il momento concorrenziale non poteva trovare soddisfacimento nella scelta del socio. Del pari M. DUGATO, *I concorsi per partners di società di gestione di servizi pubblici locali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 11, 1999, pur se in relazione alle società per la gestione di attività economiche non definibili come

La soluzione, come detto, è stata definitivamente accolta anche a livello europeo. Condividendo sul punto le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale⁶⁸, la Corte di giustizia ha escluso la possibilità di dover procedere ad una doppia gara, per la scelta del socio e per il successivo affidamento, purché, tuttavia, l'oggetto sociale rimanga invariato durante l'intera durata della concessione e senza che vi sia alcuna modifica sostanziale del contratto; circostanza questa che, secondo la Corte, comporterebbe un obbligo di indire una gara⁶⁹.

In buona sostanza, la Corte ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto a una società mista nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato⁷⁰.

Non si richiede, dunque, una doppia gara, l'una per la selezione del socio, l'altra per l'affidamento del servizio, ma è sufficiente una sola procedura per la selezione dei *partner* privati. Ma non da intendersi quale mera scelta dei *partner* finanziari, bensì per la selezione dei soggetti più idonei in relazione ai lavori e servizi da affidare alla società⁷¹.

La necessità della selezione del *partner* privato con gara rappresenta

servizi pubblici, aveva prefigurato il doppio binario dell'evidenza: sia per la scelta del socio privato, sia per l'affidamento. Sul punto cfr. anche G.F. FERRARI, *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione anticoncorrenziale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, pag. 837.

⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer in data 2 giugno 2009, nella causa C-196/08, ove aveva affermato che «*introdurre una doppia gara mal si coniuga con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta dell'elemento economico privato e l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione alla società a capitale misto*» (punto 85).

⁶⁹ Corte di giustizia, 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08, *Acoset*, punti 61-62.

⁷⁰ Sentenza *Acoset*, punto 63.

⁷¹ Come meglio si vedrà nel corso del V capitolo, infatti, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, è illegittima la procedura selettiva avente ad oggetto la scelta del partner privato per una società mista ad oggetto generale a cui possano essere affidati indiscriminatamente plurimi servizi non individuati a priori in quanto, in ossequio del principio di concorrenza per il mercato, selezione deve essere svolta precisando puntualmente le attività da svolgere, in modo tale che l'affidamento abbia ad oggetto non solo una quota del capitale sociale, ma anche uno specifico servizio individuato in tutti i suoi elementi (cfr. Consiglio di Stato parere n. 456 del 2007, cit. pag. 3, nota 7; *Ibid.*, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; Corte Giustizia 15 ottobre 2009, C-196/08; Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555).

quindi un modo di compensare la mancanza di un momento di confronto concorrenziale per l'affidamento del servizio. Quindi la scelta mediante gara del socio è una «*acquisizione successiva*» rispetto al conferimento diretto⁷².

3.2. *Superamento della sfera meramente interna nelle società miste quale conseguenza dell'ingresso del socio privato nel momento gestionale*

Il quadro descritto circa la selezione del *partner* privato mostra che la società mista non è configurabile quale mera articolazione interna dell'Amministrazione, ma costituisce soggetto formalmente e sostanzialmente distinto dall'Ente partecipante⁷³. Tant'è che in dottrina non si è mancato di sottolineare che, laddove vi sia una gara per la scelta del socio, non si dovrebbe nemmeno parlare di affidamento diretto del servizio, in quanto, viste le caratteristiche che la scelta del socio deve rispettare, tale momento concorrenziale è, nella sostanza, quello nel quale viene individuato il soggetto gestore, al pari di una vera e propria esternalizzazione⁷⁴.

⁷² Sul punto vedi C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni*, cit., para. 6.1.

⁷³ Il che, giova sottolineare, è una questione diversa dalla dibattuta natura privata o pubblica delle società miste. Su tale problematica, già esclusa dall'ambito di indagine in virtù di quanto detto al capitolo I, § 2, si rinvia alla dottrina ivi citata (in particolare v. nota 50), ulteriormente segnalandosi qui, per un'ancora attuale esposizione delle diverse teorie, R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, IV, 2005, para. 4.

⁷⁴ Cfr. M. DUGATO, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., pag. 218, il quale ha affermato che «*il rapporto tra ente e società mista (o meglio il socio privato della mista) è un rapporto di esternalizzazione dell'attività e non di partnership*». Dunque, quanto appare particolarmente interessante in tale prospettiva, è proprio l'idea che la gara per la scelta del socio possa essere intesa quale momento di esternalizzazione, così confermando quanto già visto per l'*in house* circa la necessità che l'interesse pubblico e quello privato non subiscano commistioni. In tal senso anche R. CARANTA, *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, in *Giur. It.*, 5, 2010, para. 3, il quale parla di «*gara onnicomprensiva, quasi come se, per così dire, le due gare aventi ad oggetto rispettivamente la scelta del socio ... e la scelta del partner contrattuale ... collassassero in un unico ed unitario contesto*». In tal senso si è di recente pronunciato anche il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, con la sentenza del 3 giugno 2011, n. 10, ove, come spiega A. MALTONI, *Gli atti «prodromici» delle P.A. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate*, cit., para. 2, si è posta a fondamento della decisione la premessa logica secondo cui «*il procedimento di scelta del socio privato [è] già assimilabile a quello di individuazione del contraente nell'affidamento di appalti pubblici*». L'Autore da ultimo citato sottolinea inoltre che si realizza in tal modo «*una sovrapposizione, almeno parziale, tra il momento contrattuale e quello organizzativo-costitutivo dell'entità societaria*» e che, perciò «*il diritto dell'Unione europea in tema di affidamento dei contratti pubblici trova applicazione nella fase genetica della struttura societaria, nella quale non soltanto viene individuato il socio privato mediante un procedimento di evidenza pubblica, ma si definiscono contestualmente anche alcuni aspetti organizzativi fondamentali*» (ivi, para. 5).

Un primo dato è quindi che, nel valutare questa soluzione, l'Amministrazione, rispetto all'*in house*, non dovrà assicurarsi di possedere le competenze necessarie per la concreta guida della partecipata, posto che le scelte di gestione non ricadranno più su di essa.

Il ruolo del socio privato, e dei caratteri che deve assumere la gara per la scelta dello stesso, è in questo caso determinante. Ed anche rispetto a quelle limitate fattispecie in un soggetto affidatario *in house* sia eccezionalmente prevista la partecipazione dei privati, le differenze tra i due modelli non possono dirsi meno rilevanti: in quei casi, come si è detto, il privato assume un ruolo del tutto marginale, essendo espressamente richiesto che questo non possa influenzare il processo decisionale del socio pubblico; nel caso delle società miste, viceversa, l'ingresso nel capitale di terzi è proprio funzionale a portare il *know-how* di operatori qualificati nella gestione della società.

Ne deriva che le società miste, a differenza dell'*in house*, possono essere considerate un soggetto formalmente e sostanzialmente distinto rispetto all'ente pubblico, rispondente alle logiche di mercato, pur se con le inevitabili ripercussioni, tanto sul momento genetico quanto sul quello operativo, derivanti dall'applicazione delle regole previste per l'affidamento del servizio⁷⁵.

Le società miste dispongono perciò di un grado di indipendenza dall'ente partecipante notevolmente differente da quello che si è visto caratterizzare le entità *in house*, come alcuni consolidati indirizzi della giurisprudenza nazionale hanno ormai da tempo confermato⁷⁶. Si è infatti pacificamente affermato che

⁷⁵ In tal senso Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77; T.A.R., Sez. II Genova, Liguria, 18 gennaio 2012, nn. 109, 110 e 111. Quanto alla giurisprudenza che ha tracciato la distinzione tra società strumentali e società miste sulla base del fatto che solo queste ultime operano secondo le logiche di mercato, per tutte Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17. E così, ad esempio, si è di recente escluso che possa essere esercitato lo speciale diritto d'accesso riconosciuto dall'articolo 43 del TUEL ai consiglieri degli enti territoriali nei confronti di società mista, ancorché a prevalente capitale pubblico (Consiglio di Stato, Sez. IV, 04 settembre 2013, n. 4403; *contra*, tuttavia, T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 28 gennaio 2010, n. 448. Nessun dubbio, invece, circa l'applicabilità dell'ordinario diritto di accesso previsto dalla L. 241 del 1990 nei confronti delle società miste, in quanto esercenti attività di pubblico interesse, cfr. T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. II, 28 marzo 2013, n. 255; T.A.R. Reggio Calabria, Sez. I, 25 maggio 2011, n. 458).

⁷⁶ *Ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010 n. 7214; *Ibid.*, Sez. VI, 16 marzo 2009 n. 1555; *Ibid.*, 1 giugno 2007, n. 2932; T.A.R. Lazio Roma, Sez. III *quater*, 28 novembre 2011, n. 9286. in dottrina cfr. R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 2, secondo cui «la presenza dell'interesse privato caratterizza l'istituzione mista facendola definitivamente fuoriuscire dall'orbita pubblica sul piano delle figure sog-

gli organi della società mista rispondono in primo luogo esclusivamente alla società, e non all'amministrazione. A differenza di quanto avviene negli affidamenti *in house*, il controllo sulla partecipata viene condotto dagli appositi organi di vigilanza sull'attività dei propri rappresentanti ed amministratori previsti dal codice civile (come il collegio sindacale, previsto, a certe condizioni, anche per le società a responsabilità limitata), mentre gli organi di controllo dell'Amministrazione sono incaricati esclusivamente di verificare, sotto il profilo finanziario e contabile, la gestione della partecipazione finanziaria nella società, non già l'azione degli amministratori della società partecipata⁷⁷.

In linea con tale impostazione, si è altresì affermato che il socio privato di una società mista partecipata da un Ente locale non può impugnare in via autonoma gli atti adottati dall'amministrazione comunale lesivi degli interessi della società, in quanto carente di legittimazione ad agire in giudizio, essendo la società un soggetto distinto dai soci e che ha la disponibilità esclusiva delle posizioni giuridiche facenti capo ad essa⁷⁸.

In ragione di ciò si può dire che le società miste rappresentano quel punto di unione tra pubblico e privato che si pone a metà tra organizzazione meramente interna ed effettiva esternalizzazione del servizio⁷⁹. In altre parole, que-

gettive». F. ASTONE, *La nuova funzione*, cit., pag. 330, afferma che «la soluzione del partenariato strutturale di tipo societario è diretta a portare fuori dalla amministrazione un dato compito, ... al contrario la soluzione *in house* determina una interiorizzazione dell'attività da parte dell'ente di riferimento, pur se gestita da un soggetto formalmente di diritto privato». A. CLARIZIA, *Ambito oggettivo e soggettivo*, cit., pag. 195, aveva tuttavia segnalato che «l'estensione della valenza pubblicistica delle società miste sta assumendo uno spessore inimmaginabile».

⁷⁷ Sul punto Consiglio di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 129; T.A.R. Catanzaro Calabria, Sez. II, 29 novembre 2011, n. 1471 precisa inoltre che «la gestione della partecipazione finanziaria nella società ... implica anche l'esercizio di particolari poteri di vigilanza sull'attività della partecipata ..., ma, ancora una volta, il sindacato del Collegio dei revisori dei conti si limita a verificare il modo in cui tale vigilanza è stata effettuata da parte degli organi dell'Amministrazione e non estende il proprio controllo sulla concreta attività posta in essere dagli organi della società». Sottolinea tuttavia G. GRÜNER, *Compiti e ruolo del socio pubblico*, cit., pag. 5, che tale controllo sarebbe comunque più intenso di quello svolto su un soggetto terzo affidatario, in quanto «la società mista ... dovrebbe consentire all'ente pubblico di svolgere non un mero controllo ab externo sul soggetto privato affidatario con gara del servizio pubblico, ma un più penetrante controllo ab interno, proprio in qualità di socio». In termini Consiglio di Stato, Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456.

⁷⁸ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Genova Liguria, Sez. II, 29 febbraio 2012, n. 347; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, 19 ottobre 2006, n. 815.

⁷⁹ Si è infatti in proposito notato che la cooperazione pubblico-privati non rappresenta una vera e propria forma di esternalizzazione in quanto «esige sempre il mantenimento di una relazione di coalizione tra pubblico e privato, mentre l'esternalizzazione ... sembra esigere che

sta forma di gestione può essere inquadrata quale compromesso tra mercato e gestione diretta⁸⁰: dove finisce l'*in house*, là inizia la società mista, in una progressione che da una forma di gestione *sui generis* pubblicistica porta alle società esclusivamente private, espressione di vera e propria esternalizzazione, passando per il partenariato pubblico privato quale tappa intermedia dell'apertura al mercato.

In tale immaginario percorso, le società miste potrebbero ben nascere non solo *ex novo*, ma anche quale conseguenza dell'apertura ai privati del capitale delle *in house*⁸¹, pur sempre però rispettando le modalità di selezione del socio⁸².

4. *Riflessioni di sintesi sul "livello di confine": la necessaria separazione tra internalizzazione e mercato e conferma della necessaria governance pubblica nell'internalizzazione*

L'analisi condotta sin qui ha permesso di evidenziare che uno dei dati caratterizzanti il confine tra autoproduzione e mercato, per quanto qui interessa, è

lo scopo organizzativo ultimo del programma di collaborazione avviato dal pubblico sia la piena ed autonoma responsabilizzazione, organizzativa e gestionale, del privato, con finale attribuzione allo stesso, e sia pure solo in parte, dei compiti originariamente svolti dall'autorità», cfr. F. CORTESE, Tipologie e regime, cit., pag. 36. In senso tuttavia parzialmente contrario, D. CASALINI, L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi, cit., para. 1, ritiene in proposito «ambigua la collocazione delle società a capitale misto pubblico e privato nella dicotomia organizzazione pubblica – mercato», privilegiando invece l'aspetto prettamente economico delle attività da svolgere.

⁸⁰ Parla proprio di «compromesso» F. FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche»*, cit., para. 4, il quale afferma che «la disciplina della società mista cerca di assicurare il rispetto delle regole della competizione nella fase in cui il potere si può rivolgere al mercato (scelta del socio): una sorta di compromesso tra assenza di concorrenza (scaturente dalla riserva del servizio) e il suo opposto (collocando il momento del confronto in una fase anticipata alla fase dell'affidamento del servizio)».

⁸¹ Ha infatti in proposito rilevato G. PIPERATA, *La trasformazione delle società a partecipazione pubblica. Dalla società in house alla società a partecipazione mista*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, pag. 153, che «tale fenomeno rappresenta una delle ipotesi attraverso le quali si concretizza la dinamica del partenariato pubblico privato».

⁸² Sulla possibilità di trasformare entità *in house* in società miste, cfr. G. BASSI, *Il modello della società mista nella gestione dei servizi pubblici locali- presupposti giuridici, requisiti economici, vincoli e criticità di una scelta strategica*, in *App.&Contr.*, 5, 2011, para. 1. Anche la Commissione ha descritto tale possibilità nella la comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008, n. 6661, concernente l'applicazione del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni ai PPPI, punto 2.2, secondo cui «Se il PPPI in questione è costituito mediante la partecipazione di un partner privato a un'impresa pubblica esistente, l'oggetto della procedura di selezione del partner privato può consistere nell'affidamento dell'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni che fino ad allora sono stati eseguiti internamente dall'impresa pubblica» (nota 18).

sostanzialmente riconducibile alla necessità di separare gli interessi di natura imprenditoriale dagli interessi pubblici.

Si è visto, in relazione all'*in house*, che da lungo tempo la giurisprudenza ha chiarito che la presenza di privati nel capitale è potenzialmente disturbativa del processo decisionale pubblico. Ed in tal senso anche il legislatore europeo, laddove ha oggi eccezionalmente consentito la presenza di privati, lo ha fatto comunque attraverso modalità atte a garantire che tale partecipazione non pregiudichi la guida strettamente pubblica della società.

Risulta pertanto confermato che per parlare di vera e propria internalizzazione è sicuramente necessario che vi sia una solida *governance* pubblica. Il che impone, quale necessaria premessa, che l'Amministrazione, in fase di scelta del modello di gestione, si assicuri di essere effettivamente in grado di assolvere tale compito.

Quanto invece alle società miste, la commistione si realizza necessariamente per mezzo di una procedura ad evidenza pubblica. Il che garantisce, da un lato, che la posizione di privilegio messa a disposizione dall'Autorità pubblica sia affidata in modo trasparente e non discriminatorio e, dall'altro, che sia esattamente predeterminato il ruolo che il soggetto privato andrà a rivestire, così come degli obiettivi e le finalità che l'entità compartecipata mira a soddisfare. Il che garantisce che la valutazione dell'interesse pubblico a monte non venga "deviata" da successivi "spunti" imprenditoriali dei privati, la cui partecipazione dovrà necessariamente restare entro i predeterminati binari già definiti in sede di gara.

Ma, soprattutto, nel caso di società miste, il ruolo assunto dal privato permetterà all'Amministrazione di liberarsi dell'onere gestionale incombente in caso di *in house*, e quindi della previa verifica del possesso delle relative competenze; al contempo tuttavia permettendo di conservare un diretto controllo nella società, così da poter mantenere un ruolo di primo piano nell'erogazione del servizio e, quindi, nella cura dei relativi interessi pubblici.

Dall'analisi delle modalità attraverso le quali è possibile l'intersezione tra poteri pubblici e soggetti attivi sul mercato concorrenziale, tanto nell'*in house* quanto nelle società miste, emerge infine un primo tratteggiarsi di quello che

può definirsi come principio di necessaria separazione tra sfera pubblica e mercato, volta ad evitare la creazione di situazioni pregiudizievoli per quest'ultimo. Il che può essere anche rappresentato quale divieto di commistione di interessi pubblici ed interessi privati senza che l'incontro dei due sia avvenuto nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica.

E così, giunti a questo punto, può ora passarsi all'esame degli ulteriori vincoli rinvenibili nell'ordinamento europeo, i quali, tuttavia, riguardano non più limiti attinenti ai modelli organizzativi a disposizione delle amministrazioni in sé considerati, ma piuttosto il momento relazionale di questi con il mercato.

In altri termini, gli ulteriori vincoli organizzativi di matrice europea che l'Amministrazione incontra non si riferiscono più alla struttura dell'organizzazione, quanto, invece, in un'ottica più allargata, al modo in cui quest'ultima può, o deve, porsi rispetto ai soggetti attivi sul mercato.

LIVELLO ESTERNO:
“IMPERMEABILITÀ” TRA AUTOPRODUZIONE E
MERCATO

1. *Vincoli territoriali e materiali negli “affidamenti internalizzati” quali limiti alla possibilità di realizzare significative economie di scala e conseguente necessaria verifica della sostenibilità economica dell’iniziativa in autoproduzione*

1.1. *Per le società in house*

Come si è detto, il secondo fondamentale requisito per un affidamento *in house*, affermato a partire dalla citata sentenza *Teckal*, è rappresentato dal necessario prevalente esercizio a favore dell’Amministrazione controllante¹. Il che, traducendo il principio dalla prospettiva economica a quella amministrativa, equivale a dire che, laddove l’entità *in house* sia controllata da un ente territoriale, questa deve operare prevalentemente nei limiti di competenza territoriale e materiale dello stesso, mentre laddove l’ente controllante sia di altro genere, eventualmente a competenza territoriale non delimitata, sussisterà comunque il limite di competenza materiale di quest’ultimo².

¹ Si legge infatti già nella sentenza *Teckal* (causa C-107/98) che al fine di qualificare un’entità giuridicamente distinta dall’Amministrazione affidante come *in house*, è necessario che «questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti locali che la controllano» (punto 50).

² Quanto all’elemento territoriale, nella sentenza del 10 settembre 2009, nella causa C-573/07, *SEA*, punto 90, la Corte ha chiarito che è necessario che l’attività di una società pluripartecipata sia limitata al territorio degli enti controllanti e che sia esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi. In tal senso anche l’Avvocato Generale Juliane Kokott, nelle conclusioni presentate il 1° marzo 2005, nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 84, al fine

Sul significato da attribuire all'espressione "prevalenza delle prestazioni" sono state nel tempo prospettate le più disparate soluzioni³. Tale dibattito, tuttavia, può in questa sede essere lasciato in secondo piano, essendo stato risolto dal legislatore. Il nuovo pacchetto di Direttive in materia di contratti pubblici ha chiarito una volta per tutte che per ritenere integrato il requisito della prevalenza è necessario che almeno l'80% delle attività della persona giuridica partecipata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'Amministrazione controllante⁴.

Più interessante ai nostri fini è, invece, la *ratio* di tale limite. Sul punto giova ancora premettere che, in virtù della base giuridica che ne ha legittimato l'adozione, l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di evidenza pubblica è di garantire la libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché l'apertura del mercato delle commesse pubbliche ad una concorrenza non

di valutare la sussistenza del requisito della prevalenza delle attività aveva sottolineato la necessità di valutare attentamente «*il raggio di azione territoriale*» di un'entità controllata da un ente locale. In merito, invece, alla circostanza che l'attività possa rivolgersi indifferentemente a favore dell'Amministrazione, o dei suoi cittadini-utenti, nella sentenza in data 11 maggio 2006, nella causa C-340/04, *Carbotermo*, punti 65 e 66, la Corte di giustizia ha chiarito, che «*il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa ... realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. [66] Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni*».

³ Interessante interpretazione è quella, condivisa da diversa dottrina, secondo cui, in assenza di specifiche indicazioni legislative, la prevalenza andrebbe identificata nel 80% del fatturato, in analogia alla definizione di affidamento diretto ad imprese collegate di cui all'articolo 13 della Direttiva (poi articolo 23, paragrafo 3, Direttiva 2004/17/CE), in tal senso G. CAIA, *Autonomia territoriale*, cit., para. 5.3; S. COLOMBARI, *Delegazione interorganica*, cit., para. 7; G. PIPERATA, *L'affidamento in house*, cit., para. 4. Si è anche proposto di non valutare l'intero fatturato globalmente inteso, ma scomporlo in relazione alle singole attività, al fine di evitare i c.d. sussidi incrociati, pur tuttavia concludendo che prendere in considerazione cumulativamente il fatturato globale risulta il criterio interpretativo di più agevole applicazione, R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., para. 4. In proposito A. DI GIOVANNI, *L'attuale regime*, cit., pag. 237, sottolinea che devono considerarsi solo le attività concretamente poste in essere, e non tutte quelle astrattamente previste dalla legge o dallo statuto.

⁴ Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1, lett. b), rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali. In proposito la Corte di giustizia, in un'ottica più sostanzialistica, aveva invece optato non per un criterio fisso e predeterminato, indicando, nella citata sentenza *Carbotermo e Consorzio Alisei* (in data 11 maggio 2006, causa C-340/04), la necessità di prendere in considerazione tutte le circostanze del caso, sia qualitative che quantitative (punti 60 e ss.). Conclusione, quest'ultima, criticata dalla dottrina, secondo cui il criterio qualitativo si rivelava «*equivoco*», cfr. G. CORSO, FARES, *Crepuscolo dell'«in house»?*, cit., para. 4.

falsata in tutti gli Stati membri⁵.

E così, secondo l'impostazione della Corte di giustizia il suddetto secondo requisito è finalizzato a precludere la possibilità di affidamenti diretti a favore di imprese che, se pur soggette al "controllo analogo" di un'Amministrazione, siano tuttavia attive sul mercato e vengano pertanto a porsi in concorrenza con altre imprese⁶.

Se così non fosse, del resto, la società partecipata, potendosi giovare di un affidamento diretto, si troverebbe in una posizione di vantaggio rispetto alle imprese concorrenti, costituendo così un «*elemento di disturbo*» per la libera concorrenza⁷. Per tale motivo si è affermato che l'attività svolta a favore di soggetti giuridici terzi possa essere solo accessoria, ancillare, secondaria o, comunque, di portata marginale⁸.

Ne deriva che, per integrare il secondo requisito, ciò che conta non è tanto il rapporto che si instaura nei confronti dell'Ente o degli Enti controllanti, quanto piuttosto il fatto che il soggetto controllato eserciti, o meno, attività in mercati aperti alla concorrenza⁹.

Per quanto qui interessa, ciò si traduce nella necessità per

⁵ V., in tal senso, sentenza 11 gennaio 2005, nella causa C-26/03, *Stadt Halle*, punto 44.

⁶ In tal senso sentenza *Carbotermo e Consorzio Alisei*, cit. nota 109, punto 60. In tal senso anche la Corte costituzionale ha ritenuto che una consistente attività "esterna" falserebbe il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi che derivano dall'esser parte della struttura organizzativa dell'ente locale, secondo la lettura di G. CORSO, FARES, *Crepuscolo dell'«in house»?*, cit., para. 3, in commento a Corte Costituzionale, sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439. Ma sul punto cfr. *ex multis*, anche la sentenza della Corte costituzionale in data 1 agosto 2008, n. 326, punto 8.6, nel giudizio sull'articolo 13 del d.l. del 4 luglio 2006, n. 223. In dottrina, cfr., M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri*, cit., para. 6, secondi la quale la *ratio* del requisito *de quo* «*va ritrovata nella protezione della par condicio fra imprese, poiché fa sì che l'impresa che può godere di un affidamento diretto non possa operare liberamente nel mercato in concorrenza con coloro che non godono di tale privilegio vada valutato in chiave non solo quantitativa*».

⁷ L'espressione è di M. GIORGIO, *L'affidamento*, cit., para. 3.

⁸ Cfr. P. WANG E ALTRI, *Addressing purchasing arrangements between public sector entities*, cit., pag. 262.

⁹ V. Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, pp. 61-62. In tale occasione la Corte ha escluso che la *Correos*, prestatore del servizio postale universale in Spagna, fosse soggetto *in house* in quanto, pur beneficiando in via esclusiva di determinati servizi postali, per la restante parte delle sue attività si trovava in concorrenza con altre imprese («*è pacifico che la Correos è attiva sul mercato postale spagnolo e vi si trova, salvo per quanto riguarda i servizi riservati ai sensi della direttiva 97/67, in concorrenza con altre imprese postali il cui numero ammonta, secondo le osservazioni del governo spagnolo, all'incirca a 2000*»).

l'Amministrazione di considerare, nel valutare l'opportunità dell'autoproduzione tramite affidamenti *in house*, i limiti entro i quali l'entità controllata potrà operare. Tale limite, infatti, avrà inevitabili ricadute sulla possibilità di conseguire economie di scala nella gestione delle attività¹⁰.

In tale ottica, potrà assumere particolare rilievo l'opportunità di costituire un soggetto *in house* compartecipato da più enti¹¹, di modo da consentire, da un lato, l'esecuzione dei servizi verso un bacino d'utenza più ampio e, dall'altro, di ammettere anche gli enti di dimensioni più ridotte ai benefici di una gestione di dimensioni ottimali rispetto a quelle che potrebbero conseguire autonomamente¹². Anche perché, in modo analogo a quanto si è visto in rapporto al re-

¹⁰ *Contra*, se pur in epoca in cui il quadro giurisprudenziale europeo in tema di *in house* non era ancora definito come oggi, D. CASALINI, *Appalti pubblici e organizzazioni in house: un caso spagnolo*, in *Foro amm. CdS*, 12, 2003, para. 3, secondo il quale una delle «ragioni che giustificano la creazione di un rapporto *in house*» è proprio «il conseguimento di economie di scala». Ma si tratta di lettura che appare ormai superata dall'evoluzione legislativa e giurisprudenziale. Non può peraltro sottacersi che, sul punto, il legislatore nazionale, con la novella di cui all'articolo 3 bis del d.l. del 13 agosto 2011, n. 138, ha demandato alle Regioni il compito di individuare per «lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica ... ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei ... tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio». Ad ogni modo, tale previsione non pare preclusiva di ogni margine decisionale per le autonomie locali: come sottolinea, se pur in relazione al servizio idrico integrato, G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali. Purposes and problems about the award of the integrated water service to special undertaking*, in *Foro amm. TAR*, 2, 2012, para. 7, ciò «non significa che nell'ambito o bacino territoriale ottimale debba esservi un gestore unico e neppure che i singoli Comuni, in specie se di grandi dimensioni e con la posizione di capoluogo di Provincia, siano del tutto privati del potere decisionale circa la forma di gestione dei servizi pubblici» (cfr. in senso conforme T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 08 febbraio 2010, n. 336). O, quantomeno, secondo la giurisprudenza sul punto, persiste certamente l'autonomia organizzativa degli enti locali fintanto che la Regione non abbia individuato i bacini territoriali ottimali e non sia stato esercitato il potere sostitutivo statale (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia Sez. II, 28 gennaio 2014, n. 105; *ibid.*, 23 settembre 2013, n. 780).

¹¹ Sottolinea in proposito L. MUSSELLI, *Affidamento diretto di servizi a società a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza*, in *Foro amm. TAR*, 7-8, 2003, para. 2, la quale si riporta alla giurisprudenza che valorizza «le regioni di efficacia ed efficienza che imporrebbero l'istituzione di organismi di dimensioni adeguate anche in funzione di economie di scala». Sul punto anche G. CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm. TAR*, 5, 2002, para. 5, se pur in rapporto a rapporti commerciali con enti non soci, aveva sottolineato che «Le economie di scala e l'ampliamento delle attività, se ben gestite, possono tradursi in risparmi e benefici per la stessa collettività di riferimento».

¹² Si è infatti notato in proposito che «l'acquisizione di partecipazioni minime in società multicomunali ha rappresentato, in molti casi, lo strumento attraverso il quale gli enti locali hanno ampliato il raggio di azione delle s.p.a. totalmente pubbliche o miste Per altro verso, l'assunzione di una partecipazione ... in una società multicomunale ha dato ai comuni di piccole dimensioni l'opportunità di provvedere, con una gestione associata (e dunque ottimale), all'erogazione dei servizi pubblici locali», cfr. C. IAIONE, *In house*, cit., para. 4. A

quisito del “controllo analogo” per le entità multientri, laddove vi siano più amministrazioni partecipanti, non è richiesto che l’impresa svolga la parte più importante della propria attività necessariamente con un determinato ente tra quelli controllanti¹³.

1.2. (segue) e per le società miste

A differenza dei requisiti per l’affidamento diretto *in house*, espressamente enunciati sin dalla sentenza *Teckal*, le condizioni alle quali una società mista può essere affidataria diretta di una commessa pubblica sono state definite in modo meno netto.

Concentrando l’attenzione sul piano europeo¹⁴, la questione circa la necessità di gara per l’affidamento laddove il socio privato sia stato scelto tramite procedura ad evidenza pubblica è stata risolta dalla Corte di giustizia nella già richiamata sentenza *Acoseit*¹⁵. La pronuncia viene in rilievo anche in questa sede sotto un diverso profilo. Nella motivazione della sentenza si legge che affinché l’affidamento diretto sia ammissibile, previa gara per la scelta del socio, la società deve essere stata «*costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell’offerta in considerazione delle prestazioni da fornire*»¹⁶. Non solo, la pronuncia chiarisce anche che la società «*deve mante-*

tal riguardo F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, cit., pagg. 76–77, ha evidenziato che «*i comuni non hanno una dimensione di mercato: l’area dei poteri comunali non coincide con l’area nella quale possano operare imprese in concorrenza. ... l’alternativa per le aziende municipalizzate ... è fra il passare ad un vero e proprio mercato, tagliando il cordone ombelicale con il comune che le ha create, il quale non le può seguire, con i propri poteri amministrativi, fuori del proprio territorio ... e il restare aziende di erogazione di pubblici servizi nelle quali possono essere introdotti degli stimolatori di efficienza imitati, se del caso, da istituti giuridici esistenti sui liberi mercati concorrenziali*».

¹³ Sentenza *Carbotermo e Consorzio Alisei* cit. nota 37, punto 70. In senso analogo anche Corte di giustizia, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asemfo*, punto 62.

¹⁴ Su tali questioni, pertanto, non può che rinviarsi, anche per la vastità della materia, alle più che esaurienti trattazioni sul punto, tra cui, per tutti, vale richiamare S. VALAGUZZA, *Società miste*, cit., pag. 175 e ss.; R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, cit., pag. 290 e ss.; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, cit., pag. 430 e ss..

¹⁵ Cfr. capitolo III.

¹⁶ *Ibid.*

nere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara»¹⁷.

Dal combinato disposto di tali statuizioni si può dedurre l'implicito obbligo di esclusività delle prestazioni della società mista¹⁸. In tal senso depongono l'immodificabilità dell'oggetto, unitamente alla necessità che la società sia stata costituita per la fornitura di uno specifico servizio, oltre al fatto che la gara sia stata volta alla scelta del socio per la gestione di quello stesso specifico servizio – anche in rapporto ai requisiti tecnici e soggettivi e quindi alla sua capacità di eseguire la commessa –. Il che impedisce di ritenere che la società possa poi modificare i termini di gestione del servizio, anche solo ampliandone l'erogazione a nuovi bacini di utenza, pubblici o privati. Se così non fosse, infatti, verrebbe meno ogni collegamento tra oggetto della gara e prestazione, violando di conseguenza i principi europei che regolano lo svolgimento delle gare pubbliche, come conferma la circostanza che *«qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara»¹⁹.*

Anche in rapporto alle società miste riemerge quella divisione tra ciò che è mercato e ciò che ne resta (e deve restarne) fuori. Se pur in questo caso vi è una compartecipazione di soggetti pubblici e privati conseguita mediante il ri-

¹⁷ Cfr. sentenza *Acoset*, cit., punto 62.

¹⁸ In tal senso, già prima della sentenza *Acoset*, E. SCOTTI, *Le società miste*, cit., para. 4, a margine della sentenza *Stadt Halle* pur in tema di *in house*, aveva sottolineato che potessero sollevare dubbi di compatibilità europea di una società mista *«le modalità di scelta del socio privato (ove la gara non verta su tutti gli oggetti dell'affidamento diretto), la durata non determinata della sua presenza nella compagine societaria, la prassi degli affidamenti diretti successivi, siano aderenti ai principi di rispetto della concorrenza, valevoli per gli affidamenti di pubblici servizi»*. Sul punto, del pari anticipando la sentenza *Acoset*, anche G. PIPERATA, *L'affidamento in house*, cit., para. 6, secondo cui è necessario che la *«società presenti un oggetto sociale circoscritto alla gestione del servizio pubblico affidato e una durata pari alla durata dell'affidamento stesso»*. In commento alla sentenza rileva G. BASSI, *Il modello della società mista*, cit., pag. 77, che la pronuncia ha una finalità chiaramente antielusiva, andando a prevenire la possibilità di forme di affidamento successivo, mascherate come attività accessorie o integrative rispetto all'originario principale oggetto sociale. Più di recente, conforme a tale impostazione, cfr. anche A. MALTONI, *Gli atti «prodromici» delle P.A. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate*, cit., para. 5.

¹⁹ Tale lettura è peraltro confermato anche dalla posizione sul punto che l'Avvocato Generale, espresse nella medesima causa, secondo cui il la sorte del privato all'interno della compagine sociale, *«fatte salve alcune modifiche non sostanziali, resta legata alla gestione del servizio, mentre alla società mista spetta la titolarità formale dell'affidamento e all'impresa privata la fase esecutiva»* (cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 2 giugno 2009, nella causa C-196/08, *Acoset*, punto 118.).

corso al “mercato”, ossia con procedura ad evidenza pubblica, l’esclusività del rapporto nei confronti dell’Amministrazione (o delle Amministrazioni) partecipanti finisce con il sottrarre nuovamente la partecipata dall’area del mercato.

Una prospettiva, dunque, profondamente rivisitata rispetto a quella che, in un’epoca antecedente all’elaborazione giurisprudenziale europea in tema di *in house* e di società miste, grazie alle aperture della Corte costituzionale²⁰ aveva invece affermato che risulta «*assolutamente ingiustificata ogni aprioristica limitazione territoriale all’azione della società [compartecipata dall’Ente locale, n.d.a.]*»²¹. Pur se, già in tale contesto, non era mancato chi, viceversa, avesse segnalato la pericolosità, sotto un profilo concorrenziale, della presenza delle società miste sul mercato aperto²².

È dunque oggi certo che sussistono precisi limiti europei alla capacità delle partecipate, affidatarie dirette di commesse pubbliche, di muoversi libe-

²⁰ Cfr. sentenza della Corte cost., 2 febbraio 1990, n. 51, ove fu statuito che «*in tema di attività economiche svolte dall’ente regionale secondo le forme e gli strumenti propri del diritto privato la corrispondenza tra tali attività e le singole materie affidate alla competenza regionale non può essere intesa in termini così rigidi da limitare gli oggetti possibili dell’attività imprenditoriale soltanto ai contenuti specifici delle stesse materie*».

²¹ Così M. DUGATO, *Lo snellimento dell’attività*, cit., para. 1. In senso analogo anche M. CAMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., pag. 130, i quali sottolineavano che la società partecipata dell’ente locale rappresenta una forma di gestione di per sé svincolata «*da una stretta inerenza alla circoscrizione territoriale dell’ente*». Cfr. anche M. CAMELLI, *Enti pubblici*, cit.; M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. Trim. App.*, 1, 1996; od, ancora, F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. Amm.*, 2, 1995, para. 4.1, il quale aveva affermato che le S.p.A. a partecipazione locale assumono «*un ruolo che trova ... un limite nella circoscrizione territoriale dell’Ente locale: al di fuori della quale, la s.p.a., cui la l. 142/90 non impone certo vincoli territoriali circa l’esercizio del suo oggetto sociale, può ben svolgere le proprie attività, ma come un qualunque soggetto commerciale di diritto privato*». L’idea è poi stata riproposta anche in tempi più recenti, cfr., ad esempio, G. CAIA, *L’attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale*, cit., para. 5, secondo cui «*invero, se l’attività al di fuori del territorio dell’ente locale di riferimento non è tale da modificare sostanzialmente la “missione” per la quale la società stessa venne costituita, se cioè tale attività è coerente per misura e per oggetto con l’espletamento dei servizi per la collettività di cui l’ente locale socio è figura esponenziale, non dovrebbero neppure esservi controindicazioni di convenienza economica e dunque contrasti di interessi. Le economie di scala e l’ampliamento delle attività, se ben gestite, possono tradursi in risparmi e benefici per la stessa collettività di riferimento*».

²² Se pur in rapporto al sistema idrico, già in tale epoca si era infatti sottolineato che «*se le attività delle costituenti società non sarà limitata al solo territorio comunale di riferimento (o ai territori comunali di riferimento), allora gli scenari attuali o potenziali cambieranno radicalmente per la presenza di soggetti istituzionali con enormi potenziali di capitale e una capacità gestionale di prim’ordine*», cfr. A. CARULLO, *Capitale ed extraterritorialità: primi problemi per le nuove S.p.A. comunali per la gestione del servizio idrico*, in *Riv. Trim. App.*, 4, 1996, pag. 614.

ramente sul mercato. E poiché detti vincoli possono porre in serio dubbio la possibilità stessa che dette società siano redditizie, gli stessi dovranno essere oggetto di attenta valutazione da parte dell'Amministrazione al fine di verificare se l'iniziativa secondo tali schemi sia effettivamente economicamente fattibile e sostenibile.

Sotto tale profilo, rispetto ad un affidamento integralmente internalizzato, la società mista presenta l'indubbio vantaggio di poter comunque comportare minori costi. Difatti il socio privato potrà giovare indirettamente delle eventuali economie di scala derivanti dall'esecuzione delle medesime attività gestorie a favore di più Amministrazioni, allocando così ad un minor prezzo le risorse necessarie per l'espletamento dei compiti di sua competenza, senza perciò violare il requisito dell'esclusività. Il che dovrà perciò essere oggetto di specifica considerazione da parte dell'Amministrazione laddove la stessa propenda per una soluzione che preveda il ricorso ad una partecipata.

2. *Le norme in materia di aiuti di Stato quali guarentigie europee contro la commistione di ruoli*
- 2.1. *Precisazione del significato di mercato in ottica di aiuti di Stato, non più in antitesi rispetto al concetto di autoproduzione*

Nel corso del quarto capitolo si era analizzato brevemente l'*excursus* che ha portato a quello che si è definito uno "sdoppiamento di ruoli" della pubblica amministrazione, la quale si può trovare oggi in una duplice posizione rispetto al mercato²³. Giunti a questo punto della trattazione, ed avendo chiarito quale sia il limite oltre il quale l'assetto organizzativo non può più essere considerato alla stregua di un'autoproduzione, costituendo viceversa un'apertura verso il mercato, occorre in ultimo verificare le principali norme attraverso cui l'ordinamento europeo mira a prevenire indebite commistioni tra i ruoli che l'Amministrazione può rivestire.

Ma prima di andare oltre occorre sgombrare il campo da un facile equivoco. Non va confuso il concetto di "mercato concorrenziale" che viene in gioco in relazione alle *regole di concorrenza*, con quello – che si è visto in materia di *in house* e di società mista – di "mercato" in antitesi al concetto di auto-

²³ Cfr. capitolo IV, § 1.

produzione. Una cosa è, infatti, parlare di mercato concorrenziale, altro è dire che l'Amministrazione, per la selezione del soggetto gestore, si rivolga, o meno, al mercato. In questo secondo caso, il mercato a cui si sta facendo riferimento non è quello nel quale il servizio verrà erogato, ma è, viceversa, quel "mercato artificiale" delle commesse pubbliche creato per assicurare la *par condicio* tra gli operatori dei vari Stati membri.

Ne deriva che il fatto di aver scelto la formula dell'autoproduzione per la gestione del servizio, e quindi l'aver escluso il ricorso al mercato per la selezione del soggetto contraente, non significa affatto che il servizio non sia poi svolto su un mercato (potenzialmente) concorrenziale. Per tale motivo, anche in caso di autoproduzione devono trovare applicazione, salvo eventuali deroghe per i servizi di interesse economico generale, le norme in materia di aiuti di Stato.

Proprio queste ultime sono particolarmente interessanti in questa sede sia quali fonti primarie, sia quali basi giuridiche del diritto (che ne è) derivato. In un contesto quale quello Europeo, ove il rischio di protezionismo *intra*-statale è da sempre stato avvertito come una minaccia al libero scambio tra i Paesi membri²⁴, diviene fondamentale assicurarsi che gli Stati non attuino politiche di sostegno a determinate imprese, così alterando irrimediabilmente gli equilibri del mercato e, di conseguenza, minando alle fondamenta la possibilità stessa di creare e mantenere un reale mercato unico.

Il fenomeno è di fondamentale importanza per il nostro discorso in quanto produce, in un'ottica organizzativa, due immediate e non indifferenti conseguenze. Da un lato, il legislatore europeo ha previsto dei precisi obblighi di trasparenza nelle relazioni finanziari tra gli enti pubblici e le proprie partecipate al fine di poter concretamente verificare che non vi siano indebiti aiuti alle stesse. Dall'altro, l'ormai copiosa giurisprudenza in tema di aiuti di Stato ha dimostrato che l'assetto organizzativo adottato dalle Pubbliche Amministrazioni può giocare un ruolo fondamentale nell'analisi del ruolo assunto dalle autorità pubbliche ai fini del giudizio di compatibilità di determinate misure con il mercato

²⁴ Come dimostra il fatto che la normativa sugli aiuti di Stato fu prevista già nel Trattato CECA e fu poi trasposta nel Trattato del 1957, ove è sopravvissuta, in modo sostanzialmente invariato, sino ai giorni nostri.

interno, oltre naturalmente al noto problema delle compensazioni per oneri di servizio pubblico.

2.2. *La trasparenza nelle relazioni finanziarie quale rimedio alla commistione di ruoli: vincoli sulla tenuta della contabilità, ma solo in caso di affidamento diretto*

La c.d. Direttiva Trasparenza²⁵, la cui più recente versione riprende ed aggiorna disposizioni da tempo entrate a far parte dell'ordinamento europeo²⁶, detta una serie di norme volte a garantire la trasparenza in alcune c.d. «*relazioni pericolose*»²⁷ tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e all'interno di talune imprese. La prospettiva è, dunque, quella regolatoria, ossia di definizione ed imposizione di «obblighi specifici» *ex ante*²⁸.

La trasparenza nelle relazioni finanziarie tra determinati soggetti è necessaria, secondo quanto si legge nelle premesse della Direttiva, ed in particolare all'ottavo considerando, in quanto «*in materia di imprese pubbliche, detta trasparenza deve permettere di distinguere chiaramente fra il ruolo dello Stato in quanto potere pubblico ed in quanto proprietario*»²⁹.

²⁵ Direttiva 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006 relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese.

²⁶ Il primo intervento in materia risale infatti alla Direttiva 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980, ma la stessa, a dimostrazione della complessità e delicatezza della materia, è poi stata modificata a più riprese dalla Commissione, dapprima con la Direttiva 85/413/CEE, poi con la Direttiva 93/84/CEE ed ancora con la Direttiva 2000/52/CE e, infine, con la Direttiva 2005/81/CE della Commissione. Sul recepimento di dette norme, cfr. C. DI ANDREA, *Cronache costituzionali 2003*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2004.

²⁷ La colorita, ma efficace, espressione è di P. MANZINI, *Note sulle «relazioni pericolose»*, cit., pag. 1.

²⁸ Sulla qualificabilità delle misure volte a garantire la trasparenza e la separazione contabile come misure di regolazione *ex ante*, cfr. M. CLARICH, R. CASSANO, *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. Inf.*, 1, 2009, para. 3.1. Ciò in virtù dei «*poteri di controllo preventivi*» riconosciuti in capo alla Commissione in materia di aiuti di Stato, cfr. E. MOAVERO-MILANESI, *Imprese pubbliche e trasparenza delle relazioni finanziarie con gli Stati nella Comunità economica europea*, in *Riv. dir. ind.*, 4 (parte II), 1982, pag. 291.

²⁹ In proposito anche in dottrina si è sottolineato che sin dalla Direttiva 80/723/CEE l'obiettivo era «*distinguere tra interventi dello Stato in quanto proprietario e interventi dello Stato in quanto potere pubblico*», cfr. M.T. CIRENEI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati*, cit., para. 2. Come evidenziato da G. MARCHEGANI, *Alcune considerazioni*, cit., pag. 968, sulla base di tale distinzione della «*figura dello Stato come potere pubblico da quella dello Stato come proprietario*», la Corte di giustizia ha da tempo chiarito che «*lo Stato può agire vuoi esercitando il potere d'imperio, vuoi svolgendo attività economiche di natura industriale o commerciale che consistono nell'offrire beni e servizi sul mercato*», cfr. sentenze del: 16 giugno 1987, nella causa 118/85, *Commissione / Italia*;

Si tratta, dunque, di un riconoscimento esplicito di quel doppio ruolo che può assumere la pubblica amministrazione e di cui si era detto nel corso del quarto capitolo³⁰. Con l'aggiunta che, in ottica europea, diviene fondamentale poter tenere distinte le due "anime" dello Stato, al fine di garantire che tra queste non si realizzi alcuna commistione tale da poter pregiudicare il corretto funzionamento del mercato.

Come ben chiarito nelle premesse, ed in particolare al nono considerando, detta finalità è strumentale all'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato. Le norme in tema di trasparenza sono volte ad assicurare che la Commissione, nell'esercizio delle proprie esclusive competenze di cui all'articolo 108 TFUE, disponga delle informazioni necessarie a valutare l'eventuale sussistenza di misure incompatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE³¹, specie nella forma di sussidi incrociati³². È la stessa Direttiva Trasparenza a sottolineare che «*la complessità delle relazioni finanziarie intercorrenti tra poteri pubblici nazionali e imprese pubbliche*»³³ può essere d'ostacolo alla corretta applicazione dell'articolo 108 TFUE, in quanto può risultare particolarmente ardua l'individuazione degli elementi costitutivi degli aiuti incompatibili.

18 marzo 1997, nella causa C-343/95, *Diego Cali` & Figli c. SEPG*.

³⁰ Cfr. capitolo IV, § 1.

³¹ Che tale sia la finalità è, del resto, largamente condiviso anche in dottrina, per tutti cfr. P. MANZINI, *Note sulle «relazioni pericolose»*, cit. Il che è peraltro pacifico da tempo, cfr. P. VOCI, *La sentenza della Corte di giustizia della CEE in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stato e imprese pubbliche*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 3, 1983, pag. 1140, il quale, sin dalla prima Direttiva, sottolineò che il fine ultimo era di offrire una «*chiara visione del titolo e delle ragioni sostanziali in base alle quali i pubblici poteri elargiscono risorse finanziarie alle imprese pubbliche*».

³² Come sottolinea M.T. CIRENEL, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati*, cit., para. 5, la quale tuttavia osserva che «*la situazione in esame è ovviamente radicalmente diversa da quella dei "finanziamenti incrociati virtuosi" considerati dalla Corte di giustizia e della Commissione nel quadro della valutazione dei limiti di compatibilità dei monopoli con il diritto comunitario*» (*ibid.*). In proposito ha poi sottolineato D. CASALINI, *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro amm. CdS*, 10, 2003, para. 2 «*la necessità di distinguere gli investimenti connessi all'esercizio dell'impresa da parte dell'ente pubblico erogatore da quelli costituenti aiuti di Stato*». Un valido esempio applicativo di tali principi è offerto dalle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Juliane Kokott, il 28 ottobre 2004, nella causa C-134/03, *Viacom*, in cui la stessa afferma che se un «*comune, ad esempio, mettesse a disposizione del suo servizio delle pubbliche affissioni mezzi derivanti dall'imposta comunale sulla pubblicità, non si potrebbe escludere che ciò conduca a distorsioni della concorrenza a svantaggio degli operatori privati e a favore del servizio delle pubbliche affissioni*» (punto 85).

³³ Considerando n. 6 della Direttiva Trasparenza.

tibili, specialmente in considerazione del fatto che gli Stati membri presentano strutture territoriali amministrative anche molto diverse tra loro³⁴.

In altri termini, si tratta di capire se eventuali trasferimenti di risorse statali a favore di determinate imprese siano qualificabili come normali transazioni economiche nell'ambito del ruolo dello «*Stato-proprietario*», oppure se le stesse debbano essere considerate quali misure poste in essere al di fuori di una logica di mercato³⁵, secondo il criterio dell'investitore privato³⁶, e possano perciò divenire problematiche in un'ottica di aiuti di Stato. Al riguardo si è d'altro canto sottolineato, in prospettiva diametralmente opposta, che l'esigenza da tutelare è anche quella di consentire la parità di accesso, anche per le imprese pubbliche, «*alle normali tecniche di finanziamento proprie del modello organizzativo utilizzato*», onde evitare che qualsivoglia trasferimento sia classificabile come aiuto di Stato e che, quindi, le imprese pubbliche siano di fatto svantaggiate da un contesto regolatorio indifferente alla natura pubblica o privata dell'ente³⁷.

Per tale motivo la Direttiva mira a rendere trasparente, ossia verificabile, l'azione amministrativa. Il che, peraltro, permette di assimilare il concetto di trasparenza qui rilevante all'accezione comunemente accolta dalla dottrina a livello nazionale³⁸, ma in questo caso in un'ottica prettamente organizzativa³⁹ e,

³⁴ In merito a tale ultima circostanza, cfr. considerando 11 della Direttiva Trasparenza.

³⁵ Spiega in tali termini il problema S.M. CARBONE, *Brevi note in tema di privatizzazioni*, cit., para. 2.

³⁶ Sul punto, non potendo ulteriormente approfondire il tema in questa sede, per tutti P. MANZINI, *Note sulle «relazioni pericolose»*, cit., para. 1, secondo cui «*mediante tale strumento, noto come il criterio dell'investitore privato in economia di mercato, si tende, infatti, a stabilire se un determinato coinvolgimento finanziario dello Stato in un'impresa può considerarsi un investimento lecitamente compiuto da quest'ultimo nelle vesti di soggetto economico ovvero deve ritenersi un sussidio vietato dal diritto comunitario*».

³⁷ Pone in evidenza detta problematica M.T. CIRENEI, *Le società di diritto "speciale,"* cit., para. 3, la quale, tuttavia, riteneva che la Direttiva Trasparenza allora vigente non risolvesse il problema, ponendosi a monte della disciplina sugli aiuti di Stato. In proposito ha del resto osservato P. MANZINI, *Note sulle «relazioni pericolose»*, cit., para. 1, che «*l'attenzione delle istituzioni comunitarie si è allargata verso tutte quelle forme di collegamento tra Stato e imprese (normalmente anche se non necessariamente) nazionali ove sussiste un rischio di comportamenti contrari ai principi del trattato da parte del primo in favore delle seconde, a prescindere dal loro status giuridico*».

³⁸ Cfr. per tutti, M. OCCHIENA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA; F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pag. 141, afferma in via generale che «*la locuzione in esame [trasparenza amministrativa, n.d.a.] è da tempo servita a descrivere un carattere tipico degli enti pubblici, chiamati a informare la loro attività e organizzazione*», il quale ne sottolinea la riferibilità «*a tutti gli aspetti che concernono gli*

soprattutto, strettamente funzionale al solo rispetto delle regole di concorrenza⁴⁰.

Tale circoscritta finalità è tra l'altro confermata dalla circostanza che il regime di separazione imposto dalla Direttiva non consente di sottrarsi all'obbligo di gara. Anche laddove sia posta in essere la prescritta separazione tra le attività svolte per soddisfare bisogni d'interesse generale e quelle esercitate in condizioni di concorrenza, resta l'obbligo anche per il "ramo d'azienda" che si occupa di queste ultime di scegliere i propri contraenti tramite gara, pur anche laddove si dimostrasse che detto regime di separazione sia sufficiente ad escludere finanziamenti incrociati tra i due tipi di attività⁴¹.

Oltre a tale ben definito fine, l'ambito applicativo della Direttiva Trasparenza è altresì circoscritto a specifiche ipotesi⁴². Ai fini del nostro discorso, tut-

enti pubblici».

³⁹ Il che, dunque, conferma l'idea, già da tempo proposta da R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 1987, secondo cui, da un'analisi del rapporto tra segreto d'ufficio e diritto di accesso, emerge che la trasparenza assurge a principio generale tanto dell'azione quanto dell'organizzazione pubblica. Sulla scia di quest'ultima teoria, anche R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 1989, pag. 426, nell'affermare che «*la trasparenza si sostanz[a] in un vero e proprio principio generale, di quelli direttamente discendenti e fondati da canoni e principi di rango costituzionale*», ricollegava il principio anche all'ambito organizzativo. Più recentemente, F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Astrid*, 22, 2009, pag. 3, ha affermato che «*la trasparenza, esplicitamente inserita nell'art. 1 della legge sul procedimento dalla novella del 2005, va oltre gli obblighi procedurali, poiché richiede una comprensibilità dell'azione amministrativa che esorbita dal mero rispetto delle regole procedurali*».

⁴⁰ In relazione al rilievo concorrenziale del principio, cfr. F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, cit., pag. 2, secondo il quale «*il principio di trasparenza è un fine per il quale sono strumentali la pubblicità e il diritto di accesso, ma, a sua volta, costituisce uno strumento per evitare elusioni del principio di concorrenza e accordi illeciti o corruttivi*».

⁴¹ Anche perché, secondo una consolidata giurisprudenza europea, «*è consentito dubitare seriamente che sia realmente possibile porre in essere una siffatta separazione tra le differenti attività di un ente che costituisce un'unica persona giuridica, che ha un regime patrimoniale e di proprietà unico e le cui decisioni in materia di direzione e di gestione sono adottate unitariamente*», Corte di Giustizia, sentenza del 10 aprile 2008, nel procedimento C-393/06, *Ing. Aigner*, para. 53. In dottrina spiega tale circostanza in base alla c.d. teoria del "contagio" B. RINALDI, *Sull'applicazione della teoria del contagio alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2008, la quale ricollega la necessità di un siffatto approccio alle «*esigenze di certezza del diritto, trasparenza e di prevedibilità che regolano le procedure in materia di appalti pubblici*» (*ivi*, para. 4).

⁴² Come risulta da combinato disposto dell'articolo 1, paragrafo 1 e 2, ed articolo 2, paragrafo 1, lettera d), la Direttiva si applica unicamente alle relazioni tra i poteri pubblici e le imprese pubbliche ed alle imprese che fruiscono di diritti speciali o esclusivi o che sono incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, laddove queste ricevano compen-

tavia, la limitata portata della norma rileva solo marginalmente, finendo comunque col coincidere, in buona sostanza, con l'ambito qui in esame⁴³.

In merito all'ambito soggettivo di applicabilità delle norme *de qua*, più rilevante in questa sede è, invece, la circostanza che, sin dalle prime pronunce, si è chiarito che non è affatto necessario che vi siano due entità giuridicamente distinte: secondo la Corte, se così fosse, lo scopo della Direttiva rischierebbe di non essere realizzato in quanto l'onere di trasparenza e di separazione dipenderebbe dalla forma giuridica scelta dagli Stati membri per l'espletamento delle attività economiche di natura industriale o commerciale di determinati organi dello Stato⁴⁴. Ciò implica che gli oneri derivanti dalla Direttiva Trasparenza sono applicabili tanto laddove l'affidamento diretto sia a favore di una partecipata dell'Amministrazione, quanto nei casi in cui l'Amministrazione scelga di

saZIONI per prestazioni di servizio pubblico in relazione a tali servizi ed al contempo esercitino anche altre attività.

⁴³ Sono imprese pubbliche ai sensi dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), quelle sulle quali «i poteri pubblici possano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina»: influenza dominante che, a sua volta, secondo la medesima norma, sussiste qualora i poteri pubblici «i) detengano la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa; o ii) dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa; o iii) possano designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa». Il che attrae nella nozione le entità *in house* e le società miste, quantomeno sicuramente se a capitale privato minoritario. Inoltre, è d'altro lato facilmente immaginabile che i servizi oggetto di affidamento siano comunque qualificabili come servizi di interesse economico generale e, perciò, vengano attratti nell'ambito della Direttiva Trasparenza dalla seconda condizione di applicabilità. Quest'ultima, introdotta ad opera della Direttiva 2000/52/CE e costituente «l'innovazione essenziale» della stesa (cfr. P. MANZINI, *Note sulle «relazioni pericolose»*, cit., para. 2), fu inserita infatti per far fronte alla tendenza degli Stati membri, a seguito del processo di liberalizzazione, di riconoscere ad imprese formalmente private diritti speciali od esclusivi, cfr. M.T. CIRENEL, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati*, cit., para. 1. Sul punto cfr. anche D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2007, para. 3. Al riguardo ha infatti notato R. MAGLIANO, *Servizi di interesse economico generale, aiuti di stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della Commissione CE*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2004, para. 5, che «la maggioranza delle imprese incaricate dello svolgimento del servizio di interesse economico generale svolge anche altre attività che esulano dal servizio pubblico: ciò impone quindi una disciplina della contabilità dalla quale risultino separatamente i risultati delle diverse attività».

⁴⁴ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 16 giugno 1987, nella causa 118/85, *Commissione / Italia (Amministrazione autonoma dei monopoli di stato)*, punti 9 e 10. Più di recente la Corte ha fatto espressa applicazione di tale principio qualificando come risorse statali, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, delle risorse erogate nell'ambito della stessa persona giuridica, ritenendo che «è poco rilevante che tale società designata sia al tempo stesso il centralizzatore della tassa percepita, il gestore dei fondi raccolti e il beneficiario di una parte di tali fondi», cfr. sentenza del 17 luglio 2008, nel procedimento C-206/06, *Essent Netwerk Noord*, punto 70.

prestare il servizio direttamente tramite strutture propriamente interne. Si tratta, dunque, di un esempio applicativo del principio di cui s'è già detto per cui l'esercizio di un'attività economica, salvo espresse deroghe, deve sempre svolgersi nel rispetto delle *regole di concorrenza*.

Va detto poi che quelle qui in esame sono norme che trovano corrispondenti in numerosi altri settori di interesse europeo⁴⁵. Ma la specificità delle disposizioni dettate in ciascun settore, intimamente collegate alle caratteristiche dei mercati stessi, suggerisce di limitare la presente analisi alla Direttiva Trasparenza. Ai nostri fini, i principi che ne derivano non trovano limitazioni settoriali alla loro applicazione, se non in relazione ai settori speciali ove sono dettate norme *ad hoc*⁴⁶, ed entrano pertanto in gioco – per quanto si è detto poc'anzi e sempre tenuto conto dell'oggetto del presente studio – in qualsiasi mercato aperto alla concorrenza⁴⁷, mentre non è sempre detto il contrario⁴⁸. Dunque, si può senza troppi timori dire che i principi desumibili dalla Direttiva trasparenza possono considerarsi di portata “generale” nell'ambito del contesto

⁴⁵ In proposito si è infatti osservato che «*gli obblighi di separazione – nelle sue diverse forme – rappresentano, del resto, una soluzione frequentemente prospettata dall'ordinamento per evitare “contagi” nocivi per la concorrenza*», C. ACOCELLA, *Riflessioni sugli attuali limiti delle partecipazioni pubbliche tra attività amministrativa e attività d'impresa*, in *Giustamm.it*, 2012, para. 2.1. Per fare alcuni esempi, basta pensare ad energia, trasporti o telecomunicazioni, ossia proprio a quei settori esclusi inizialmente dall'ambito applicativo della prima Direttiva Trasparenza (cfr. dodicesimo considerando della Direttiva 80/723/CEE). In questi, di sovente, al fine di facilitare il processo di liberalizzazione, il legislatore ha imposto regimi di c.d. *unbundling* sempre più stringenti, spesso di natura non solo contabile, ma addirittura, anche proprietario. In questi casi, tuttavia, rispetto alle norme della Direttiva trasparenza in esame, le finalità perseguite sono strettamente funzionali all'apertura del mercato alla concorrenza, per lo più cercando di prevenire possibili abusi da parte dei c.d. *incumbents*.

⁴⁶ Come chiarisce il considerando 17 della Direttiva stessa, ai sensi del quale «*in determinati settori esistono già norme comunitarie che obbligano gli Stati membri e talune imprese a tenere una contabilità separata. È necessario assicurare la parità di trattamento di tutte le attività all'interno della Comunità ed estendere l'obbligo della contabilità separata a tutte le fattispecie analoghe. La presente direttiva non è intesa a modificare le norme specifiche stabilite allo stesso scopo in altre disposizioni comunitarie e non deve quindi applicarsi alle attività di imprese che rientrano nel campo d'applicazione di tali disposizioni*».

⁴⁷ In proposito si è infatti persino affermato che una sentenza interpretativa della prima Direttiva Trasparenza prendesse «*in considerazione tutto lo spettro delle attività compiute da uno Stato nell'ambito delle sue funzioni, da quelle di rango primario fino a quelle aventi carattere occasionale, ivi comprese quelle svolte nel contesto di un "partenariato" con soggetti privati*», cfr. G. MARCHEGIANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2002, para. 2.

⁴⁸ Va da sé, infatti, che le previsioni in materia di *unbundling* relative ai diversi settori si applicano solo ai soggetti espressamente considerati dalle rispettive Direttive.

qui rilevante.

Naturalmente, data la delicatezza della materia disciplinata⁴⁹, si deve considerare che la Direttiva Trasparenza, pur sviluppandosi in pochi articoli, si compone di molteplici istituti, già ampiamente studiati dagli interpreti, a partire dalla nozione stessa di impresa pubblica⁵⁰.

Ai nostri fini, tuttavia, v'è in particolare un aspetto che risulta maggiormente interessante: la stessa non si applica, come chiarito dal considerando 20 e dall'articolo 5, paragrafo 2, lett. c), «*nei casi in cui il compenso per la prestazione di servizi d'interesse economico generale è stato determinato per un periodo appropriato nell'ambito di una procedura pubblica, trasparente e non discriminatoria*».

Per quanto interessa in questa sede, da tale disposizione deriva l'importante conseguenza che l'obbligo di trasparenza sorge solo in capo alle società che siano affidatarie dirette di un servizio, mentre, nel caso in cui la commessa sia stata aggiudicata tramite gara, tale onere viene meno, indipendentemente dalla proprietà pubblica o privata. Nonostante l'indubbio collegamento della norma al tema dei compensi per oneri di servizio pubblico⁵¹, la circostanza è comunque di particolare interesse ai nostri fini in quanto pone un ulteriore onere a carico degli affidatari diretti di servizi pubblici.

⁴⁹ Sin dai primi commenti relativi alla originaria Direttiva si sottolineò, infatti, che le disposizioni qui in esame riguardano «*un campo molto delicato in cui sono direttamente – e vitalmente – coinvolti importantissimi interessi degli Stati*», così E. MOAVERO-MILANESI, *Imprese pubbliche e trasparenza*, cit., pag. 268, in commento alla sentenza della Corte, definita dall'Autore «*coraggiosa*» (ivi), nelle cause 188, 189, 190/80 del 6 luglio 1982 che respinse i ricorsi avverso le norme di (allora) recente introduzione.

⁵⁰ In proposito sottolinea C. BATTISTINI, *Liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo*, in *Dir. Un. Eur.*, 3, 2010, n. 46, che «*una definizione sufficientemente completa è stata fornita per la prima volta dalla cd. "direttiva trasparenza"*». Non a caso, infatti, G. GRECO, in uno dei suoi primi studi sulla nozione di ente pubblico alla luce del diritto comunitario (cfr. *Ente pubblico, impresa pubblica*, cit., para. 1) si riferì proprio alla nozione di impresa pubblica di cui alla Direttiva Trasparenza per giustapporla a quella di «ente di diritto pubblico». Od, ancora, può pensarsi alla definizione di «diritto speciale» e di «diritto esclusivo» che, non declinata dai Trattati, è invece contenuta nella Direttiva Trasparenza, per cui, secondo l'inquadramento di M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale*, cit., para. 5, «*nel primo caso si ha ... un monopolio, nel secondo caso tutta una serie di vantaggi che possono compromettere le dinamiche concorrenziali di un determinato mercato*».

⁵¹ Posta la strumentalità della Direttiva Trasparenza rispetto alla disciplina degli aiuti di Stato, la disposizione citata pare infatti dover essere letta alla luce della ben nota problematica circa il calcolo delle compensazioni ammissibili ai sensi dell'articolo 107 TFUE per lo svolgimento di oneri di servizio pubblico, sul che si tornerà a breve nel successivo § 2.4.

Si tratta di esenzione di non poco conto, se considerata la non indifferente incidenza che l'applicazione delle norme *de qua* può determinare⁵², come conferma l'avversità che sin dall'origine gli Stati membri avevano dimostrato verso le norme in esame⁵³.

L'articolo 1, paragrafo 1, della Direttiva richiede che gli Stati membri assicurino che risultino in modo trasparente e chiaro tutte le assegnazioni di risorse pubbliche eventualmente erogate direttamente dai poteri pubblici, o indirettamente mediante imprese pubbliche od altri enti finanziari, e l'utilizzazione effettiva di tali risorse pubbliche. Per converso, il secondo paragrafo della medesima Direttiva richiede alle imprese soggette all'obbligo di contabilità separata di tenere la propria contabilità in modo che emergano chiaramente sia i costi e i ricavi relativi alle distinte attività, sia i metodi dettagliati con i quali detti costi e ricavi sono imputati o attribuiti alle distinte attività.

La gravosità delle disposizioni richiamate è peraltro accentuata dalle conseguenze che possono derivare dalla mancata applicazione delle stesse. Premesso che *«in assenza di un minimo di separazione organizzativa e di traspa-*

⁵² Ed infatti, già in relazione alle disposizioni della prima Direttiva trasparenza, E. MOAVERO-MILANESI, *Imprese pubbliche e trasparenza*, cit., pag. 285, affermò che *«le conseguenze pratiche [dell'applicazione delle norme in tema di trasparenza, n.d.a.] sono notevoli e hanno una portata affatto trascurabile»*.

⁵³ Si allude alle cause 188, 189, 190/80 proposte da diversi Stati membri avverso la prima versione della Direttiva. Sul che, oltre a quanto detto nella precedente nota 49, giova evidenziare che tra la dottrina dell'epoca non mancò invece chi accolse con favore già la prima Direttiva, reputando che la stessa fosse in grado di configurare *«un complessivo aumento delle possibilità concrete per la Commissione di accedere ai dati necessari per l'assolvimento dei suoi compiti in materia di aiuti statali»*, cfr. *Ibid.*. In senso favorevole alle nuove norme cfr. anche R. SCARPA, *Trasparenza dei rapporti fra autorità pubbliche ed imprese pubbliche nell'ordinamento comunitario. Una garanzia per le libertà nella vita economica*, cit., pag. 1087, affermò che *«ci si può chiedere per quale motivo detti Stati membri abbiano speso tempo e denaro del contribuente per ricorrere alla Corte di giustizia. Infatti, se non hanno nulla da celare, non si vede perché se la prendano tanto quando la Commissione, per vedere ciò che già è, secondo loro, visibile ad occhio nudo, si voglia mettere particolari occhiali»*. Ma, prosegue l'Autore *«nella realtà effettuale delle cose, i metodi di finanziamento delle imprese pubbliche ... sono i più vari»*. Per una più recente analisi si rinvia a quanto sottolineato da G. URBANO, *Le regole comunitarie e di trasparenza a carico delle imprese pubbliche ha suscitato le preoccupazioni degli Stati membri, i quali hanno sostenuto l'illegittimità della relativa disciplina per contrasto con il principio di parità tra impresa pubblica e impresa privata. ... In sostanza, le imprese pubbliche sono funzionalmente diverse da quelle private, benché soggette entrambe alle medesime dinamiche del mercato. La direttiva sulle relazioni finanziarie incide proprio su quello scarto di differenza funzionale che differenzia le une dalle altre e, dunque, al contrario di quanto sostenuto dagli Stati, li colloca su un piano di parità effettiva»*. Sul punto anche G. FONDERICO, *Aiuti di Stato*, in M. CLARICH; G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, pagg. 30-31.

renza» può divenire impossibile distinguere la natura delle risorse pubbliche trasferite⁵⁴, il mero fatto che un'impresa tenuta al rispetto della Direttiva trasparenza ometta di porre in essere le doverose misure di salvaguardia prima di iniziare la propria attività economica da svolgersi in regime di concorrenza, può essere ritenuto idoneo a determinare *ex se* una violazione dell'articolo 106, paragrafo 1, TFUE⁵⁵.

Ancora una volta, dunque, si conferma quel principio di separazione tra la sfera pubblica e quella privata che, nel corso della trattazione, si è visto costituire il *leitmotiv* degli istituti analizzati. Ed ancora emerge un ulteriore aggravio per la gestione internalizzata che, rispetto all'affidamento al mercato tramite gara, richiede una maggiore complessità organizzativa, sia che ci si avvalga dei propri uffici interni, in senso stretto, sia che si agisca mediante affidamento *in house*.

2.3. *Il rapporto tra pubblici poteri ed operatori economici in un'ottica di aiuti di Stato quale indice del divieto per i primi di interferire con le decisioni gestionali dei secondi*

Come noto, uno dei requisiti di applicabilità dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE⁵⁶ è che le risorse utilizzate per finanziare l'aiuto siano di provenienza pubblica. Secondo un'ormai consolidata giurisprudenza, tuttavia, tale provenienza non è esclusa dal mero fatto che il soggetto finanziatore non sia direttamente un ente pubblico nel senso stretto del termine, ben potendosi imputare allo Stato, agli effetti dell'articolo 107 TFUE, anche le risorse di un soggetto

⁵⁴ Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 28 ottobre 2004, nella causa C-134/03, *Viacom*, punto 86. In senso analogo anche le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl il 7 novembre 2002, nelle cause riunite da C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse*, punto 105 in particolare. Sotto diversa prospettiva, l'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl, nelle conclusioni presentate il 7 novembre 2002 nella medesima causa *Enirisorse*, ha sottolineato che l'obiettivo della trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche verrebbe manifestamente meno laddove non fosse possibile collegare in modo chiaro gli oneri a carico delle imprese derivanti da eventuali funzioni specifiche e la compensazione garantita a tale proposito dallo Stato (cfr. punto 105).

⁵⁵ In tal senso si era infatti espresso l'Avvocato Generale L.A. Geelhoed nelle conclusioni presentate il 28 settembre 2006, nella causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales* (ASEMFO), punto 114.

⁵⁶ Che, come noto, enuncia i requisiti al ricorrere dei quali una misura costituisce un aiuto incompatibile con il diritto europeo.

privato, o solo formalmente tale⁵⁷.

Si è accennato nel corso del primo capitolo dell'evoluzione storica che ha condotto, nell'alternativa tra la lettura cumulativa od alternativa dei requisiti della provenienza delle risorse e della natura statale dell'aiuto⁵⁸.

Ha chiarito cosa si debba intendere con «*aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali*» la sentenza *Stardust Marine*⁵⁹, vera pietra angolare della materia, che ancora resta il punto di riferimento tanto per la giurisprudenza⁶⁰, quanto per la Commissione⁶¹, circa il rapporto intercorrente tra le autorità pubbliche e le società da queste partecipare.

Data la notorietà del caso, può essere sufficiente ricordare che in tale occasione la Corte affermò che per poter considerare statali le risorse di un'impresa utilizzate per finanziare una misura di aiuto non è sufficiente dimostrare che lo Stato possa in astratto esercitare un qualche controllo sull'impresa. È necessario «*verificare se le autorità pubbliche debbano ritenersi aver avuto un qualche ruolo nell'adozione di tali misure*»⁶². Ciò in quanto – come condi-

⁵⁷ Stato da intendersi, secondo l'accezione accolta nella disciplina relativa agli aiuti di Stato, in senso assolutamente ampio, tale da ricomprendere qualsiasi ente formalmente pubblico. Sulla riconducibilità, poi, di enti non formalmente pubblici alla nozione di Stato ex articolo 107 TFUE, si consenta ancora di rinviare a G. CARULLO, *State Resources in the Case Law*, cit..

⁵⁸ V. *supra*, capitolo I, § 4.

⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2002, nella causa C-482/99, *Francia / Commissione (Stardust Marine)*.

⁶⁰ Si vedano, tra le tante la sentenza del Tribunale del 26 giugno 2008, nella causa T-442/03, *SIC / Commissione*, punto 94; del 10 novembre 2011, nella causa T-384/08, *Elliniki Nafpigo-kataskevastiki / Commission*, punto 51; del 28 febbraio 2012, nelle cause riunite T-268/08 e T-281/08, *Land Burgenland and Austria / Commission* (confermata in appello, cause C-214/12, C-215/12 e C-223/12).

⁶¹ Si veda, ad esempio, la Decisione del 19 dicembre 2012 sugli aiuti concessi da SEA S.p.A., società a capitale interamente pubblico, a SEA Handling S.p.A.. Nella decisione di avviare il procedimento di indagine formale del 23 giugno 2012 (GU C/29/2011), la Commissione ha basato la propria motivazione interamente sul caso *Stardust Marine* per concludere che la misura rientra potenzialmente nel campo di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE (paragrafo 55 e ss. della Decisione). La Commissione ha in particolare sottolineato il fatto che le risorse erano state trasferite da SEA S.p.A. a SEA Handling S.p.A. su richiesta dei suoi azionisti pubblici.

⁶² Sentenza *Stardust Marine*, punto 52. A questo proposito è stato sottolineato in dottrina che le decisioni autonome assunte da imprese pubbliche non sono automaticamente classificabili come aiuti di Stato, anche se le loro risorse come tali sono soggetti a qualche forma di controllo pubblico, essendo necessari ulteriori elementi per determinare se l'azione di tali organismi può essere attribuita allo Stato o meno, cfr. L. HANCHER, *Case C-482/99, French Republic v. Commission ("Stardust Marine")*, judgment of the full court of 16 May 2002, in *CMLR*, 3, 2003, pag. 749. Si noti che già diversi anni prima della sentenza nel caso *Stardust Marine*, si era avvertito in dottrina che laddove un'impresa agisca autonomamente non ci potrebbe essere alcun intervento nei confronti dello Stato, il che, si è commentato, pone

viso anche dalla giurisprudenza italiana⁶³ – secondo la Corte uno degli aspetti più problematici rappresentato dalle partecipazioni pubbliche nelle imprese risiede nel rischio che «*lo Stato può perseguire, tramite le sue imprese pubbliche, finalità diverse da quelle commerciali*»⁶⁴. Espressione il cui il tenore trova conferma nel testo originale della sentenza, così come in quello di altre traduzioni⁶⁵.

Il passaggio è di grande interesse in quanto ben rappresenta la preoccupazione della Corte di giustizia che lo Stato utilizzi le imprese da esso a vario modo controllate per fini non strettamente commerciali e che attraverso queste attui una pericolosa commistione del ruolo istituzionale, o comunque di carattere pubblico con i fini commerciali. Emerge così, ancora una volta, il delicato obiettivo di garantire che l'intervento dei pubblici poteri non venga posto in essere secondo modalità tali da poter ingenerare commistioni con l'esercizio di attività d'impresa lesive della libera concorrenza.

In proposito giova ricordare che il già citato articolo 345 del TFUE garantisce in teoria un elevato grado di libertà agli Stati membri sul modo in cui

qualche dubbio sulla correttezza di un siffatto approccio, vista l'immunità dalle norme del Trattato che ne deriva per le imprese pubbliche che agiscono di propria iniziativa, G. MARENCO, *Public Sector*, cit., pag. 498. Più di recente, in tal senso, anche A. BARTOSCH, *Distortions of Competition on the Markets for the Operation of Airport Infrastructures: the Commission's New Guidelines*, in *ESTAL*, 4, 2005, pag. 627, il quale ha concluso che, alla luce della giurisprudenza europea, nel conferire misure vantaggiose di carattere selettivo, le imprese pubbliche, per evitare l'applicabilità delle norme in materia di aiuti di Stato, dovrebbero semplicemente lasciare tutte le decisioni esclusivamente ai loro vertici direttivi, così facilmente aggirando l'articolo 107 del Trattato.

⁶³ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885, secondo cui «*il fatto che un'impresa pubblica operi in regime di concorrenza non esclude che una società finanziaria o controllata dallo Stato, da enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche, potendo, ad esempio, essere indotta a subire perdite economiche al fine di perseguire una determinata politica economica, propria dell'ente di riferimento*»

⁶⁴ Sentenza *Stardust Marine*, punto 39. Tale idea era peraltro già stata espressa, se pur in termini meno categorici, nella sentenza del 6 luglio 1982, nelle cause riunite C-188/80 e C-190/80, *Repubblica italiana, Regno Unito ed altri c. Commissione*, ove si legge che «*le imprese private decidono, nei limiti fissati dalle leggi cui sono soggette, la loro strategia industriale e commerciale in considerazione, soprattutto delle esigenze di profitto. Le decisioni delle imprese pubbliche, invece, possono scontrarsi con fattori di diversa natura, nell'ambito del perseguimento, da parte delle autorità pubbliche che possono influenzare le decisioni stesse, di scopi di interesse generale*».

⁶⁵ Si legge infatti nel testo francese della sentenza «*l'État peut poursuivre, par ses entreprises publiques, des finalités autres que commerciales*», come anche nel testo inglese «*Through its public undertakings, the State may pursue objectives other than commercial ones*», o quello spagnolo «*a través de sus empresas públicas los Estados pueden perseguir objetivos distintos de los comerciales*».

possono muoversi, come operatori economici, nel mercato⁶⁶. Ma, come s'è detto, nel farlo deve operare come un qualsiasi altro operatore economico, sottostando a tutte le *regole di concorrenza* poste dagli articolo 101 e seguenti del TFUE, ivi incluse quelle sugli aiuti di Stato.

Le Corti europee hanno infatti dimostrato che il fatto che la proprietà pubblica non possa essere limitata dai Trattati non esclude che le istituzioni europee verifichino in concreto per quali scopi detta facoltà venga concretamente utilizzata. Il che, sotto speculare prospettiva, si traduce nel fatto che «*l'intensità del controllo esercitato dal giudice comunitario potrebbe dipendere dalla probabilità di un effettivo intervento dei pubblici poteri*»⁶⁷.

Infatti, la consolidata prospettiva assunta dalla Corte di giustizia nel citato caso *Stardust Marine* ha fatto emergere l'esigenza di assoggettare a revisione, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, le decisioni delle imprese, al fine di verificare se l'intervento dello Stato abbia portato a perseguire obiettivi diversi da quelli commerciali. Ciò, in particolare, al fine di valutare se l'impresa abbia operato con un sufficiente margine di indipendenza secondo il grado di autonomia ad essa riconosciuto dallo Stato⁶⁸.

Ne discende che, per dimostrare l'interferenza delle autorità pubbliche con la decisione che ha portato all'adozione di un aiuto, è sufficiente dimostrare l'esercizio da parte delle stesse di una qualche influenza sul processo decisionale dell'impresa. Non è, invece, necessario provare le effettive conseguen-

⁶⁶ Ed infatti tale facoltà, sicuramente allo stato non elidibile, non è stata comunque esente da critiche in un'ottica di aiuti di Stato. Si veda, ad esempio R. KOVAR, *Les prises de participation publiques et le régime communautaire des aides d'Etat*, in *RTD Com.*, 1992, pag. 190, secondo cui «*la liberté ainsi reconnue aux Etats membres signifie qu'ils sont en droit d'aménager un régime de propriété publique, même si on peut avoir le sentiment que la généralisation de celle-ci s'accorderait mal avec les conceptions économiques dont procède la Communauté*».

⁶⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, presentate il 13 dicembre 2001 nella causa C-482/99, Francia / Commissione (*Stardust Marine*), punto 63.

⁶⁸ Sentenza *Stardust Marine*, punto 52. Valutazione che, però, non sembra di facile attuazione, nemmeno alla luce dei criteri fissati dalla stessa sentenza *Stardust Marine*, essendo stati questi piuttosto vaghi e in parte inadeguati, come sottolineano G. SCHOHE, C. ARHOLD, *The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2002/2003*, in *EStAL*, 2, 2003, pag. 146. Un'effettiva e realistica determinazione del grado di libertà lasciata dallo Stato alle sue imprese, del resto, richiede necessariamente un'analisi caso per caso delle specifiche motivazioni poste a fondamento di ogni misura sottoposta al vaglio delle Istituzioni europee. Per un interessante caso ove emergono dette difficoltà, si veda la causa *SIC* cit., ed il relativo commento di M. HONORÉ, *Case T-442/03, SIC v. Commission*, in *EStAL*, 4, 2008, pag. 761 e ss..

ze che tale ingerenza ha determinato, essendo irrilevante il fatto che le ragioni per cui la decisione è stata effettivamente assunta siano state in concreto determinate dall'influenza dello Stato, o meno⁶⁹.

Ai fini dell'integrazione dei requisiti di cui all'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, e quindi dell'applicabilità del divieto *ex* articolo 108, paragrafo 3, TFUE, in taluni casi l'applicazione di un determinato modello organizzativo, piuttosto che un altro, ha così determinato conseguenze radicalmente diverse in ordine alla compatibilità delle misure statali adottate: anche in circostanze in cui si sarebbe potuto concludere per l'insussistenza del primo requisito di cui all'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, per via dell'assenza di un onere a carico delle risorse statali, l'adozione da parte di organismi pubblici di una decisione in grado di influire sul processo decisionale degli operatori economici – pubblici e privati – presenti sul mercato è stata in grado di sovvertire tale valutazione. E viceversa.

Un primo ottimo esempio è fornito dal raffronto tra il caso *PreussenElektra*⁷⁰ e la recente pronuncia nella causa *Vent De Colère*⁷¹ entrambi vertenti sul-

⁶⁹ In tal senso, A. BARTOSCH, *The "Net Additional Costs" of Discharging Public Service Obligations-The Commission's Deutsche Post Decision of 19 June 2002*, in *EStAL*, 2, 2002, pag. 193. Peraltro, sotto un profilo probatorio, è interessante notare che la conclusione circa l'esercizio da parte dello Stato di un effettivo controllo su di un'impresa può essere sorretta in sede giurisdizionale semplicemente dal presupposto che lo Stato si sia limitato ad affermare che i suoi partner privati avevano ampi poteri decisionali e di disinvestimento, senza tuttavia confutare specificamente l'affermazione della Commissione secondo cui la società era sotto il controllo delle autorità pubbliche, cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2003, nelle cause riunite C-328/99 e C-399/00, *Italia e SIM 2 Multimedia / Commissione (Seleco)*.

⁷⁰ Nel caso di cui alla sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2001, nella causa C-379/98, *PreussenElektra*, la normativa nazionale prescriveva che le imprese fornitrici di energia elettrica fossero obbligate ad acquistare l'energia prodotta da fonti rinnovabili nella loro zona di fornitura pagandola in base a criteri fissi, idonei ad assicurare ai produttori un compenso fino al 90% del prezzo medio di vendita. In questo caso, quindi, è difficilmente negabile il ruolo assolutamente fondamentale giocato dallo Stato nel determinare il livello di compensazione riconosciuta a ben definiti e specifici produttori – con il che, dunque, escludendo qualsiasi dubbio in ordine sia alla eventuale carenza di specificità della misura, che in rapporto al vantaggio economico, ai sensi dell'articolo 107 TFUE – Ma il fatto che l'intervento statale in tal caso fosse limitato alla definizione del quadro legislativo ha portato la Corte di giustizia a ritenere che la misura non potesse «essere considerata costituire un mezzo per concedere ai produttori di energia elettrica da fonti di energia rinnovabili un vantaggio determinato a carico dello Stato» (sentenza *PreussenElektra* cit., punto 62).

⁷¹ Anche nel caso di cui alla sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2013, nella causa C-262/12, *Vent De Colère*, lo schema vagliato era inizialmente impostato di modo che l'obbligo di acquisto a favore degli impianti eolici fosse ripartito fra un certo numero di imprese, senza che risorse pubbliche contribuissero, direttamente o indirettamente, al finan-

la compatibilità di un meccanismo di compensazione per l'organizzazione del mercato dell'elettricità, l'uno in Germania, l'altro in Francia. Mentre nel primo caso la Corte di giustizia ritenne che il primo requisito di cui all'articolo 107 TFUE, ossia il carattere statale delle risorse utilizzate per finanziare le misure di aiuto, non fosse integrato, nel secondo caso, pur trattandosi di uno schema affine al primo⁷², la stessa giunse alla conclusione opposta.

Sulla base, ancora una volta, della giurisprudenza *Stardust Marine* e, quindi, della diversa posizione assunta dalle autorità pubbliche, la Corte affermò che «*anche se le somme corrispondenti alla misura in questione non sono permanentemente in possesso dell'Erario, il fatto che restino costantemente sotto controllo pubblico, e dunque a disposizione delle autorità nazionali competenti, è sufficiente perché esse siano qualificate come risorse statali*»⁷³.

Se pur con le dovute cautele, vista la peculiarità della decisione assunta nel caso *PreussenElektra*⁷⁴, la diversa soluzione data ai due casi conferma che il diverso ruolo assunto dallo Stato può comportare una differenza determinante nella soluzione circa la compatibilità degli aiuti ai sensi dell'articolo 107 TFUE.

ziamento dell'aiuto (cfr. sentenza *Vent De Colère*, p. 10). Senonché, il meccanismo fu in questo caso modificato, prevedendo che i costi supplementari fossero compensati con i contributi dovuti dai consumatori finali di energia elettrica stabiliti sul territorio nazionale, calcolati in proporzione al quantitativo di energia elettrica consumata ed in base ai criteri fissati dal ministro incaricato dell'energia su proposta della Commissione per la regolamentazione dell'energia.

⁷² Tant'è che il *Conseil d'État*, proprio in applicazione della giurisprudenza *PreussenElektra*, aveva ritenuto legittimo lo schema, così come inizialmente impostato.

⁷³ Sentenza *Vent De Colère*, p. 21. Il citato passaggio, peraltro, richiama quanto affermato dalla Commissione in una Decisione su di un altro caso analogo a quelli menzionati, del pari vertente su schemi di compensazione per produzione di energia "verde" (Decisione della Commissione del 28 gennaio 2009 relativa all'aiuto in forma di creazione di un fondo di compensazione nell'ambito dell'organizzazione del mercato dell'elettricità al quale il Lussemburgo ha dato esecuzione – G.U.C.E. 2009 L159/11). In tale occasione la Commissione affermò che «risorse che passano sotto il controllo dello Stato a un certo momento sono sempre risorse statali» –, e considerò quindi che «l'aiuto [fosse] concesso direttamente o indirettamente mediante risorse statali», cfr. paragrafo 56, ultimo periodo, in cui la Commissione richiama la sentenza *Stardust Marine*, punto 37.

⁷⁴ Va infatti ricordato che le conclusioni raggiunte nel caso *PreussenElektra* sono state aspramente criticate da più parti in dottrina, cfr. L. HANCHER, T. OTTEVANGER, P.J. SLOT, *EC State Aids*, 2006, para. 3.15; C. KOENIG, J. KÜHLING, *EC control of aid granted thorough State resources*, in *EStAL*, 1, 2002, pag. 18, in particolare hanno considerato la sentenza non ragionevole da un punto di vista economico, e rischiosa per il fatto di consentire agli Stati membri di aggirare le norme sugli aiuti di Stato, posto che, alla luce di tale sentenza, l'applicabilità della disciplina di cui all'articolo 107 TFUE dipende in gran parte dall'organizzazione attraverso la quale vengono posti in essere i trasferimenti di denaro.

In tale prospettiva appare interessante anche la sentenza *Pearle*⁷⁵. In questo caso la Corte di giustizia ha escluso che il primo requisito di cui all'articolo 107, primo paragrafo, TFUE fosse integrato per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché in quel caso «*le spese sopportate dall'ente pubblico ai fini della detta campagna sono state interamente compensate dai contributi imposti alle imprese beneficiarie*»⁷⁶. In secondo luogo in quanto l'iniziativa di organizzare e perseguire la campagna pubblicitaria proveniva da un'associazione privata, e non dall'ente pubblico⁷⁷. In proposito giova altresì evidenziare il successivo passaggio della pronuncia in cui la Corte ha sottolineato il fatto che, in questo caso, l'ente pubblico costituiva un «*mero strumento per la riscossione e la destinazione delle risorse raccolte ai fini del conseguimento di un obiettivo puramente commerciale, previamente fissato dal settore interessato e che non si collocava minimamente nel contesto di una politica definita dalle autorità olandesi*»⁷⁸.

Tenuta anche in questo caso in debita considerazione la peculiare motivazione posta a fondamento della decisione nella causa *Pearle*⁷⁹, da ricondursi alle specifiche circostanze del caso⁸⁰, essa offre una prospettiva molto interessante sul ruolo che le autorità pubbliche possono spingersi a svolgere nell'attuazione di un regime di aiuti, senza per ciò cadere nell'ambito di applicazione dell'articolo 107 TFUE. Specialmente se confrontata con le conclusioni prospettate dalla Corte nell'ipotesi di cui alla sentenza nella causa *GEMO*, di

⁷⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2004, nella causa C-345/02, *Pearle*. La misura in questione consisteva in oneri imposti da un'Associazione olandese per i suoi membri, al fine di finanziare una campagna pubblicitaria collettiva a favore delle imprese del settore dei servizi ottici. Anche se la Corte ha qualificato l'Associazione di categoria come ente pubblico, in tal caso ha tuttavia escluso che le risorse fossero imputabili allo Stato.

⁷⁶ *Ibid.*, punto 36.

⁷⁷ *Ibid.*, punto 37.

⁷⁸ *Ibid.*.

⁷⁹ Come sottolineato dal Commissario Kroes, la sentenza non è stata resa sulla base delle conclusioni già raggiunte in *PreussenElektra*, ma è stata invece motivata richiamando la precedente giurisprudenza della Corte (ossia la sentenza del 22 marzo 1977, nella causa 78/76, *Steinike & Weinlig*), facendo così sorgere il dubbio che il precedente *PreussenElektra* dovesse essere abbandonato, cfr. N. KROES, *Reforming Europe's State Aid Regime: an Action Plan for Change*, in *EStAL*, 3, 2005, pag. 398.

⁸⁰ Cfr. A. SINNAEVE, *What to Expect from National Courts in the Fight against Unlawful State Aid*, in *EStAL*, 1, 2005, secondo cui le conclusioni raggiunte nel caso *Pearle* sono basate su alcuni elementi specifici, da cui possono ricavarsi principi giuridici solo con grande attenzione.

poco precedente⁸¹. Vale la pena infatti di ricordare che, in detto ultimo caso, la Corte ritenne che il requisito relativo alla provenienza statale delle risorse poteva dirsi integrato in una situazione in cui le autorità pubbliche semplicemente impongano a carico dei privati contributi obbligatori per finanziare un fondo istituito per finanziare un servizio di interesse pubblico a beneficio delle stesse imprese soggette all'onere medesimo di contribuzione a favore del fondo⁸².

Il confronto tra i due casi sembrerebbe suggerire che sia irrilevante la presenza di un fondo di natura pubblica per la gestione dei finanziamenti. Risultano invece determinanti due ulteriori circostanze: in primo luogo i contributi in favore del fondo devono essere versati dai beneficiari delle misure che saranno finanziate dal fondo stesso; in secondo luogo (ma soprattutto), è necessario che l'iniziativa di adottare le misure finanziate da detto fondo provenga dal settore privato.

In tale prospettiva, la soluzione raggiunta in *Pearle* può non essere letta quale necessario restringimento della nozione di risorse statali⁸³. Al contrario, essa può essere considerata coerente ancora un volta con l'idea secondo cui l'intervento dello Stato può divenire problematico solo ove in grado di deviare le imprese dall'esclusivo perseguimento di obiettivi economici. Infatti, nel caso *Pearle*, tale rischio era stato escluso dal fatto che l'iniziativa della misura provenisse dal settore privato e si ritenne quindi irrilevante che i fondi fossero gestiti da un ente pubblico⁸⁴.

Si conferma ancora quel principio di rigorosa separazione della sfera pubblica da quella privata più volte emerso sin qui. Questa volta, tuttavia, lo scopo è di evitare che i fini perseguiti nell'ambito della prima possano determinare devianze nell'ambito della seconda. A differenza di quanto visto in relazione alla partecipazione dei privati nell'*in house*, l'obbiettivo è dunque qui

⁸¹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 2003, nella causa C-126/01, *GEMO*.

⁸² *Ibid.*, punto 26 e seguenti.

⁸³ Sul punto, C. ARHOLD, *The Case Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aid in 2005/2006 (Part 1)*, in *EStAL*, 2, 2006, pag. 216.

⁸⁴ In tal modo peraltro restituendo una qualche coerenza ad una giurisprudenza spesso criticato per l'incertezza giuridica che la caratterizza a causa dalla mancanza di distinzione sistematica tra l'interpretazione giuridica dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE e la sua applicazione ad un insieme concreto di fatti, così A. SINNAEVE, *What to Expect from National Courts in the Fight against Unlawful State Aid*, cit..

speculare: si vuole assicurare che, laddove lo Stato intervenga in qualità di autorità pubblica, questo rispetti i limiti di esercizio del proprio potere e, viceversa, laddove agisca in qualità di operatore economico, sia assicurato che detto ruolo sia conforme alle regole del mercato interno, sia quanto alle modalità di azione che ai fini perseguiti.

2.4. *Il limite alle compensazioni per oneri di servizio pubblico imposto dalla disciplina sugli aiuti di Stato*

Come ben noto, il divieto di cui all'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, impedirebbe in teoria ogni trasferimento, di qualsiasi tipo, di risorse dallo Stato ad un operatore economico, indipendentemente dallo scopo perseguito⁸⁵. Tuttavia, nel caso di servizi di interesse economico generale può accadere che gli operatori economici siano onerati, per imposizione dell'Autorità pubblica, dello svolgimento di determinate prestazioni secondo modalità antieconomiche, quale può essere un obbligo di servizio universale⁸⁶. In tali situazioni, dunque, l'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato potrebbe divenire un ostacolo al soddisfacimento dell'interesse pubblico, qualora impedisse ogni tipo di compensazione atta a ripianare le perdite subite dall'operatore economico per il soddisfacimento degli oneri impostigli⁸⁷.

La complessità delle questioni che vengono in gioco in questo ambito è di immediata evidenza⁸⁸. Per quanto qui interessa, basta dunque evidenziare

⁸⁵ Come pacificamente affermato sin dalla sentenza della Corte di giustizia del 2 luglio 1974, nella causa 173/73, *Italia c. Commissione*, pp. 27-28, ove si legge che «l'art. 92 non distingue gli interventi di cui trattasi a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti. Di conseguenza, né il carattere fiscale, né il fine sociale del provvedimento in questione sarebbero comunque sufficienti a sottrarlo all'applicazione dell'art. 92». Sulle varie modalità attraverso cui, storicamente, tale trasferimento si realizza, cfr. L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2008, para. 2.

⁸⁶ sul che, per tutti, G.F. CARTEI, *Il Servizio*, cit..

⁸⁷ Riassuntivamente, il problema è ben spiegato da M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. Amm.*, 3, 2004, para. 4, il quale sottolinea che non può esservi «nessuna sovvenzione, diretta o indiretta, se non determinata dall'attribuzione alla società di compiti oggettivamente non remunerativi di interesse pubblico e nella misura strettamente corrispondente alla copertura di quei costi».

⁸⁸ Sul punto pare sufficiente citare A. BIONDI, *BUPA v. Commission: annotation*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, 2, 2008, pag. 401, il quale paragona la sentenza annotata in modo assai eloquente e che ben rappresenta le problematiche in gioco: «the 348 paragraphs are a sort of ghost train that moves slowly through a tunnel decorated with a series of spooky EU issues: the tension

come il problema dell'ammissibilità delle compensazioni per oneri di servizio pubblico sia attualmente risolta dalla giurisprudenza.

Da una lato, si è detto, l'articolo 106, paragrafo 2, TFUE, consente di non applicare a determinati soggetti le regole di concorrenza laddove le stesse possano ostare «*all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*». Il che, pertanto, consentirebbe una deroga in casi come quelli descritti⁸⁹.

Dall'altro lato, si è invece sostenuto che, nella misura in cui la compensazione è volta a coprire i soli maggiori costi sostenuti per lo svolgimento di attività antieconomiche imposte dall'Autorità pubblica, viene meno il requisito di cui all'articolo 107, paragrafo 1, TFUE relativo al «*vantaggio competitivo*» della misura, il che esclude di per sé l'incompatibilità del trasferimento in ottica di aiuti di Stato.

Tale ultima prospettiva, come noto, fu accolta nella nota sentenza *Altmark*. In tale pronuncia, che ha di recente trovato conferma nel caso *Liberts*⁹⁰, la Corte affermò che non sussiste alcun «*vantaggio finanziario*» al ricorrere di quattro condizioni cumulative: i) sussistenza di formale incarico di servizio pubblico; ii) previa definizione dei criteri di calcolo del compenso; iii) congruità del compenso rispetto ai costi del servizio; iv) calcolo della congruità della compensazione tenendo conto, in caso di affidamento senza gara, dei costi di un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi⁹¹.

Ai fini del presente studio, è dunque sufficiente evidenziare due fondamentali elementi emergenti dalla giurisprudenza *Altmark*.

between fair competition, market integration and the preservation of certain nation state competences, the notion of services of general economic interest (SGEI), the application of the four Altmark criteria and the proportionality assessment within article 86(2)».

⁸⁹ Si veda, ad esempio, la Comunicazione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione (2001/C320/04), ove si è sancito che l'esenzione dall'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato è ammissibile solo ove sussista «*una separazione chiara ed adeguata tra le attività di servizio pubblico e le altre attività*» (punto 24C.6.3.2.1 dell'Allegato). In proposito cfr. G. MARI, *Natura giuridica della Rai: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Foro amm. CdS*, 9, 2008, para. 5.

⁹⁰ In ultimo la Corte ha confermato la giurisprudenza *Altmark* nella sentenza dell'8 maggio 2013, nelle cause riunite C-197/11 e C-203/11, *Libert e a.*, punti 84-102, in proposito cfr. M. WALTER, *One Year into the State Aid Modernisation Initiative: Proceedings of the 11th EStALI Experts' Forum, Brussels, 6-7 June 2013*, in *EStAL*, 4, 2013, pag. 761.

⁹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 luglio 2003, nella causa C-280/00, *Altmark*, pp. 89-94.

Da un lato, è necessario che il servizio pubblico da espletare sia identificato esattamente sin dall'affidamento (internalizzato od esternalizzato che sia). Il che garantisce che venga esplicitato già in fase di selezione del modello di gestione l'interesse pubblico perseguito, permettendo così che lo stesso possa poi venire in gioco nell'ambito dell'eventuale giudizio di proporzionalità della scelta adottata, su cui si tornerà a breve.

D'altro lato, risulta particolarmente rilevante la circostanza che la misura delle compensazioni non può in alcun modo variare a seconda del modulo organizzativo prescelto. L'entità delle risorse da trasferire per far fronte ad oneri di servizio pubblico deve essere calcolata indifferentemente tanto nel caso di affidamento con gara, quanto in caso di autoproduzione.

Il che appare già di per sé particolarmente significativo in quanto l'eventuale scelta di internalizzare il servizio non legittimerebbe in alcun modo compensazioni superiori a quelle erogabili ad un privato scelto con gara. Di conseguenza, appare sin d'ora evidente che il livello delle compensazioni da erogare non possa rappresentare una legittima variabile nell'alternativa tra autoproduzione ed esternalizzazione.

Infatti, in sede di scelta del modello di gestione da adottare, l'Amministrazione, ove ritenga che l'autoproduzione non sia economicamente sostenibile, non potrà prevedere maggiori compensazioni onde ripianare i maggiori costi derivanti dalla perdita di efficienza causata dall'internalizzazione – se non altro data dall'impossibilità di conseguire significative economie di scala, per le ragioni già viste – e dovrà quindi necessariamente rivedere le proprie scelte, se non a pena di adottare una soluzione che già dalle premesse si appalesi fallimentare.

3. *Riflessioni di sintesi sul “livello esterno”: la non commistione degli interessi quale principio cardine, a livello europeo, nella strutturazione dei rapporti tra sfera pubblica e mercato*

L'elemento caratterizzante il “livello esterno” dell'indagine è, in buona sostanza, ancora una volta il garantire la non commistione degli elementi pubblicistici con quelli privatistici. Ma in questo caso, rispetto al “livello di confine”, le modalità con cui l'obbiettivo è perseguito sono parzialmente diverse.

Qui il discorso si sviluppa essenzialmente lungo due direttrici: da un lato, vi è la perimetrazione del campo d'azione di quei soggetti che, per il particolare legame che le unisce a vario titolo alle autorità pubbliche, godono di una posizione di vantaggio lesivo, o potenzialmente lesivo, della libera concorrenza sul mercato interno. Dall'altro lato, l'obiettivo europeo si realizza per il tramite della disciplina sugli aiuti di Stato. Quest'ultima, applicata ai soggetti a vario titolo collegati con le autorità pubbliche, garantisce ancora un volta che l'azione di questi, a causa dell'influenza operata dalle amministrazioni pubbliche, non venga distolta dagli obiettivi di natura economica che, in quanto operanti sul mercato, dovrebbero primariamente perseguire senza viceversa intraprendere azioni atte a falsare, o minacciare di falsare, la concorrenza.

E, così, gli elementi che divengono determinanti nel momento organizzativo si sviluppano a partire dalla scelta del soggetto gestore, sino alle concrete modalità di effettiva gestione del servizio, attraverso disposizioni che, in vario modo, entrano in gioco nella scelta della migliore soluzione quali fattori che definiscono il contenuto di ciascuna, soprattutto sotto il profilo della fattibilità e sostenibilità economica.

Sotto tale ultimo aspetto, deve soprattutto sottolinearsi che l'internalizzazione viene assoggettata a stringenti limiti, specie territoriali, che pongono seri dubbi sulla sostenibilità economica di un'iniziativa in autoproduzione da parte di un ente locale di piccole o medie dimensioni. Il che, in sede di valutazione e ponderazione delle varie possibili soluzioni, impone un'attenta considerazione da parte dell'Amministrazione dell'effettiva possibilità di procedere in tal senso, come meglio si vedrà a breve.

In tale prospettiva potrebbero naturalmente entrare in gioco anche numerose norme nazionali, prime fra tutte quelle dettate dall'articolo 13 del d.l. del 4 luglio 2006, n. 223, relativo alle società strumentali. Nonostante la figura dell'*in house* non sia sempre perfettamente sovrapponibile a quella di società strumentale⁹², anche le norme dettate dal nostro legislatore⁹³, in parte per ra-

⁹² In tal senso F. FRACCHIA, *In house providing*, cit., pag. 271, secondo il quale «*le società in house inerenti possono essere anche strumentali, ma ciò non è necessario, residuando uno spazio per società inerenti, non strumentali*». Il che, tuttavia, non significa poi che non possa invece valere il contrario, come sottolineato da C. IAIONE, *Le società in house per i servi-*

gioni non dissimili da quelle europee⁹⁴, possono senz'altro avere un qualche ruolo nell'ottica della decisione sul modello di gestione da adottare. Tuttavia, dato il limitato oggetto del presente studio, volto ad individuare i condizionamenti derivanti dall'ordinamento europeo, giova lasciare ad altra sede le riflessioni sul contesto nazionale⁹⁵, per passare invece ad analizzare le conseguenze che l'assetto europeo sin qui delineato possono concretamente produrre nel loro complesso sulle scelte dell'Amministrazione.

zi strumentali. Riflessioni sull'art. 13 del Bersani, in L. FIORENTINO (a cura di), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella Repubblica federale*, Bologna, 2011, pagg. 195–196, secondo il quale, sotto un profilo comunitario «il fenomeno delle società strumentali rientra appieno nell'ambito dell'istituto dell'*in house providing*».

⁹³ Si tratta in questo caso di norme non dettate da esigenze europee, come sottolinea F. FRACCHIA, *In house providing*, cit., pag. 252: «la scelta di porre limiti all'attività o all'esistenza dei soggetti in house costituisce un'opzione non imposta dal diritto europeo». Il medesimo Autore precisa infatti che, per tale ragione, «tra l'altro, le limitazioni imposte in via generale e astratta dal legislatore non paiono applicarsi per l'attività all'estero delle società pubbliche, anche nei casi in cui ciò non sia espressamente stabilito».

⁹⁴ Se pur, come sostiene C. IAIONE, *Le società in house per i servizi strumentali*, cit., pag. 189 e ss., non può sottacersi che l'articolo 13 ha rappresentato anche la risposta del legislatore italiano al proliferare delle società partecipate, e dello svolgimento da parte di queste di attività in regime di concorrenza sul mercato. In senso analogo anche D. MARRAMA, *La Plenaria nicchia su in house*, cit., pag. 102, ha affermato che «che “i nemici del confronto concorrenziale” hanno immediatamente metabolizzato le potenzialità protezionistiche derivanti da tale pronuncia e – allargando anche alle società miste la prassi ... di ampliare progressivamente gli oggetti sociali – hanno dato origine ad un fenomeno che potrebbe essere simpateticamente sintetizzato in un brocardo contemporaneo: *semel socius, semper socius*». In proposito è di particolare interesse la critica di F. FRACCHIA, *In house providing*, cit., pag. 258, il quale ha condivisibilmente notato che il nostro legislatore, a differenza della Corte di giustizia, interviene in una prospettiva formalistica con regole generali e astratte, nella «convinzione che il fenomeno dell'autoproduzione, a prescindere dal suo impatto sul mercato, potrebbe incidere su altri valori o esigenze».

⁹⁵ In prospettiva limitata al coordinamento tra il citato articolo 13 e le eccezioni sugli affidamenti *in house* di cui alle nuove Direttive di cui al terzo pacchetto di riforma delle procedure ad evidenza pubblica, si permetta ancora di rinviare a G. CARULLO, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house*, cit., in corso di pubblicazione.

IL LIMITE EUROPEO ALLA DISCREZIONALITÀ
NELL'ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI: LA
CENTRALITÀ DELL'ELEMENTO ECONOMICO
QUALE VINCOLO ALL'AUTODETERMINAZIONE

- 1. Principi europei ed organizzazione tra mercato ed autoproduzione: il quadro complessivo emerso induce verso gestioni economicamente sostenibili, anche in ragione dei nuovi vincoli finanziari costituzionali*

L'analisi sin qui condotta ha permesso di apprezzare come dal livello interno a quello esterno dell'organizzazione vi sia una progressiva e crescente incidenza del diritto europeo che, attraverso vari strumenti, mira a garantire che l'impronta pubblica non falsi, o minacci di falsare, il corretto funzionamento del mercato interno.

In estrema sintesi, si può dire che il quadro europeo impone che l'esercizio di attività economiche, quale che sia la natura, pubblica o privata, del soggetto agente, resti immune da condizionamenti da parte della mano pubblica anche solo potenzialmente pregiudizievoli per il mercato interno. Così come la cura dell'interesse pubblico deve restare immune da condizionamenti derivanti dalla eventuale titolarità in capo all'Amministrazione di interessi economici di natura imprenditoriale. In altri termini, da un lato il processo decisionale pubblico non deve essere influenzato da interessi economici; dall'altro, le decisioni assunte dalle autorità pubbliche non devono portare gli operatori economici, pubblici o privati che siano, a perseguire fini diversi da quelli commerciali.

Sotto un profilo organizzativo, ciò comporta che nell'esercizio di quella discrezionalità di cui si è più volte parlato, deve essere garantito che non si realizzino indebite commistioni tra interesse pubblico e mercato. Così da assicurare che la soddisfazione degli interessi pubblici rilevanti si realizzi in modo coerente con detto mercato¹.

In tale ottica, viene anzitutto in rilievo quello che si è definito il principio di non commistione tra elementi propri dell'autoproduzione e fattori del mercato, e viceversa², il quale impone che laddove l'Amministrazione scelga un determinato modello organizzativo, si dovrà poi attenere al regime dello stesso.

In merito all'autoproduzione, un elemento fondamentale del modello è la necessaria imputabilità di tutte le decisioni gestionali fondamentali in capo all'Amministrazione titolare del servizio, indipendentemente dalla circostanza che le strutture di cui la stessa si avvale siano effettivamente interne, o siano formalmente riconducibili ad un diverso soggetto *in house*³. D'altro canto, anche il ricorso al mercato impone formalità che, in rapporto alla complessità del servizio da espletare, e quindi della gara da svolgere, possono influire sulla convenienza dell'esternalizzazione in luogo dell'autoproduzione, specie laddove, a fronte di un servizio di scarsa complessità e valore economico, l'acquisizione delle eventuali commesse a ciò strumentali possa avvenire tramite il ricorso a soggetti aggregatori⁴.

Coerentemente con tali principi, è stato possibile identificare il confine che separa la sfera pubblica dal mercato in quegli elementi che garantiscono l'impermeabilità degli interessi pubblici dagli interessi di natura imprenditoriale. Per cui, nell'internalizzazione, è necessario che permanga una rigorosa go-

¹ In proposito vale richiamare quanto sostenuto da D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 5., secondo la quale «è il meccanismo della imposizione di oneri di pubblico servizio ad apparire, a chi scrive, come la miglior risposta comunitaria alle contraddizioni fra libera concorrenza ed esigenze di pubblico servizio. Mentre l'*in house providing* ... determina in capo agli enti pubblici locali una "obiettiva situazione di conflitto d'interesse", poiché essi risultano essere "al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima"».

² V. *supra*, capitolo II, § 4.

³ V. *supra*, capitolo III, §§ 1 e 2.

⁴ V. *supra*, capitolo III, § 3.

vernance pubblica⁵, mentre i soggetti attivi sul mercato non possono interagire con la pubblica amministrazione che per il tramite di procedure selettive che garantiscano la predeterminazione delle finalità perseguite dall'Amministrazione tramite l'individuazione delle stesse negli atti di gara⁶. Solo in tal modo il soggetto pubblico operante in virtù dei propri poteri autoritativi può interagire con un operatore economico, pubblico o privato che sia, garantendo che da tale intersezione non ne possa derivare un nocumento per il mercato interno.

Tale circostanza viene poi supportata da tutta una serie di norme (europee) che mirano a garantire che anche in fase di esecuzione del servizio detta commistione non si realizzi. E così vengono in gioco i limiti territoriali e materiali alle attività espletate in autoproduzione⁷, le norme sulla trasparenza finanziaria⁸ e, non ultime, le disposizioni in materia di aiuti di Stato, idonee a garantire che le attività internalizzate a contenuto economico non vengano sorrette da trasferimenti di risorse pubbliche, di qualsivoglia tipo⁹.

Così riassunti i principi sin qui emersi, appare evidente che i vincoli europei riscontrati sono sostanzialmente riconducibili alla tutela del mercato interno, ossia di un regime *pro* concorrenziale teso a favorire la libera iniziativa economica senza misure pubbliche che ne possano falsare il corretto svolgimento. Di conseguenza, la soluzione prescelta dall'Amministrazione, in ottica europea, dovrà essere giustificata sotto il profilo della fattibilità e della sostenibilità economica, anche eventualmente tramite il ricorso agli indicatori di redditività già ben noti nel campo privatistico¹⁰. Si dovrà dimostrare che il model-

⁵ V. capitolo IV, § 2.

⁶ V. capitolo IV, § 3.

⁷ V. capitolo V, § 1.

⁸ V. capitolo V, § 2.2.

⁹ V. capitolo V, §§ 2.3 e 2.4.

¹⁰ Si allude agli indicatori di redditività di cui alla «*Convergenza internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali*» (c.d. nuovo Accordo di Basilea sui requisiti patrimoniali o «*Basilea II*»), che ha previsto il ROE (*Return On Equity*), il ROI (*Return On Investment*), il ROA (*Return On Assets*), il MOL, Margine Operativo Lordo; l'EBIT (*Earnings Before Interest and Taxes*) o Utile Operativo. Si vedano in particolare le *Guidelines for Computing Capital for Incremental Default Risk in Trading Book, Consultative Document*, ottobre 2007, pubblicate sul sito <http://www.bis.org/publ/bcbs134.htm>. Sulla necessità di una più attenta applicazione dei criteri di valutazione della convenienza economica anche alle Pubbliche Amministrazioni, cfr. G. PASQUINI, *Pubblico e privato per le infrastrutture di pubblica utilità: temi e prospettive*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizza-*

lo di gestione adottato possa effettivamente essere realizzato e mantenuto in un contesto regolato da vincoli tesi ad escludere modelli economici fondati sul sostegno statale delle attività imprenditoriali.

E così, ove si voglia adottare una soluzione in autoproduzione, si dovrà valutare se la stessa sia effettivamente economicamente più conveniente del ricorso al mercato, a fronte dei limiti europei a cui la stessa soggiace – la necessaria gestione pubblica, i limiti territoriali e materiali all'attività e l'impossibilità di compensazioni oltre la stretta misura necessaria all'espletamento di oneri di servizio pubblico –. Ma stesso discorso può ovviamente valere anche al contrario. E così, anche in caso si voglia ricorrere al mercato, si dovrà valutare se, invece, un'internalizzazione non possa essere più conveniente, specie laddove l'Amministrazione disponga già di tutte le risorse all'uopo necessarie, le quali resterebbero viceversa inutilizzate ove si affidasse la gestione a terzi.

In ragione di ciò, assumono allora preminente importanza, nell'ambito della scelta discrezionale circa il modello di gestione ottimale da adottare, istruttoria e motivazione. È infatti in tali fasi del procedimento che dovranno essere condotte, e quindi esplicitate, le valutazioni svolte dall'Amministrazione, in modo da giustificare la soluzione prescelta alla luce dei suddetti limiti europei.

Anche perché è stato il nostro stesso legislatore, con le ultime modifiche introdotte dalla legge costituzionale del 20 aprile 2012, n. 1, enfaticamente rubricata «*introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*»¹¹, ad imporre che «*le pubbliche amministrazioni, in coerenza con*

zione del paese, Milano, 2005, pag. 65, secondo il quale «*per quanto riguarda l'ottimizzazione dei costi per il settore pubblico (Value for Money) ... la valutazione di convenienza economica dell'operazione per la pubblica amministrazione, si tratta di un tema di assoluta importanza che non ha ancora ricevuto la dovuta attenzione da parte dell'operatore pubblico, La verifica dell'esistenza di condizioni di convenienza economica per il settore pubblico non è sino a questo momento stata percepita come fattore determinante e preliminare nel processo di selezione e programmazione degli investimenti pubblici*». In proposito è interessante notare che l'Autore sottolinea come invece in Inghilterra lo sviluppo di sistemi di analisi della convenienza economica delle *partnership* con privati si è rivelato di estrema utilità.

¹¹ Che, come noto, hanno modificato, per quanto qui interessa, gli articoli 81 e 97 della Costituzione, all'asserito fine di attuare quanto previsto dal Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria (c.d. Patto di bilancio europeo o, *fiscal*

l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico»¹².

Pur se la novella è stata introdotta in attuazione di disposizioni non propriamente di rango europeo¹³, il riferimento che il nostro legislatore ha voluto introdurre all'«*ordinamento europeo*» induce a ritenere che si sia in presenza di

compact). Peraltro si è rilevato in dottrina che detti obblighi non sembravano imporre «una modifica costituzionale in materia di bilancio», cfr. T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 1, 2014, pag. 54. In senso analogo, lo strumento della revisione costituzionale, unitamente alla contestuale riserva di legge costituzionale, a sua volta contenente una riserva di legge rinforzata, e quindi alla forza imposta ai principi di nuova introduzione, è stata oggetto di condivisibile critica da parte di D. PICCIONE, *Revisione e legislazione costituzionale ai tempi delle crisi (riserve sul procedimento di codificazione costituzionale del principio di pareggio di bilancio. In ricordo di Federico Caffè, a venticinque anni dalla scomparsa)*, in *Revisione e legislazione costituzionale ai tempi delle crisi*, 5, 2012, pag. 3859 e ss..

¹² Così il nuovo primo comma dell'articolo 97 della Costituzione, che va dunque ad inserirsi prima dell'originario primo comma, ai sensi del quale, come noto, «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*».

¹³ Tralasciando in questa sede il tormentato *iter* storico, giuridico e politico che ha condotto alla sottoscrizione, nel marzo del 2012, di detto Trattato – sul che ai più recenti contributi sul tema, cfr. G. DELLA CANANEA, *Lex Fiscalis Europea*, in *Quad. cost.*, 1, 2014; GIOVANNELLI ADRIANO, *Vincoli europei e decisione di bilancio*, in *Quad. cost.*, 4, 2013; ed anche a G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quad. cost.*, 2012 –, basta in questa sede ricordare che lo stesso, a causa dell'opposizione del Regno Unito e della Repubblica Ceca, sotto uno stretto profilo giuridico, allo stato non costituisce formalmente parte dell'ordinamento dell'Unione europea. Come del resto confermano le premesse dello stesso Trattato, ove si legge che «*l'obiettivo dei capi di Stato o di governo degli Stati membri della zona euro e di altri Stati membri dell'Unione europea è integrare quanto prima le disposizioni del presente trattato nei trattati su cui si fonda l'Unione europea*». Sul punto in dottrina afferma F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2, 2013, para. 6, che «*il Fiscal Compact è un accordo intergovernativo separato dall'ordinamento dell'Unione europea*». In senso analogo anche G.L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Riv. dir. int.*, 3, 2012, para. 7, il quale afferma che il «*Fiscal Compact è un accordo di diritto internazionale che si colloca, come tale, al di fuori del diritto dell'Unione*». In diversa prospettiva G. ROSOLILLO, *Autonomia finanziaria e integrazione differenziata*, in *Dir. Un. Eur.*, 4, 2013, para. 6, sottolinea che le nuove istituzioni di cui al fiscal compact non costituiscono «*nuove istituzioni dell'Unione, per la creazione delle quali sarebbe necessaria una revisione dei Trattati ex art. 48 TUE*». Al riguardo M.P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2013, para. 7, sottolinea «*la particolarità dell'uso di un trattato internazionale, anziché di uno strumento di diritto UE*». In chiave più critica M. MARESCA, *La crisi della comunità di diritto nell'Unione europea*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2013, para. 1, il quale afferma che «*il Fiscal Compact è il segno evidente di schizofrenia istituzionale e giuridica per il sovrapporsi e moltiplicarsi di più ordinamenti (dell'Unione Europea, Internazionale, nazionali) nella regolazione della medesima fattispecie, con interventi suscettibili di confliggere. Affiancare al diritto dell'Unione Europea il diritto internazionale, che risponde a logiche e meccanismi distinti, significa fare interagire metodi e modelli alternativi che possono creare pericolosi corto circuiti*». In proposito, G. NAPOLITANO, *Il contributo di Joseph H.H. Weiler agli studi di diritto europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2013, para. 4, parla di «*inaspettata rinascita dell'approccio internazionalista*».

un generale rinvio alle norme ed ai principi di detto ordinamento nel suo complesso, tra i quali perciò rientrano senza dubbio anche quelli sin qui analizzati¹⁴.

Ed al riguardo può notarsi che la frase «*in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea*» è stata posta tra due virgole, nell'ambito della disposizione secondo cui le Amministrazioni devono garantire «*l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*»¹⁵. Sia che si consideri il solo carattere finanziario della norma, quale criterio interpretativo del concetto di equilibrio¹⁶, sia che se ne dia una lettura anche organizzativa coordinata, in ragione della collocazione, con i successivi e preesistenti commi dell'articolo 97¹⁷, la nuova disposizione finisce comunque per precludere, direttamente od indirettamente, gestioni che non siano tese all'equilibrio, ossia che non siano economicamente sostenibili. Infatti, come norma di carattere finanziario, non si può dubitare che la stessa imponga la ricerca di soluzioni gestorie non in perdita; quale criterio organizzativo, del pari si deve concludere che la stessa, imponendo la coerenza con un ordinamento improntato alla libera e non falsata concorrenza, imponga un regime in cui l'attività economica è sostenibile senza trasferimenti economici ulteriori rispetto a quelli strettamente necessari per l'esecuzione di even-

¹⁴ Alla stregua di quanto previsto dal testo dell'articolo 117 della Costituzione, come risultante dalla riforma del Titolo V del 2001, ove si parla di «*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*», e dall'articolo 1, comma 1, della legge 241/90, ove il riferimento è ai «*principi dell'ordinamento comunitario*», la specificità della locuzione, indicante l'intero «*ordinamento*» dell'Unione europea (secondo la nuova nomenclatura di cui al Trattato di Lisbona), deve infatti ritenersi ricomprendere «*i principi che la Corte di giustizia ha forgiato*», come affermato, sin relazione al citato articolo 1, comma 1, da G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pag. 96.

¹⁵ Il che non pare indifferente, basti pensare al giudizio di costituzionalità sull'articolo 54, comma 4, del TUEL, di cui alla sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 115, ove determinante è stata proprio l'apposizione tra due virgole dell'espressione oggetto di scrutinio. Il che, peraltro, non è passato inosservato in dottrina, ad esempio G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. Amm.*, 3, 2011, para. 4, parla di «*metodo "sibillino"*» della Corte. In proposito si veda anche A. CELOTTO, *Ibis redibis...: quando ad essere incostituzionale è una sola parola (in margine alla sent. n. 115 del 2011)*, in *Giustamm.it*, 2011, il quale ricorda del pari la risposta dell'oracolo Sibilla, «*ibis redibis non morieris*», per enfatizzare la rilevanza data dalla Corte alla posizione delle virgole ai fini del giudizio di costituzionalità del termine «anche».

¹⁶ Analizza in tal senso la disposizione A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali VII*, Milano, 2014, pag. 180.

¹⁷ Sulla valenza organizzativa dei principi enunciati dall'articolo 97, basti citare M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *IUS Publicum*, 2011, il quale ricorda che «*l'art. 97, I comma, della Costituzione individua nei principi di imparzialità e di buon andamento, i fondamentali canoni giuridici di riferimento dell'assetto organizzativo e funzionale della pubblica amministrazione*».

tuali oneri di servizio pubblico.

Dunque, la scelta del legislatore di dare attuazione agli obblighi internazionali attraverso il riferimento esplicito all'ordinamento dell'Unione europea rafforza ulteriormente la necessità di valutare, in sede di scelta del modello di gestione da adottare, i vincoli europei rilevanti.

Peraltro non può sottacersi che un'organizzazione conforme ai dettami del mercato interno, e quindi tesa all'individuazione di soluzioni gestionali economicamente sostenibili, può costituire un fondamentale fattore anche ai fini del raggiungimento dell'«*equilibrio tra le entrate e le spese*» esplicitamente¹⁸ imposto dal nuovo articolo 81 della Costituzione¹⁹. Infatti, che le gestioni pubbliche siano economicamente sostenibili può costituire un tassello di evidente importanza in un'ottica di razionalizzazione della spesa, evitando i consueti sprechi e le ingenti perdite che spesso hanno caratterizzato e tuttora caratterizzano il nostro sistema²⁰, con prevedibili positivi risvolti sulle finanze pubbliche²¹, oltre che la prestazione di un miglior servizio per i cittadini-utenti²².

¹⁸ Già prima della novella, e senza la necessità di una riforma costituzionale, si sarebbe implicitamente potuto derivare l'equilibrio finanziario dalla lettera dell'articolo 81 della Costituzione, come ad esempio già aveva prospettato da tempo G. CORSO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, III Ed., Torino, 2006, pag. 130, il quale affermava altresì che «*se ... si esclude che la copertura possa essere assicurata con l'indebitamento, ne risulta garantito il pareggio tra spese ed entrate effettive*».

¹⁹ Data la novità della norma e, soprattutto, la complessità della stessa, per evidenti ragioni sistematiche e di spazio, non è possibile in questa sede offrirne un esaustivo commento, dovendosi, pertanto, limitare l'analisi a quanto brevemente si dirà nel proseguo. Sull'introduzione del principio di pareggio in Costituzione, si veda A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, cit., pag. 178 e ss.. Tra i primi commenti, M. MAZZIOTTI, *Note minime sulla legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2012, para. 2, evidenzia la differenza fra l'intitolazione della legge, ove si parla di «*pareggio di bilancio*» e le disposizioni successive, tra cui lo stesso articolo 81, ove si parla di equilibrio, termine che, sottolinea l'Autore, offre maggiore elasticità.

²⁰ In proposito pare sufficiente ricordare il recente *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali* del 7 agosto 2014, a cura del Commissario Straordinario per la revisione della spesa, ove si evidenzia che, a seguito delle indagini condotte «*non vi è dubbio ... che esistano elevati costi per la finanza pubblica e per la collettività in generale derivanti dalle inefficienze delle partecipate*». In particolare, il Programma parla di «*perdite di esercizio palesi: nel 2012 le perdite lorde delle partecipate censite nella banca dati MEF (cioè la somma delle perdite delle società in perdita) sono state di circa 1.200 mln*», di «*perdite non palesi finanziate da contratti di servizio e trasferimenti in conto corrente e conto capitale. I contratti di servizio e gli altri trasferimenti - che, sulla base di dati SIOPE, ammontavano nel 2012 a circa 16.500 mln*» e di «*costi pagati direttamente dai cittadini: in alcuni settori, per esempio rifiuti, il costo delle inefficienze è pagato direttamente attraverso tariffe che coprono interamente i costi*» (ivi, pag. 8).

²¹ In linea con tale prospettiva F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica*, cit., pag. 68, afferma che «*solo agendo sulle concrete scelte ammi-*

Tale prospettiva trova peraltro conforto anche in recenti disposizioni di rango ordinario, espressive della sempre maggior attenzione del legislatore per gli aspetti inerenti alla gestione economica delle Amministrazioni, non solo statali²³.

Il legislatore ha infatti di recente previsto che le Amministrazioni pubbliche debbano accantonare in un fondo vincolato un importo pari al risultato negativo delle proprie controllate, in misura proporzionale alla quota di partecipazione²⁴. Non solo, in caso di risultati negativi, oltre a penalizzazioni in termini di compensi degli organi di amministrazione²⁵, laddove gli stessi si ripetano per quattro annualità dei cinque esercizi precedenti, le partecipate, che non siano società che svolgono servizi pubblici locali, devono essere poste in liquidazione²⁶.

Rilevano, inoltre, quelle norme che hanno di recente introdotto l'obbligo di redigere il c.d. bilancio consolidato per gli enti locali²⁷. Si tratta, in questo

nistrative si può pensare di rispettare gli obblighi generali di equilibrio dei bilanci e sostenibilità del debito pubblico, risultando così del tutto ragionevole ed anzi necessario che anche le scelte viste nella loro individualità risultino rilevanti ai fini dell'attuazione dell'art. 97, co. 1, Cost.».

²² Tramite un'adeguata strutturazione del servizio, si potrebbe infatti pervenire al risultato di evitare il rischio paventato da D. MONTE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, per cui l'equilibrio di bilancio, così come inteso a livello comunitario, potrebbe determinare una compressione di alcuni diritti di carattere sociale.

²³ Pur nell'instabilità che connota la legislazione di settore, val la pena di spendere brevi parole per descrivere due gruppi di norme di recente adozione, particolarmente rappresentativi di un *trend* rinvenibile, se pur con interventi di diversa entità, in molte delle ultime riforme. Si allude alle riforme degli ultimi anni che, a vario modo, hanno tentato di intervenire nel campo delle partecipate locali. Solo per citarne alcune, si può ricordare anzitutto la l. 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. legge finanziaria 2008), il cui articolo 3, comma 27, impose, oltre ad un divieto di costituzione di nuove società, anche un generale onere di dismissione. Ma più di recente è intervenuto anche l'ormai già abrogato articolo 14, comma 32, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, ai sensi del quale, entro il 31 dicembre 2012, i comuni avrebbero dovuto mettere in liquidazione o cedere le quote delle società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto, salvo alcune espresse deroghe. Del pari è stato di recente abrogato anche l'articolo 4, comma 1, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, che prescriveva, alternativamente, lo scioglimento o l'alienazione delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni che avessero conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato.

²⁴ Cfr. articolo 1, commi 550 e 551, l. 27 dicembre 2013, n. 147, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2014).

²⁵ V. articolo 1, comma 554, legge di stabilità 2014.

²⁶ V. articolo 1, comma 555, legge di stabilità 2014.

²⁷ Introdotto dal d.lgs. del 23 giugno 2011, n. 118, recante «*Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei*

caso, di disposizioni che, ancor più delle altre, devono essere lette con estrema cautela, posto che si è ancora in una fase di prima sperimentazione. Ciò nonostante, le stesse appaiono particolarmente rappresentative della crescente attenzione prestata alle ricadute finanziarie derivanti dalla scelta del modello di gestione dei servizi pubblici.

In particolare, si richiede oggi che le Amministrazioni pubbliche approvino ogni anno il proprio bilancio consolidato²⁸, secondo criteri atti a garantire «il consolidamento e la trasparenza dei conti pubblici secondo le direttive dell'Unione europea»²⁹, così da rappresentare «in modo veritiero e corretto la situazione finanziaria e patrimoniale e il risultato economico della complessiva attività svolta dall'ente attraverso le proprie articolazioni organizzative, i suoi enti strumentali e le sue società controllate e partecipate»³⁰. Enti tra cui possono essere ricomprese sicuramente tanto le società affidatarie *in house*, quanto quelle miste³¹.

Ne deriva che le eventuali perdite di un soggetto partecipato per lo svolgimento – anche solo parzialmente, tramite società mista – in autoproduzione, ricadranno sull'Amministrazione. E così, tale circostanza rafforza ulteriormente l'idea qui proposta secondo cui la scelta circa il modello di gestione dovrà essere effettuata tenendo conto della realtà concreta in cui questa dovrà calarsi e quindi della necessità che la stessa possa essere economicamente sostenibile: eventuali disavanzi non potranno (più) restare confinati al gestore, ma andranno ad incidere direttamente sia sul quadro complessivo risultante dal bilancio

loro organismi».

²⁸ Articolo 18, comma 1, lett. c), del citato decreto.

²⁹ Ai sensi dell'articolo 3, così come sostituito dall' art. 1, comma 1, lett. c), D.Lgs. 10 agosto 2014, n. 126.

³⁰ Come chiarito dall'Allegato n. 4, n. 1, del d.P.C.M. del 28 dicembre 2011, disciplinante le modalità di «sperimentazione della disciplina concernente i sistemi contabili e gli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro enti ed organismi, di cui all'articolo 36 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118».

³¹ In base ai criteri delineati dal citato Allegato n. 4 del d.P.C.M. suddetto, ai sensi del quale il bilancio consolidato deve rappresentare la situazione del «gruppo amministrazione pubblica», nel quale sono incluse le società in cui l'ente «ha il possesso, diretto o indiretto, anche sulla scorta di patti parasociali, della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria o dispone di voti sufficienti per esercitare una influenza dominante sull'assemblea ordinaria», le società sulle quali l'ente è comunque in grado di «esercitare un'influenza dominante», od ancora «le società partecipate dell'amministrazione pubblica capogruppo, costituite dalle società a totale partecipazione pubblica affidatarie dirette di servizi pubblici locali della regione o dell'ente locale indipendentemente dalla quota di partecipazione».

consolidato dell'Ente controllante, sia sulle finanze dello stesso, visto l'onere di accantonamento in un fondo vincolato.

Anche in ragione di ciò, l'Amministrazione dovrà porre particolare attenzione agli elementi inerenti il dato economico della scelta, da valutare in sede di istruttoria, e quindi alla relativa motivazione, anche in vista dell'eventuale successivo controllo giurisdizionale. Elementi dei quali giova a questo punto passare a parlare.

2. *Istruttoria, ponderazione degli interessi in gioco e modelli di gestione: la ricerca dell'equilibrio tra esigenze europee, finalità perseguite e principio di proporzionalità*

Come si è detto, la circostanza che il dato economico sia imposto dall'Europa quale fondamentale criterio di valutazione dei diversi modelli di gestione selezionabili dall'Amministrazione non significa affatto che la scelta a favore del mercato sia necessariamente quella più opportuna. Ben può ipotizzarsi difatti che, viceversa, la soluzione dell'integrazione verticale (ad es. tramite *in house*), possa risultare più conveniente, od ancora, che, per recuperare la perdita di efficienza data da una gestione interamente pubblica, possa risultare ottimale quella "via di mezzo" offerta dalla società mista³².

Né, tuttavia, si può sottostimare la rilevanza che anche gli interessi in gioco, sia pubblici, sia privati – questi ultimi nella doppia veste e di utenti e di potenziali *competitors* –, possono assumere nell'ambito della scelta sul modello di gestione, oltre al dato prettamente economico. L'esistenza stessa del servizio, o la necessità di erogarlo, deve rispondere infatti, di norma, ad un interesse pubblico la cui cura è demandata all'Amministrazione procedente. Quest'ultima dovrà quindi definire sia i contenuti dell'interesse primario da perseguire in concreto, sia gli eventuali oneri da imporre in sede di gestione dello stesso, al fine di assicurare il pieno soddisfacimento dell'interesse pubblico³³.

³² Cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, pag. 144.

³³ Non si può infatti dubitare della compatibilità con il mercato interno di eventuali compensazioni disposte per garantire l'esecuzione prestazioni di interesse pubblico, laddove conformi all'articolo 106, comma 2, TFUE, nonché alla giurisprudenza della Corte, specie in rapporto alla compatibilità con gli articoli 107 e seguenti del TFUE. In dottrina sul punto basti citare

Vengono così in luce i due elementi portanti della scelta: l'aspetto economico e quello relativo al soddisfacimento dell'interesse pubblico, il cui irrinunciabile intreccio ha inevitabili conseguenze sul momento deliberativo.

2.1. *Indifferenza della valutazione circa la fattibilità economica rispetto alla definizione degli eventuali oneri di servizio pubblico (...)*

Al fine di semplificare il discorso, giova anzitutto premettere che due aspetti della questione, rispettivamente di carattere economico e di interesse pubblico, possono (e devono) essere tenuti distinti. Deve in particolare tenersi isolata l'analisi del mercato e delle condizioni economiche a cui il servizio potrebbe essere astrattamente erogato in ragione della domanda, dalla determinazione degli eventuali oneri cui sottoporre il servizio e le eventuali conseguenti compensazioni allo scopo necessarie.

Nell'ambito dell'analisi economica l'Amministrazione dovrà determinare se, sotto un profilo esclusivamente economico, sia in grado di espletare essa stessa il servizio in autoproduzione, ovvero sia più conveniente affidarsi a terzi³⁴.

Per fare ciò, l'Ente dovrà condurre un'attenta analisi del mercato di riferimento, al fine di stabilire le concrete condizioni in cui il servizio sarà svolto³⁵. Non è certo necessario che la valutazione sia condotta in riferimento all'effettivo mercato sul quale l'Ente è territorialmente competente, posto che non sempre è detto che un mercato ivi già esista, ma può ritenersi sufficiente

E. SCOTTI, *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di stato*, in *Foro amm. CdS*, 11, 2003, para. 2, la quale sottolinea che la sentenza *Altmark* ha, tra l'altro, concorso «a delineare il rapporto tra concorrenza e servizio pubblico, tra mercato e interessi pubblici, riconoscendo, entro l'area del servizio universale, la prevalenza dell'interesse generale dei cittadini rispetto a quello del mercato. La piena e prevalente tutela del mercato, pur in settori lato sensu d'interesse generale, è invece assicurata oltre gli obblighi di servizio pubblico o universale».

³⁴ L'eventuale convenienza del mercato rispetto all'autoproduzione potrebbe derivare da molteplici fattori. Si pensi ad esempio alla circostanza che un privato affidatario di servizi della medesima specie da parte di più amministrazioni potrebbe beneficiare più facilmente di economie di scala, riutilizzando risorse e mezzi su più mercati, mentre un soggetto *in house*, od una società mista, in ragione dei limiti imposti a livello europeo alla possibilità di espandere le proprie attività, si vedrebbe preclusa tale possibilità. Ne deriva che, nell'ambito di un affidamento internalizzato, sarebbe necessario assicurarsi che il bacino di utenza sia sufficiente a garantire l'integrale copertura dei costi, senza ulteriori significative possibilità di aumentare la redditività dell'impresa.

³⁵ In tal senso W. TROISE MANGONI, *Affidamento in house*, cit., pag. 298.

che detta analisi sia condotta prendendo a parametro mercati limitrofi o, comunque, analoghi, così da acquisire sufficienti informazioni circa la fattibilità economica delle diverse opzioni a disposizione, l'efficacia di ciascuna ed, in ultima analisi, la rispondenza di ciascuna alle concrete necessità dell'utenza rispetto alla fruizione del servizio³⁶.

Detta analisi assume particolare rilevanza in rapporto ai servizi pubblici locali in quanto, specie nel nostro ordinamento, non è affatto scontato che il bacino d'utenza rilevante sia sufficiente a sorreggere una gestione monocomunale³⁷. Ove si riferisca il discorso ai piccoli e piccolissimi comuni della realtà italiana, si può facilmente dubitare che una gestione vincolata ad un determinato ristretto territorio possa risultare fattibile, non potendo fruire di alcuna economia di scala³⁸.

Detto momento valutativo dovrebbe restare ben distinto da quello strettamente "pubblicistico" volto alla definizione degli eventuali oneri, e conse-

³⁶ Cfr. ancora W. TROISE MANGONI, *Ibid.*, pag. 301, il quale tuttavia sottolinea che «la richiesta di tali informazioni ai soggetti interessati allo svolgimento del servizio incontra un ostacolo naturale nella necessità, per la singola impresa, di preservare dalla pubblicità profili delicati, e quindi non facilmente divulgabili, relativi alla propria attività industriale; dall'altro, perché anche il riferimento a contesti territoriali diversi, da utilizzarsi come termine di confronto, soffre delle inevitabili approssimazioni derivanti dalla diversità dei mercati comparati. In ultima analisi, i dati sui quali può fondarsi l'analisi economica circa i possibili costi e benefici dei diversi modelli di gestione dei servizi comparati tra loro non possono che essere difficilmente verificabili e, quindi, privi di una chiara significatività». Ed ancora, afferma l'Autore che «delineati in estrema sintesi i profili di estrema problematicità posti dalla necessità di effettuare una comparazione tra i diversi modelli di gestione del servizio in termini di utilità economica, è possibile passare in rassegna i non meno complessi aspetti relativi al confronto tra i suddetti modelli, in considerazione della loro efficacia, avendo presente che, come si è accennato, l'efficacia attiene alla perseguibilità degli obiettivi di pubblico interesse che l'ente locale si prefigge nell'organizzare il servizio pubblico. Nell'espletamento di una simile valutazione, l'ente locale non può sottrarsi dal compiere una valutazione comparativa tra interessi, tutti in astratto meritevoli di tutela, ma potenzialmente in conflitto tra loro» (*ibid.*, pag. 302).

³⁷ Ha condivisibilmente sollevato tale problema F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, cit., pagg. 76-77. Sul punto cfr. anche D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., para. 4.

³⁸ Proprio in ragione di tale limite intrinseco di molte realtà locali italiane, si è allora suggerito di, alternativamente, slegare le società gestrici dei servizi dagli enti locali, in modo che le stesse siano libere di muoversi sul mercato, ovvero, adattare la dimensione del bacino d'utenza alle dimensioni di mercato, cfr. F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, cit., pag. 79. In linea alla seconda opzione suggerita dall'Autore, ossia l'accorpamento dei bacini d'utenza, sembra essersi mosso di recente il legislatore, prevedendo, per i comuni minori, un obbligo di associazionismo nell'esercizio di alcune funzioni fondamentali. Sul punto, anche in merito ai non indifferenti dubbi di legittimità costituzionale che le modalità della riforma hanno sollevato, si permetta di rinviare alle considerazioni svolte in G. CARULLO, *Obbligo di esercizio «associato» delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amm. CdS*, 10, 2013.

guenti eventuali compensazioni, da imporre al fine di garantire il soddisfacimento degli interessi pubblici curati. Come già si è più volte detto, l'Europa non impone un determinato modello di gestione, ma una volta che l'Amministrazione ne abbia adottato uno, lo svolgimento delle attività economiche deve avvenire nel rispetto delle *regole di concorrenza*. Ne deriva, quindi, che il momento valutativo circa gli interessi pubblici rilevanti nella fattispecie, e quindi gli eventuali oneri cui sottoporre il servizio e le relative eventuali compensazioni, dovranno essere determinati in modo assolutamente indifferente rispetto al modello di gestione adottato, sia esso in autoproduzione od in esternalizzazione.

Ciò significa che, come già anticipato³⁹, eventuali compensazioni per oneri di servizio pubblico non potranno in alcun modo incidere sul giudizio di fattibilità in autoproduzione del servizio, in quanto esse dovranno essere esclusivamente limitate a quella stretta misura necessaria a ripianare i maggiori costi derivanti da oneri non rientranti nell'ordinaria attività di impresa⁴⁰.

Conseguenza necessaria di tale premessa è che, indipendentemente dalla primazia degli interessi pubblici coinvolti, e dalla eventuale convinzione dell'Amministrazione che solo una gestione internalizzata del servizio potrebbe soddisfarli, la concreta possibilità di ricorrere all'autoproduzione resta anzitutto subordinata alla previa valutazione di fattibilità economica. Posto, infatti, che una gestione in perdita non potrebbe essere supportata da sovvenzioni statali oltre i limiti consentiti da eventuali oneri di servizio pubblico, l'insostenibilità economica di un'iniziativa in autoproduzione precluderebbe *de facto* l'esercizio in proprio da parte dell'Amministrazione. In tal caso diverrebbe necessario valutare, in alternativa, o una rimediazione degli obiettivi da perseguire – e quindi dei contenuti del servizio da offrire –, oppure l'erogazione del servizio tramite accordi con altre Amministrazioni in modo da ampliare il bacino di utenza, od ancora l'opportunità di rivolgersi al mercato e, quindi, ad operatori economici dotati di sufficienti mezzi e risorse tali da poter beneficiare di economie di scala atte ad assicurare la sostenibilità del servizio anche per un

³⁹ V. capitolo V, § 2.4.

⁴⁰ *Ibid.*.

(ulteriore) bacino di utenza, pur se in ipotesi relativamente limitato⁴¹.

2.2. (segue ...) ed il più complesso intreccio degli elementi economici con quelli inerenti la determinazione dell'interesse pubblico

Fatta tale preliminare precisazione, il punto problematico emerge laddove si passi ad esaminare quel diverso momento valutativo in cui l'aspetto economico va ad intrecciarsi con il momento strettamente pubblicistico.

Tre sono gli elementi essenziali che entrano in gioco in questa diversa prospettiva, reciprocamente influenzandosi a vicenda: in primo luogo, viene in gioco la determinazione dell'interesse pubblico perseguito in concreto dall'Amministrazione, e quindi degli obiettivi e dei risultati da questa auspicati, anche in un'ottica di soddisfacimento dell'utenza a cui il servizio dovrà rivolgersi, e degli eventuali *competitors* potenzialmente interessati all'espletamento del servizio; in secondo luogo, rileva anche qui l'aspetto economico e, quindi, la valutazione circa la sostenibilità del servizio; e, in ultimo, i diversi modelli di gestione del servizio in concreto adottabili.

L'Amministrazione dovrà bilanciare tali fattori al fine di individuare la soluzione più consona rispetto a tutti gli elementi della fattispecie concreta. È dunque in tale momento che, più che in ogni altro, si potrà (e si dovrà) verificare che la scelta dell'Amministrazione sia conforme ai principi ed alle norme europee sin qui analizzati, onde valutare l'adeguatezza della soluzione adottata rispetto agli obiettivi perseguiti, alla spesa richiesta ed ai mezzi impiegati.

Come in altri settori del diritto amministrativo, anche in questo ambito può sicuramente convenirsi con l'idea che la scelta *de qua* sia in massima parte determinata dai principi generali che guidano l'azione amministrativa⁴². In tale

⁴¹ In tal senso il recente *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali* del 7 agosto 2014, a cura del Commissario Straordinario per la revisione della spesa, nell'ambito della politiche di efficientamento delle partecipate ha infatti indicato di favorire lo sfruttamento di economie di scala, specie nei servizi pubblici locali a rete, salvo il peculiare settore del trasporto pubblico locale, per il quale sono state suggerite alcune misure *ad hoc* (cfr. *ivi*, pagg. 20 e ss.).

⁴² Come afferma infatti F. CINTIOLI, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in *Dir. Amm.*, 2, 2007, para. 8, «in un settore così delicato come quello che si è esaminato ... si conferma che i principi generali sono l'indispensabile cornice all'interno della quale possono formarsi le soluzioni ai problemi più difficili. Una cornice che può dare ordine e regolare proprio le «terre di nessuno»: quella tra diritto ed economia, quella tra diritto privato e diritto amministrativo, quella tra antitrust e regolazione». Il che vale senz'altro anche in

ottica non può che venire alla mente, oltre naturalmente al principio costituzionale di buon andamento⁴³, anche il principio di proporzionalità, sia in quanto oramai elevabile a principio di portata generale tanto a livello europeo, quanto a livello nazionale⁴⁴, e comunque anche, secondo una lettura meno recente, quale declinazione del più generale principio di ragionevolezza⁴⁵. Naturale ambito di applicazione di tale principio è infatti quello in cui, dovendosi operare una ponderazione tra interessi pubblici e privati, si debba valutare idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto di una misura⁴⁶.

rapporto ai principi europei, vista la rilevanza che assumono ormai nel nostro ordinamento, sul che cfr. G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, cit., pag. 95 e ss..

⁴³ Analizzando la giurisprudenza sul punto, G. PIPERATA, *La trasformazione delle società a partecipazione pubblica*, cit., pag. 160, ha infatti rilevato che l'applicazione di detto principio «ha due conseguenze: la prima, quella di dare valore di principio all'obbligo di far precedere la scelta della forma di gestione da una valutazione comparativa tra le diverse forme di gestione ... la seconda, quella di considerarlo applicabile in generale e in tutti i casi in cui l'ente pubblico debba effettuare una scelta organizzativa tra tante possibili».

⁴⁴ Rileva infatti D.-U. GALETTA, *Dall'obbligo di trasposizione*, cit., para. 5, che «non possono ormai più sussistere dubbi circa l'applicazione estensiva che la Corte fa del principio di proporzionalità», cfr. sul punto più di recente *ibid.*, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA; F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pag. 389 e ss., e *ibid.*, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pag. 110 e ss.. In linea con tale prospettiva cfr. anche S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, 2011, pag. 201 e ss., secondo il quale i due concetti sono sicuramente autonomi e quello di proporzionalità è «metodo di misurazione oggettiva della ragionevolezza» (ivi, pag. 211); sul punto anche A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, 1998, pag. 285 e ss., il quale sostiene l'autonomia del principio di proporzionalità rispetto a quello di ragionevolezza.

⁴⁵ In proposito ad esempio P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, pag. 83, la quale afferma che il principio di proporzionalità, del quale richiama le origini tedesche prim'ancora che europee, «rappresenta forse la componente della ragionevolezza di più difficile determinazione». Più di recente in tal senso si veda G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI; G. PERICU; A. ROMANO; F.A. ROVERSI MONACO; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, pagg. 560–566, che qualifica il principio di ragionevolezza come «assoluto» e, perciò, ritenendolo sovraordinato rispetto a tutti gli altri, conferisce ad esso «rilievo primario», così affermando espressamente che «il criterio di proporzionalità viene qui inteso come una sottocategoria del principio di ragionevolezza». Ad ogni modo, non sembra che tale diverso inquadramento sia in questa sede di particolare rilievo, posto che, tanto ove si voglia considerare la proporzionalità come principio primario e di carattere generale, tanto laddove la si qualifichi quale sotto principio della ragionevolezza, può egualmente farvisi ricorso al fine di valutare la legittimità dell'azione amministrativa, posto che anche in tale ultima prospettiva è indubbio che l'azione amministrativa deve tradursi «in provvedimenti amministrativi attraverso la logica, la proporzionalità, l'adeguatezza» (*ibid.*, pagg. 563–564).

⁴⁶ Si tratta di accezione ormai da tempo acquisita, cfr. D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, pag. 174. Più di recente, in tal senso, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *I principi*, cit., pag. 98, secondo cui il principio in parola «comporta che l'autorità pubblica, ove si trovi a dover sa-

Non potendosi qui analizzare in tutte le sue sfumature il principio di proporzionalità, che già ha impegnato ampi studi nel non semplice compito di tratteggiarne nascita, evoluzione e, quindi, sviluppo, tanto in ambito europeo (prima) – ove è stato importato dall'ordinamento tedesco –, quanto a livello nazionale (poi), in questa sede appare sufficiente partire dalle conclusioni raggiunte sul punto dalla dottrina che già ha approfondito il tema⁴⁷.

Ai nostri fini è utile pertanto prendere le mosse dall'assunto secondo cui il principio di proporzionalità costituisce applicazione, anche possibilmente in chiave strettamente algebrica, del principio di logica, ma con la fondamentale caratteristica di consentire un sindacato di legittimità che si avvicina sensibilmente a quei profili di valutazione dell'atto amministrativo tradizionalmente sottratti alla cognizione del giudice⁴⁸. Secondo tale prospettiva, il principio in parola permette, quale criterio di apprezzamento dell'idoneità della misura adottata, la valutazione obbiettiva della scelta, così svincolando la stessa, per

crificare interessi dei privati, non debba andare oltre quanto è necessario per conseguire lo scopo prefissato». Si è del resto da più parti invocato proprio detto principio al fine di valutare la conformità ai dettami comunitari dello strumento concessorio, onde prevenire indebiti abusi della «libertà di autorganizzazione della pubblica amministrazione» (B. MAMELI, *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2001, pag. 90). Sotto altro profilo, e proprio in relazione alla scelta del modello societario, si è in modo analogo parlato di ragionevolezza della scelta, sottolineando la necessità di riferire tale valutazione all'ipotesi concreta in esame (M. DUGATO, *Costituzione di società miste*, cit.). Si è addirittura affermato che debba essere detto principio anche a regolare il coordinamento tra pubblico e privati (F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, cit., pag. 88): il principio di proporzionalità dovrebbe venire in gioco laddove vi possa essere un'intersezione di interessi pubblici e privati, come si è visto avvenire, per quanto qui interessa, in rapporto alle società miste.

⁴⁷ Ha particolarmente approfondito il tema D.-U. Galetta, in vari studi succedutisi nel tempo, cfr. il già citato contributo *Dall'obbligo di trasposizione*, cit.; e, ancora, *ibid.*, *Principio di proporzionalità e sindacato*, cit.; *ibid.*, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 1999; *ibid.*, *Norme italiane sulla ripartizione del traffico aereo nel sistema aeroportuale di Milano, principio di proporzionalità e ripartizione di competenze fra organi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2001; *ibid.*, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 10, 2006, ove l'Autrice sottolinea in particolare l'origine tedesca del principio ed il suo carattere di principio generale; *ibid.*, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2, 2007. Sul punto non mancano poi numerosi contributi di altra dottrina, tra le opere monografiche possono ricordarsi S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa: ordinamento comunitario, italiano e inglese*, 2008; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit.

⁴⁸ Così D.-U. GALETTA, *Dall'obbligo di trasposizione*, cit., para. 4.

quanto possibile, da ogni carattere di soggettività ed opinabilità⁴⁹. Si è del resto notato che la proporzionalità è divenuta ormai uno dei principi più frequentemente invocati, quale vizio di eccesso di potere, proprio per censurare scelte di carattere discrezionale⁵⁰.

Ciò, chiaramente, pur permettendo un'obiettivizzazione di alcuni elementi della discrezionalità, non consente un sindacato sull'obiettivo perseguito dall'Amministrazione⁵¹, ma solo di valutare la correttezza dell'opzione prescelta, tra le più possibili, per il raggiungimento dello stesso. Tradotto nei termini che qui interessano, ciò significa che, posta la tendenziale insindacabilità dell'obiettivo perseguito dall'Amministrazione, riassumibile con estrema semplificazione nel servizio da erogare, si potrà andare a verificare se il modello di gestione prescelto sia proporzionato in rapporto agli obiettivi perseguiti, specie in relazione agli altri strumenti a disposizione dell'ente.

Questo significa che il principio di proporzionalità deve restare confinato al suo ruolo di «*canone guida*» per l'esercizio della funzione discrezionale ed, in particolare, trasponendo la prospettiva generale proposta dalla dottrina all'ambito che qui interessa, può costituire uno degli indici attraverso cui indirizzare la scelta del modello di gestione che possa garantire la massimizzazione dell'interesse perseguito, sia sotto un profilo di efficienza, sia di economicità

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Cfr. D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., para. 2, la quale sottolinea che «è sufficiente dare un rapido sguardo alla nostra giurisprudenza amministrativa, per rendersi conto di come il principio di proporzionalità sia oramai divenuto uno dei principi guida della discrezionalità amministrativa la cui violazione è più sovente lamentata dai ricorrenti. E, di conseguenza, fra i diversi profili di eccesso di potere l'eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità è uno di quei vizi più frequentemente sottoposti all'esame dei nostri giudici amministrativi».

⁵¹ Per la complessità della tematica inerente il rapporto tra applicazione del principio di proporzionalità e merito amministrativo, peraltro comunque estranea all'oggetto di indagine, si deve necessariamente rinviare alle trattazioni sul punto, tra cui, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit., pag. 189 e ss. sul rapporto tra sindacato e merito e pagg. 297 e ss. in particolare in relazione agli apprezzamenti di carattere tecnico; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., pag. 133 e ss.; D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato*, cit., pag. 53 per una preliminare ricostruzione a partire dall'ordinamento tedesco; pagg. 117 e ss. in relazione all'ordinamento comunitario; pagg. 219 e ss. in rapporto al contesto nazionale; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., pag. 58 e ss. anche in questo caso per alcune riflessioni in merito all'ordinamento tedesco; pagg. 196 e ss., invece, per l'analisi della giurisprudenza nazionale con attenzione anche al problema del merito; pagg. 397 e ss. in relazione al controllo giurisdizionale della proporzionalità.

ed efficacia dell'azione amministrativa⁵².

In primo luogo risulta tendenzialmente ininfluenza la circostanza che un momento comparativo ci dovrà comunque essere. Per rivolgersi al mercato si è visto che l'Amministrazione deve di norma sempre applicare una procedura di evidenza pubblica, sia che si tratti di selezionare l'operatore privato tramite gara, sia che si debba semplicemente individuare il socio privato di una partecipata pubblica. Ma un simile obbligo sussiste in definitiva anche nel caso di internalizzazione: il soggetto gestore, nell'ambito delle sue attività, ogni qual volta vorrà affidarsi al mercato per esigenze connesse all'espletamento del servizio, quali il reperimento di forniture, dovrà comunque farlo tramite una procedura concorsuale, salvo non sia possibile avvalersi di un soggetto aggregatore, nel qual caso si potrà viceversa valutare se l'agile acquisizione di risorse tramite questo non renda l'internalizzazione più conveniente. Ma fuori da questo caso, sotto tale profilo le due soluzioni, se pur con intensità differenti, non sono in grado di semplificare la scelta offrendo uno strumento per il superamento, in via definitiva, dell'obbligo di gara⁵³.

Potrà invece assumere rilevanza il fatto che l'affidamento *in house* rende oggi possibile realizzare operazioni intragruppo in regime di affidamento diretto anche tra partecipate della medesima amministrazione. Il che potrà determinare l'eventuale convenienza di istituire un sistema di società partecipate, eventualmente controllate tramite una *holding in house*, funzionale allo svolgimento dei propri compiti istituzionali, che al contempo consenta lo snellimento degli uffici burocratici⁵⁴.

D'altro canto, nell'esplorare la fattibilità di una siffatta formula di gestione, si dovranno attentamente considerare due elementi penalizzanti di notevole rilievo.

⁵² Si allude alla prospettiva offerta da D.-U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2005, para. 3, in commento alla sentenza della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004, nella causa C-201/02, *Wells*. In tal sede, in particolare, l'Autrice ha rilevato che in tale occasione la Corte ha evocato il principio di proporzionalità «quale canone guida per l'esercizio della propria discrezionalità da parte degli Stati membri, quanto alla scelta sui mezzi tramite cui adempiere al proprio dovere di osservanza del diritto comunitario».

⁵³ Sul che si veda più in dettaglio quanto detto al capitolo III, § 3.

⁵⁴ In merito a tale possibilità v. capitolo III, § 2.

Anzitutto, nonostante i penetranti poteri da riconoscere in capo all'ente controllante nell'ambito dei rapporti *in house*, le relazioni tra l'Amministrazione e le sue partecipate dovranno essere tali da escludere che queste ultime ricevano misure di aiuto incompatibili ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE. Il che significa, come detto, che la sostenibilità di un'eventuale gestione in autoproduzione dovrà essere valutata, nell'ambito di un'economia di mercato, secondo parametri strettamente economici, ma con l'ulteriore peso derivante dalla necessità di istituire un sistema di contabilità conforme a quanto prescritto dalla Direttiva Trasparenza⁵⁵.

In secondo luogo, l'eventuale determinazione in favore di una soluzione in autoproduzione dovrà tener conto del fatto che il soggetto gestore non potrà beneficiare, salvo limitate eccezioni, di significative economie di scala, data l'intrinseca limitazione alle sue attività imposta dal diritto europeo. Di conseguenza, lo stesso contenuto del servizio dovrà essere correttamente dimensionato rispetto al bacino di utenza servito dall'Amministrazione⁵⁶.

Tale valutazione dovrà peraltro essere condotta tenuto conto viceversa che, prediligendo la società mista o l'affidamento a terzi, si potrà beneficiare alternativamente del *know-how* del socio privato, ovvero delle maggiori economie di scala conseguibili da un operatore libero di muoversi su più mercati. Di conseguenza, si dovrà altresì valutare se, a parità di costi, il ricorso al mercato, anche solo parziale tramite società mista, non possa garantire all'utenza un servizio di maggior qualità.

Affinché la scelta possa dirsi legittima, dunque, devono necessariamente condursi una serie di valutazioni idonee a garantire l'adeguatezza della scelta adottata rispetto ai dettami del mercato interno, ed in particolare a quei principi, ed alle conseguenze che essi comportano, sin qui delineati. In mancanza di che, la determinazione circa il modello di gestione potrà *«essere portata all'attenzione del giudice amministrativo su iniziativa di qualsiasi operatore economico interessato a produrre la medesima prestazione illegittimamente*

⁵⁵ Su tali obblighi, cfr. capitolo V, §§ 2.2, 2.3 e 2.4

⁵⁶ Cfr. capitolo V, § 1.

sottratta o illegittimamente richiesta al mercato»⁵⁷.

Ciò anche grazie all'onere motivazionale sussistente in capo all'Amministrazione in proposito. L'applicazione del principio di proporzionalità, congiuntamente alle analisi di mercato ed economiche richieste per poter procedere alla scelta, dovranno infatti necessariamente tradursi in un'esaustiva motivazione, che permetta un completo apprezzamento degli elementi valutati dall'Amministrazione⁵⁸. Si tratta, dunque, a questo punto di valutare la portata di detto onere motivazionale.

3. *Motivazione della scelta in ordine alla fattibilità e sostenibilità economica della soluzione prescelta in rapporto ai vincoli europei*

Sul fatto che la scelta circa il modello di gestione debba necessariamente essere sorretta da congrua motivazione, non solo quale «*strumento di trasparenza*» dell'azione amministrativa⁵⁹, ma anche quale elemento *pro* concorrenziale⁶⁰, v'è certamente da tempo un largo consenso in dottrina⁶¹, come anche

⁵⁷ Così D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, cit., pag. 2.

⁵⁸ Così E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica*, cit., para. 9, secondo cui «*L'applicazione dei richiamati principi di proporzionalità e ragionevolezza può infatti tradursi nel dovere dell'amministrazione aggiudicatrice di motivare la propria scelta, specie se alternativa al mercato, dando conto delle ragioni d'interesse generale e della preferibilità tecnica ed economica dell'offerta interna rispetto a quella reperibile sul mercato, secondo un modello analogo a quello inglese sopra ricordato. E ciò sia allo scopo di tutelare il mercato e l'utenza pubblica sia al fine di non legittimare la costituzione di un apparato organizzativo in house o misto pubblico-privato inefficiente e costoso*».

⁵⁹ Così D.-U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2006, para. 7.

⁶⁰ Cfr. A.M. ALTIERI, *I servizi pubblici locali*, cit., para. 5, secondo cui l'obbligo di indicare le ragioni sottese alla scelta di un determinato affidamento sancito dall'articolo 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, «*dovrebbe portare gli enti locali a rivelare informazioni sulla gestione di un determinato servizio, in modo da stimolare indirettamente offerte di eventuali gestori alternativi interessati e la contendibilità dell'affidamento*».

⁶¹ *Ex multis*, W. TROISE MANGONI, *Affidamento in house*, cit., pag. 303, il quale afferma che «*l'ente locale deve prestare particolare attenzione all'onere della motivazione, giustificando sotto il profilo fattuale ed economico, ma anche dell'opportunità, la scelta di affidare il servizio secondo il regime dell'in house*»; in riferimento alla finanza di progetto, N. LUGARESÌ, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit., pag. 610, secondo il quale «*la motivazione diviene ... momento essenziale ... anche in riferimento alla scelta degli strumenti e meccanismi che possono portare al risultato perseguito*» e secondo cui l'Amministrazione deve evidenziare «*le conseguenze positive per la finanza pubblica e per le aspettative dei cittadini*»; nel regime di cui all'articolo 113, comma 5, TUEL, come modificato dal d.l. n. 269 del 2003, F. ELEFANTE, *Gli affidamenti in house nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. TAR*, 1, 2008, para. 2, affermava che «*l'amministrazione può decidere - purché lo motivi adeguatamente - se fornire in prima persona un servizio di interesse generale o affidare tale compito ad un altro ente, pubblico o privato*»; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, cit., para. 8, secondo il quale «*il potere discreziona-*

ormai in giurisprudenza⁶², ove il precedente orientamento contrario sembra essere in via di definitivo superamento a fronte delle riforme legislative intervenute⁶³, salvo ancora poche isolate pronunce, peraltro non rimaste esenti da critiche⁶⁴.

Anche sul fronte legislativo si è più volte affermata, se pur in misura variabile e per ragioni non sempre omogenee, la necessità di esternare le ragioni per le quali l'Amministrazione intenda adottare un determinato modello organizzativo, specie laddove la scelta sia ricaduta sull'*in house*⁶⁵. Pur

le dovrà essere ovviamente adeguatamente esercitato, e il suo servizio dovrà essere motivato»; anche A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2005; in relazione all'articolo 23 bis M. DUGATO, *La manovra finanziaria*, cit., aveva affermato che la motivazione deve essere resa alla luce dei parametri delle scienze economiche, sociali, ambientali e naturali; anche in tempi meno recenti R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, cit., aveva spiegato che il progetto di Comunicazione della Commissione sui PPP richiedesse sempre una motivazione in quanto espressione di un principio generale del diritto europeo. Tra i contributi più recenti, C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali*, cit., para. 6, pone proprio l'accento sul carattere economico della scelta, derivando tuttavia tale elemento dal contesto nazionale: «*occorre motivare sulla convenienza (in termini di economicità, efficienza ed efficacia)*». In prospettiva parzialmente diversa tuttavia M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri*, cit., para. 3, ha invece ritenuto, rifacendosi alla l. 241/90, che l'onere di motivazione puntuale non fosse una novità e lo stesso fosse comunque da ricondurre al generale «*obbligo di motivazione degli atti amministrativi*».

⁶² Quanto alla giurisprudenza nazionale Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374; *ibid.*, Sez. II, parere del 18 aprile 2007, n. 456, ove si legge che «*l'amministrazione deve comunque motivare in modo adeguato perché si avvale di una società mista invece di rivolgersi integralmente al mercato*». Più di recente si vedano Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762; . In ambito europeo, cfr. Corte di giustizia, sentenza del 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 63, od anche sentenza del 6 aprile 2006, in causa C-410/04, *ANAV*, punto 26.

⁶³ La giurisprudenza meno recente non riteneva infatti necessaria la motivazione laddove la scelta fosse stata per l'autoproduzione: in tal senso in vigore dell'art. 22 della legge n. 142/90 e, del pari, dell'originaria versione dell'articolo 113, comma 5, TUEL, cfr., in riferimento ad affidamenti ad aziende speciali, Consiglio di Stato, Sez. V, 08 marzo 2005, n. 831; *ibid.*, 04 aprile 2002, n. 1874 e, in rapporto a società interamente pubblica, T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. I, 13 luglio 1998, 271.

⁶⁴ Cfr. ad esempio T.A.R. Puglia, Bari, 8 marzo 2006, n. 1318, ove si legge che «*la sussistenza dei rigorosi presupposti di legge legittimanti il cosiddetto "affidamento in house" consente di escludere ... l'esigenza di una particolare e specifica esternazione motivazionale al fine di giustificare il ricorso a detto sistema di affidamento nell'ambito della discrezionalità di cui la p.a. è dotata*». Sul punto si veda la netta critica a tale soluzione di M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri*, cit., para. 3. In senso analogo anche T.A.R. Liguria Genova, Sez. II, 23 ottobre 2009, n. 2974, ove l'obbligo di motivazione fu ritenuto sussistente in forza dello statuto dell'Ente.

⁶⁵ Si veda, ad esempio, l'ormai abrogato articolo 23 bis, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, con commento di W. TROISE MANGONI, *Affidamento in house*, cit., pag. 293 e ss., o, più in generale, quanto sinteticamente esposto circa il quadro normativo nazionale nel corso del capitolo I, § 5.

nell'instabilità che connota il settore oggetto di analisi, anche l'ultimo approdo della normativa allo stato registrabile, il già citato articolo 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, si colloca in tale prospettiva: la norma ha imposto alle Amministrazioni di redigere un'apposita relazione indicante le motivazioni della scelta del modello di gestione adottato, ed, in particolare, della sua compatibilità con i «*requisiti previsti dall'ordinamento europeo*»⁶⁶.

Al fine di individuare la misura che detto onere motivazionale dovrebbe astrattamente assumere in rapporto alle valutazioni di cui si è detto nel precedente paragrafo⁶⁷, indipendentemente dal settore specifico analizzato, può ricordarsi che, come si è detto *supra*, l'applicazione del principio di proporzionalità nella fase procedimentale comporta l'espletamento di una serie di attività istruttorie e di analisi necessarie a valutare l'adeguatezza della scelta rispetto agli interessi rilevanti nella fattispecie.

Ne deriva che uno degli elementi essenziali della motivazione è determinato dalla necessità di rendere noti tutti quegli elementi istruttori emersi nel corso di detta analisi, e delle conseguenti valutazioni svolte al riguardo. L'Amministrazione dovrà chiarire per quali ragioni l'interesse pubblico perseguito nel caso concreto sia al meglio soddisfatto tramite la scelta adottata, in particolare dando evidenza di quegli elementi che, per quanto qui di interesse, giustificano l'opzione del mercato o, viceversa, dell'autoproduzione.

Una prima conseguenza dell'applicazione di tale criterio è che non può ritenersi sufficiente una motivazione più blanda sol perché si scelga una soluzione *pro* mercato. In ottica europea ciò che rileva non è l'apertura al mercato *sic et simpliciter*, ma è, invece, il rispetto delle regole e dei principi concorren-

⁶⁶ La norma prevede infatti che «*al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione ... che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*».

⁶⁷ Giova infatti sottolineare che, coerentemente con l'oggetto del presente studio, il paragrafo sarà limitato all'analisi della motivazione esclusivamente in rapporto alle norme ed ai principi europei trattati in questa sede, mentre per ogni ulteriore approfondimento sull'onere di motivazione non può che rinviarsi agli studi specifici sul tema, tra cui, per tutti, si rinvia al recente contributo di F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pag. 300 e ss..

ziali, in senso lato, che disciplinano le diverse modalità di interazione da parte della mano pubblica con detto mercato, indipendentemente dalla formula gestoria adottata.

Di conseguenza, pur se in dottrina si è per lo più concentrata l'attenzione sull'onere motivazionale sussistente nel caso di internalizzazione⁶⁸, anche nel caso di esternalizzazione deve ritenersi sussistere un pari onere. Anche in caso di affidamento esterno si deve cioè garantire che il ricorso al mercato, tenuto conto dell'interesse pubblico perseguito, del risultato desiderato e, quindi, degli eventuali oneri da porre sul gestore, possa essere economicamente sostenibile in un regime concorrenziale conforme alle regole ed ai principi dei Trattati. In altri termini, l'Amministrazione, laddove intenda esternalizzare, dovrà valutare, e quindi adeguatamente motivare, se l'attività economica messa a gara possa essere condotta senza necessità di sovvenzioni pubbliche o aiuti di altra natura, oppure se, nel caso in cui questi siano necessari, l'erogazione degli stessi potrà dirsi compatibile con il mercato interno, se vi sarà necessità della preventiva notifica alla Commissione e se, in ultima analisi, una simile alternativa non risulti – in ipotesi – più onerosa di una gestione diretta o tramite società mista.

Ricollegando il discorso circa il contenuto della motivazione a quello svolto nel paragrafo precedente, relativo alle diverse valutazioni che vanno a comporre la determinazione circa il modello di gestione da adottare, si può concludere che, indipendentemente dal merito della scelta e, quindi, dalla soluzione in concreto adottata, l'Amministrazione dovrà motivare adeguatamente circa la sostanziale adeguatezza, intesa come proporzionalità, della soluzione adottata, rispetto agli obiettivi perseguiti.

⁶⁸Tra gli autori citati alla n. 61, si veda, ad esempio, A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., para. 5, il quale pone l'accento sul fatto che «ogni intervento dell'autorità pubblica sul mercato dei contratti pubblici ... comporta una nuova allocazione di risorse, configurando un riallineamento della dialettica intercorrente tra la (relativa) autonomia delle decisioni politiche e il (relativo) determinismo dei meccanismi del mercato. In particolare, la pregiudiziale proconcorrenziale ed antidiscriminatoria insita nel diritto europeo degli appalti pubblici potrà essere scalfita dall'utilizzo delle forme "pure" di partenariato (che inevitabilmente un qualche affievolimento di quella pregiudiziale producono) solo se alla base della scelta pubblica vi sarà una delibera (di contrattare) adeguatamente argomentata con riguardo ai vari profili, che sappia dare ragione della proporzionalità della scelta stessa rispetto alle esigenze della collettività e nello stesso tempo possa anche essere valutata dall'operatore economico al fine del vaglio dell'eventuale lesione dei propri interessi ..., ponendo quindi fin da quel momento le basi per l'eventuale confronto tra le ragioni del pubblico e le ragioni dei privati».

L'estensione dell'onere motivazionale in rapporto alla scelta operata dall'Amministrazione deve pertanto ritenersi essere tale da permettere di comprendere, quantomeno, le diverse considerazioni e ponderazioni svolte dall'Amministrazione in rapporto a quei vincoli che si sono indicati poc'anzi rilevanti in sede di determinazione del modello di gestione⁶⁹. In altri termini, richiamando la terminologia comunemente utilizzata dalla giurisprudenza, sarà necessario che la stessa dia atto dell'*iter* logico-giuridico seguito nell'affrontare le diverse questioni emerse, così dando evidenza di tutte le valutazioni condotte in rapporto ai suddetti vincoli europei, e quindi dei relativi dati eventualmente disponibili, e, così, del perché si sia ritenuta migliore un'opzione rispetto alle altre⁷⁰.

Il che significa anche, per quanto si è detto prima circa la rilevanza dell'analisi economica da svolgere, che l'Amministrazione dovrà fornire una solida motivazione anche in merito all'aspetto economico, fornendo i relativi dati in base ai quali ha ritenuto più conveniente la soluzione adottata.

In particolare, sarà necessario dare evidenza del fatto che si sono valutati in modo appropriato tutti quei vincoli europei di cui si è sin qui detto: se, in caso di autoproduzione, vi siano le competenze per un'effettiva *governance* pubblica, se il bacino d'utenza sia sufficiente a sorreggere una gestione monocomunale o se sia opportuna una compartecipazione di altri enti; ovvero se, in caso di esternalizzazione, l'affidamento esterno non privi dei loro compiti strutture interne non facilmente sopprimibili, così da un lato generando nuovi costi per l'Amministrazione, senza poter dall'altro snellire gli apparati preesistenti.

4. *Elemento economico della scelta ed intensità del sindacato giurisdizionale*

Un elemento che, tra tutti, potrà sicuramente risultare particolarmente

⁶⁹ Ci si riferisce in particolare a quanto detto nei precedenti §§ 2.1 e 2.2 del presente capitolo.

⁷⁰ Tra le tante, cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2007, n. 2537; *ibid.*, Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5868; *ibid.*, Sez. V, 18 dicembre 2003, n. 8341; *ibid.*, Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 1047; *ibid.*, 2 maggio 2005, n. 2070, nelle quali si legge che, valorizzando la funzione di garanzia della motivazione, la stessa è volta a «consentire al destinatario del provvedimento la ricostruzione dell'*iter* logico-giuridico che ha determinato la volontà dell'Amministrazione consacrata nella determinazione a suo carico adottata». Sul punto cfr. tra i tanti ancora F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., pag. 327 e ss..

idoneo ad una obbiettivizzazione della decisione, nell'ottica del sindacato di proporzionalità, è sicuramente quello economico⁷¹.

Con una breve precisazione. Trattandosi di un giudizio ponderativo tra diversi modelli di gestione, laddove si parla di dato economico dell'operazione, non si vuole in questo caso alludere al mero elemento monetario, bensì al rapporto tra beni e/o servizi offerti – ed eventuale qualità degli stessi, ove oggettivamente valutabile – e relativi costi. Per dirla con terminologia tipica del settore degli appalti, non si tratta di selezionare la forma di gestione al “prezzo più basso”, ma di individuare quella “economicamente più vantaggiosa”, intesa come quella che offre il miglior rapporto qualità/prezzo⁷².

Si tratterà quindi di analizzare sia i costi di una gestione internalizzata, sia quelli dell'affidamento al mercato, al contempo valutando come le due possano portare al raggiungimento dell'interesse pubblico perseguito. In un contesto ove entrambe le opzioni siano economicamente sostenibili, non si dovrà necessariamente selezionare quella meramente più “a basso costo” comportante la massimizzazione dell'utile di impresa, ma ben si potrà anche propendere per quella che offra il “miglior” servizio, anche se più costosa, fintanto che la stessa non postuli una gestione in perdita, ma solo minori utili.

⁷¹ Sul punto, conferma tale idea il recente *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali* del 7 agosto 2014, a cura del Commissario Straordinario per la revisione della spesa, ove si legge che le scelte tra diverse forme di gestione in autoproduzione «dovrebbero riflettere unicamente la maggiore economicità/efficienza gestionale che deriverebbe da una esternalizzazione dell'attività» (ivi, pag. 16). Quanto, invece, alla alternativa tra mercato ed autoproduzione, appare semplicistica la soluzione proposta dal suddetto Programma. Ivi si legge che l'internalizzazione dovrebbe conseguire solo alla «assenza della possibilità di acquistare dal settore privato i servizi rilevanti». Il Programma, tuttavia, omette di considerare che la verifica circa tale assenza può essere condotta solo nell'ambito di un giudizio che consegue e che trova le proprie premesse logiche nella definizione dei contenuti del servizio e degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti. Il che è quanto si tenta invece di delineare in questa sede.

⁷² Si tratta dei ben noti criteri disciplinati oggi dal Codice degli Appalti agli articoli 82 ed 83, in recepimento dell'articolo 53 della Direttiva 2004/18/CE e dell'articolo 55 della Direttiva 2004/17/CE. Si noti peraltro che le nuove Direttive, conformemente alla giurisprudenza relativa alle precedenti norme (cfr. considerando 89 Direttiva 2014/24/UE), hanno particolarmente valorizzato proprio l'aspetto inerente il contenuto economico. Si legge infatti al considerando 90 della Direttiva 2014/24/UE che «occorre stabilire esplicitamente che l'offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbe essere valutata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo». Peraltro continua il considerando affermando che «tale valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia», ferma comunque restando la possibilità «di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto».

Ciò detto, attraverso la comparazione economica di ciascuna opzione, si potrà verificare l'effettiva convenienza della soluzione adottata e, pertanto, la proporzionalità, intesa anche quale proporzionalità in senso stretto, della stessa, rispetto alle altre. Per tale via si può così aprire un qualche spazio di sindacato sulla scelta adottata, andando a valutare la correttezza, in un'accezione anche prettamente algebrica, dell'analisi svolta dall'Amministrazione. Il che appare del tutto conforme a quell'applicazione secondo uno schema matematico del principio di proporzionalità, già diffusa nella giurisprudenza nazionale, che ha permesso, come si è spiegato in dottrina, la comparazione di due diversi valori oggettivamente rappresentabili e, così, anche la «*valutazione comparativa tra interesse pubblico perseguito, da un lato, ed interesse privato confliggente, dall'altro*»⁷³.

Va da sé che l'utilità in concreto dei ragionamenti sin qui svolti varia grandemente in base all'intensità che un siffatto sindacato possa assumere. Sul punto dunque, posto che gli elementi attraverso cui si è suggerito che potrebbe essere condotto un riesame della scelta operata dall'Amministrazione sono di carattere prettamente tecnico-economico, pesa inevitabilmente la soluzione che si voglia prediligere circa l'intensità del sindacato esperibile: se estrinseco od intrinseco, e, quindi, in quest'ultimo caso, se forte o debole⁷⁴.

Si noti, tuttavia, che la soluzione a detta problematica non dipende dai principi qui analizzati, ma dal modo in cui si interpreti il ruolo del giudice nei confronti dell'Amministrazione. Di conseguenza, in questa sede mi pare suffi-

⁷³ In proposito si veda l'analisi giurisprudenziale, e le relative considerazioni, condotta da D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato*, cit., pag. 177, alla luce della quale l'Autrice ha altresì notato che così inquadrata, tale valutazione è «*solo lato sensu riconducibile a quel principio di proporzionalità in senso stretto di derivazione tedesca. Infatti, quanto alla valutazione comparativa così effettuata, essa sembra sfumare, anche per il fatto che vengono utilizzati al riguardo dei parametri di riferimento obbiettivi, i quali non consentono quella elasticità di giudizio, che un'applicazione corretta del principio di proporzionalità in senso stretto dovrebbe invece implicare*».

⁷⁴ Data l'indubbia complessità del tema, che esorbita dall'ambito di indagine, si rinvia per tutti a G. GRECO, *Lezioni*, cit., pag. 329, il quale, preso atto che oggi «*si discute ancora molto sul tipo di sindacato consentito al Giudice di legittimità in caso di valutazioni tecniche*», suggerisce che «*la soluzione non può essere unitaria, ma deve tener conto della realtà delle cose. Infatti, mentre in alcuni casi la valutazione tecnica consente di giungere a risultati sicuri e, come tali, verificabili ..., in altri casi i risultati sono necessariamente opinabili ... e insuscettibili di verifica obbiettiva: l'intensità del sindacato giurisdizionale dovrebbe, dunque, adattarsi a tale diversità di situazioni*».

ciente mettere in luce due aspetti della questione.

In primo luogo, un sicuro punto fermo è che, quale che sia il livello di sindacato che si possa esperire, ad ogni modo potranno comunque venire in gioco i principi qui delineati. Va da sé che, tanto più il sindacato sarà penetrante, tanto più gli stessi potranno portare ad un effettivo esame della scelta compiuta e, quindi, alla verifica della conformità della stessa rispetto ai principi qui delineati.

In secondo luogo, per tentare di delineare l'intensità che il sindacato potrebbe assumere in rapporto alle valutazioni qui di interesse, può tornare utile quella giurisprudenza contabile che, valorizzando i criteri di "economicità" e di "efficacia" sanciti dall'articolo 1, comma 1, della l. 241/90, ha ritenuto censurabile l'antieconomicità di una determinazione in quanto la violazione dell'obbligo di procedimentalizzazione dell'azione amministrativa abbia reso l'uso del denaro pubblico non trasparente né verificabile, privandolo di un qualsiasi elemento idoneo a consentire sia la valutazione dell'utilità della spesa, sia il rispetto dei criteri di efficacia ed economicità⁷⁵.

Del pari significativa è quella giurisprudenza contabile che, con argomentazioni particolarmente sottili⁷⁶, nel censurare la scelta di costituire una società mista in quanto del tutto diseconomica, ha affermato che il giudizio non supera i limiti di sindacabilità delle scelte discrezionali in quanto oggetto di censura non è il merito della decisione, né l'individuazione di altre soluzioni dotate di migliore esito economico – il che, va detto, rientrerebbe comunque nell'ambito di un sindacato di proporzionalità –, ma esclusivamente l'economicità della scelta adottata, in sé considerata, attraverso la valutazione

⁷⁵ Cfr. Corte dei Conti, Sez. giurisd. per la Regione Siciliana, 4 agosto 2010 n. 1807. In linea con tale prospettiva, in dottrina, M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica*, cit., pag. 4, secondo il quale «ciò che conta, in ogni caso, è che tali partecipazioni siano assunte nel rispetto tanto delle leggi di spesa e sulla contabilità pubblica, quanto dei principi «di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza», enunciati dall'art. 1, comma 1, della ... legge n. 241/1990, l'osservanza dei quali dovrebbe essere verificata in concreto, caso per caso».

⁷⁶ In dottrina si è infatti commentato che il giudice contabile è giunto a sindacare «- seppure « per mentite spoglie » — in maniera tendenzialmente piena e diretta il « merito » degli atti amministrativi, anche ove essi siano espressione di potere discrezionale», F. TIGANO, *Corte dei Conti e attività amministrativa*, Torino, 2008, pagg. 389–391.

del fine perseguito e dell'elemento soggettivo rilevante nella specie⁷⁷.

Dunque, trasponendo tali prospettive nel giudizio amministrativo, ben si potrebbe, sulla base tanto dell'articolo 1, comma 1, della l. 241/90, così come del nuovo articolo 97 della Costituzione, ipotizzare un pieno giudizio sull'economicità della scelta⁷⁸, così da far emergere un eventuale eccesso di potere per violazione tanto del principio di proporzionalità, quanto anche del principio di economicità stesso⁷⁹, anche solo nella veste di insufficiente moti-

⁷⁷ Cfr. la pronuncia della Corte dei Conti, Sez. I giurisd. centrale, 21 settembre 2011, n. 402, ove si legge che l'addebito mosso dalla procura «*non è mai stato di non aver adottato altre soluzioni dotate di migliore esito economico, quanto piuttosto di avere effettuato una scelta che in sé avrebbe potuto essere certamente legittima e foriera di risultati vantaggiosi per l'ente se solo non fosse stata effettuata – e poi perseguita – al solo fine di arrecare un vantaggio in termini occupazionali ad una sola categoria di soggetti, producendo effetti nefasti sulla gestione dell'ente*» e che, pertanto, «*l'atto di citazione non contiene considerazioni argomentative ... incompatibili con i limiti di sindacabilità delle scelte discrezionali*».

⁷⁸ In linea con tale idea, alla luce del nuovo testo dell'articolo 97, comma 1, Cost., cfr. F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica*, cit., pag. 67, secondo cui «*il principio di economicità dell'azione amministrativa ... costituisca non più solo uno dei criteri a cui conformare l'azione amministrativa ... , ma una sorta di superprincipio (inderogabile per l'Amministrazione come per il legislatore, e quindi criterio di interpretazione di tutte le norme regolative delle potestà ed attività amministrative)*», cfr. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2012, para. 3. Sostanzialmente in linea con tali tesi, in relazione al principio di pareggio di bilancio di recente introduzione in costituzione, A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, cit., pag. 178, parla di «*prevalenza della cura degli interessi finanziari su quella di qualsiasi altro interesse*».

⁷⁹ In tal senso, peraltro, si iniziano a registrare alcuni importanti passi della giurisprudenza amministrativa. Significativa in tal senso la sentenza del T.A.R. Lombardia Milano, Sez. IV, 15 maggio 2012, n. 1350, la quale, se pur riformata dal Consiglio di Stato (Sez. III, sentenza del 18 gennaio 2013, n. 288), è rimasta esente da censure da parte del Giudice d'appello laddove ha statuito che «*pare inficiato da indubbia illegittimità l'operato della stazione appaltante, la quale, nell'esplicazione della propria potestà di autotutela, ha ritenuto di porre nel nulla l'aggiudicazione provvisoria alla ricorrente della fornitura dei lotti in questione, nonostante la stessa fosse di gran lunga economicamente più vantaggiosa*». Valorizza l'aspetto economico anche la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 1 gennaio 2010, n. 7261, che ha ritenuto legittimo il ricorso alla CONSIP, e quindi non elusivo dell'obbligo di gara, «*sussistendo una economicità intrinseca dei beni e servizi offerti dal sistema Consip*». Interessante ragionamento in merito alla valutazione circa la diseconomicità della scelta anche in T.A.R. Veneto Venezia, Sez. I, 08 febbraio 2010, n. 336, ove si legge che «*l'affidamento in house deve logicamente essere disposto allorquando il soggetto affidatario ha l'effettiva possibilità, all'interno del proprio contesto organizzativo, di svolgere con le proprie risorse il servizio oggetto dell'affidamento medesimo o, comunque, una sua parte significativamente consistente. Se, per contro, l'affidatario in house deve a sua volta rivolgersi a soggetti esterni - sia pure nelle necessarie forme dell'evidenza pubblica quale "organismo di diritto pubblico" ai sensi dell'art. 2, comma 26, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 - per reperire risorse non marginali al fine dell'espletamento del servizio reso oggetto di affidamento, risulta ben evidente che l'Amministrazione affidante realizza nei propri confronti non già un vantaggio economico, ma una vera e propria diseconomia, non solo finanziaria in quanto il costo dello svolgimento del servizio stesso sarà intuitivamente aggravato dall'intermediazione dell'affidatario c.d. "in house", ma anche - per così dire - "funzionale"*».

vazione⁸⁰.

Il che non porterebbe ad estendere il giudizio ai contenuti ed agli obiettivi perseguiti dall'Amministrazione, ma solo alla verifica dell'adeguatezza della soluzione prescelta rispetto agli stessi, con un risultato del tutto assimilabile a quello cui è pervenuta la giurisprudenza contabile.

Viceversa, la negazione di un effettivo sindacato in merito alla convenienza economica della scelta operata, alla luce della diversa prospettiva assunta dalla giurisprudenza contabile, non sarebbe priva di contraddizioni.

Difatti, se non in virtù degli obblighi sovranazionali⁸¹, in rapporto alle valutazioni di carattere economico di cui si è detto, non mi pare che si possa predicare l'esperibilità, innanzi al giudice amministrativo, di un sindacato meno esteso di quello esercitato in sede contabile. Se non al costo di ammettere il paradosso di avere una condanna in sede contabile per danno erariale, laddove invece in sede amministrativa la scelta sia stata ritenuta perfettamente legittima, in quanto fondata su valutazioni economiche incensurabili.

sotto il profilo dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa, all'evidenza appesantita dall'ingresso di un soggetto che funge da mero tramite tra l'Amministrazione affidante e l'imprenditore che materialmente svolge il servizio».

⁸⁰ Anche in questo caso, si registrano alcune sentenze che, proprio ripercorrendo le varie opzioni a disposizione dell'Amministrazione, hanno censurato la scelta per non aver motivato adeguatamente circa la convenienza della stessa. Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 21 novembre 2012, n. 862, ove si legge che «*la P.A. ... ha configurato la convenienza economica come vantaggio di un'offerta, rispetto alle condizioni praticate, per tutte le voci di costo: una situazione, in verità, di scarsa verosimiglianza, essendo assai più probabile ... che le offerte presentate fossero per taluni profili più vantaggiose economicamente, per altri meno, cosicché il giudizio circa la loro convenienza economica avrebbe dovuto essere condotto considerandole nel loro complesso. Nulla di tutto ciò è, però, indicato nel provvedimento finale ... Alla luce di quanto ora illustrato risultano, quindi, fondate le censure di difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà*». Od, ancora, T.A.R. Lazio, Sez. III Quater, 4 gennaio 2012, n. 58, «*un mutamento così netto di orientamento da parte della pubblica amministrazione avrebbe richiesto una adeguata istruttoria che, sul punto, appare assolutamente carente, laddove omette di valutare le conseguenze derivanti sul piano finanziario e la antieconomicità del trasferimento di funzioni rispetto agli investimenti precedentemente operati*». In tal senso anche una recente pronuncia del T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 08 settembre 2014, n. 4797, ove è stato ritenuto che «*il ricorso all'affidamento diretto è sempre consentito, onde non è necessaria un'apposita ed approfondita motivazione di tale scelta, purché sia stata dimostrata non solo la sussistenza dei presupposti richiesti per l'autoproduzione, ma anche la convenienza rispetto all'affidamento della gestione del servizio a soggetti terzi, perché, in difetto, la scelta sarebbe del tutto immotivata e contraria al principio di buona amministrazione cui deve conformarsi l'operato della P.A.*».

⁸¹ Ha infatti di recente osservato M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse*, cit., para. 4, che, specie in virtù dell'articolo 6 della CEDU, «*le scelte tecniche dell'amministrazione, ove contestate dal ricorrente, dovrebbero, ... poter essere pienamente e intrinsecamente riviste dal giudice amministrativo*».

Dunque, in conclusione, sia per ragioni di coerenza sistematica, sia a garanzia dell'economicità dell'azione amministrativa, sia, peraltro, indirettamente, per assicurare le migliori condizioni di servizio all'utenza, mi pare che una contraddizione di tale portata sia decisamente da ripudiare e che, pertanto, sia da accogliere l'idea di un sindacato pieno in relazione all'elemento economico della scelta circa il modello di gestione adottato dall'Amministrazione per l'erogazione di un servizio di carattere economico.

5. *L'ambito applicativo oltre i servizi economici*

Si è detto in apertura che le considerazioni svolte nel corso del presente studio sarebbero state svolte in relazione ai servizi aventi rilevanza economica, secondo la delimitazione della nozione ivi delineato⁸².

Va da sé che rientrano sicuramente in tale ambito applicativo tutti i c.d. servizi pubblici locali così come, in termini più generali, tutte le attività oggi comunemente qualificate come servizi di interesse economico generale.

Ma non solo. L'ambito oggettivo di applicazione delle norme e dei principi concorrenziali europei che si sono analizzati è in grado di espandersi ben al di là del solo ambito dei servizi economici⁸³, potendo senz'altro investire

⁸² Cfr. capitoli I, § 2.

⁸³ Osservazione quest'ultima che porta alla mente, peraltro, un passato dibattito circa l'applicabilità, o meno, delle norme in materia di appalti pubblici anche alle concessioni di servizi pubblici (in proposito si veda G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, cit., pagg. 1288–1290). Pur se oggi può dirsi ormai dato pacifico – cfr. giurisprudenza citata nella successiva nota 86; in dottrina, per tutti, L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, cit., pag. 1866 e ss. –, in passato tale dato non solo era del tutto dubbio, ma era anche in gran parte escluso in una prima fase di espansione della normativa europea in materia. In senso negativo si veda ad esempio F. GOISIS, *Rapporto di controllo*, cit., para. 1, il quale aveva comunque anticipato che, se si fosse prevista la gara per la scelta del concessionario, questa avrebbe dovuto rispettare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione. Sulla vis espansiva dei principi europei *de qua*, cfr. M.P. CHITI, *I principi*, vol. I, Milano, 2008, pag. 153, aveva commentato l'inserimento dell'articolo 2 nel Codice degli Appalti affermando che «*si tratta della maggiore conferma nel diritto recente della capacità espansiva dei principi comunitari, oltre i loro confini di riferimento giuridico, dovuta al carattere "modernizzante" degli stessi nei rispetti del più tradizionale diritto nazionale; nonché, della portata vastissima di principi come quello di libera concorrenza*». Anche F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario*, cit., pag. 9, parla di «*una sorta di tendenza espansiva del giudice comunitario, che, pur nell'ottica di un approccio pragmatico ai problemi, tende a rafforzare l'applicabilità delle norme e degli istituti comunitari, una volta che questi, anche sulla spinta di qualche corte nazionale, talora molto "filo-comunitaria", vengano portati alla sua attenzione*». In giurisprudenza, l'Adunanza Plenaria ha espressamente affermato che «*I principi generali del Trattato valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali (oltre alla conces-*

l'intero settore delle commesse di competenza di soggetti pubblici⁸⁴, sino a forme di esternalizzazione non necessariamente postulanti l'affidamento di attività di carattere economico⁸⁵. Si pensi al caso delle concessioni demaniali. La giurisprudenza e la dottrina hanno ormai da tempo affermato che anche queste ultime debbano sottostare ai principi di matrice europea di massima trasparenza e pubblicità, in quanto in grado di offrire un'occasione di guadagno ai soggetti operanti sul mercato⁸⁶.

Alla luce di tale lettura estensiva delle norme e dei principi europei, può allora immaginarsi di estendere i ragionamenti condotti in questa sede ad uno spettro di attività ben più ampio dei soli servizi economici. Si registra del resto in dottrina un crescente *favor* verso la possibilità di “esternalizzare le funzioni amministrative”, ossia di quelle attività postulanti l'esercizio di un potere di matrice pubblicistica⁸⁷.

sione di servizi) gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti (ad esempio, le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica; da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362)».

⁸⁴ In tal senso, con netta affermazione, A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., para. 2, secondo cui «tutti i servizi qualificati come pubblici [sono attratti] entro il campo di azione dei fondamentali criteri di tipo competitivo e di garanzia della trasparenza stabiliti per gli appalti».

⁸⁵ In proposito può richiamarsi quanto affermato da M. CAFAGNO, *Gare pubbliche*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 2655, secondo cui «appare ormai pacifica la vigenza di un obbligo generale di ricorso alle gare, non solo quando l'amministrazione perfezioni contratti di appalto, ma anche quando attribuisca concessioni o costituisca società esercenti pubblici servizi».

⁸⁶ In giurisprudenza cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 07 aprile 2011, n. 2151; *Ibid.*, Sez. VI, 22 marzo 2011, n. 1747; *Ibid.*, Sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239; *Ibid.*, Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. I, 24 novembre 2011, n. 1422; T.A.R. Campania Napoli, Sez. VII, 12 aprile 2010, n. 1914; *Ibid.*, 05 dicembre 2008, n. 21243; *Ibid.*, 31 ottobre 2007, n. 10326; *Ibid.*, 05 dicembre 2008, n. 21241; *Ibid.*, 23 aprile 2010, n. 2085. A fronte di tale ormai “granitica” giurisprudenza in favore della gara anche per le concessioni demaniali, il paradosso, che stupisce solo fino ad un certo punto, è che proprio per quelle concessioni demaniali, ossia quelle marittime, in relazione alle quali l'Europa – in applicazione della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi), e quindi per ragioni non legate alle Direttive appalti – ha da tempo richiesto procedure trasparenti e non discriminatorie, l'Italia ha mostrato le più forti resistenze. Sul punto, che presenta delicati risvolti non solo giuridici, si rinvia alle attente considerazioni di A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2013, pag. 437. Per l'approfondimento del tema, in chiave concorrenziale, si rinvia a S. VILLAMENA, *Concessioni demaniali marittime e concorrenza. (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, in G. LAMI (a cura di), *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, Padova, 2010, pag. 85 e ss.. Più in generale, sulla c.d. Direttiva servizi, si veda per tutti la recente analisi di N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà d'impresa*, cit..

⁸⁷ Si veda ad esempio G. NAPOLITANO, *Regole e mercato*, cit., pag. 153, il quale afferma che «si comincia, infine, a riconoscere la possibilità di esternalizzare funzioni e servizi ammini-

Per evidenti ragioni di spazio, non si può in questa sede entrare nel merito di tale dibattito, dovendosi perciò necessariamente rinunciare al tentativo di verificare in concreto in relazione a quali funzioni amministrative potrebbe effettivamente parlarsi di esternalizzazione. Ciò che, invece, può in ultima analisi proporsi sul punto, a chiusura di quanto sin qui detto, è che laddove si voglia valutare l'opportunità di un'esternalizzazione delle funzioni amministrative, sarebbe certamente opportuno svolgere le medesime valutazioni proposte in questa sede, pur anche ove si tratti di servizi privi di carattere economico non rilevanti nel contesto europeo.

In altri termini, quale che sia il contenuto del servizio da gestire, fintanto che lo stesso possa comportare delle spese per l'Amministrazione – il che evidentemente ricomprende pressoché ogni attività –, si potrebbe fare ricorso ai

*strativi, purché siano predisposte opportune garanzie nei confronti dell'utenza». Si tratta, peraltro, di discorso non nuovo nel dibattito dottrinale, come dimostra il numero di contributi, anche meno recenti, sul tema, tra i quali si possono ricordare A. MALTONI, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, Bologna, 2002, e, dallo stesso Autore, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., pag. 153; *ibid.*, *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n. 241/90*, in *Giustamm.it*, 2006. In proposito può segnalarsi anche lo studio pubblicato dal Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Esternalizzazione delle funzioni amministrative*, (disponibile su www.funzionepubblica.gov.it). Si tratta, peraltro, di prospettiva comune ad altri ordinamenti, ad esempio in Francia si veda J.-D. DREYFUS, *L'externalisation, éléments de droit public*, in *AJDA*, 19, 2002, pag. 1216, secondo cui «*dès lors que les intérêts du service public sont préservés, par la biais d'un contrôle de l'Etat ou de clauses de sauvegarde stipulées dans le contrat support de l'opération, le champ d'application de l'externalisation peut s'élargir*». O, per un approccio ancor più radicale, si può pensare agli Stati Uniti ove si è giunti sino all'esternalizzazione delle c.d. funzioni d'ordine, sul che si rinvia a E. D'ALTERIO, *L'esternalizzazione delle funzioni di ordine*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 4, 2008. Il che suscita tuttavia certamente alcune perplessità, potendosi condividere quanto suggerito da M. LAMANDINI, *La composizione degli organi delle società a partecipazione pubblica*, cit., pag. 126, secondo cui «*là dove si è di fronte allo svolgimento di attività con finalità istituzionali rispondenti a essenziali bisogni "vincolati" dei cittadini, il mercato non vi dovrebbe essere. L'amministrazione dovrebbe dunque necessariamente occupare questa area, ma, naturalmente, lo dovrebbe fare secondo paradigmi di piena efficacia e di piena efficienza operativa. Ciò significa che, la dove si risponde ai bisogni di questa natura dei cittadini, la forma societaria non è, a mio avviso, né necessitata, né opportuna*». Il problema dell'esternalizzazione di funzioni pubbliche appare peraltro un tema strettamente legato al contesto storico ed al ruolo che si voglia attribuire allo Stato, come dimostra il fatto che solo pochi anni fa ragionamenti simili venivano condotti in relazione all'analogo tema delle privatizzazioni, come ben rappresenta la prospettiva di M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni*, cit., para. 1, secondo cui, premessa la necessaria astratta fungibilità tra mercato ed intervento pubblico, si sarebbe potuti ricorrere al principio di sussidiarietà quale strumento di gradazione dell'intervento dello Stato nel mercato «*lungo una scala di priorità costruita secondo il criterio del minore o maggiore grado di intrusione (o cogenza) del tipo di intervento*».*

principi qui esaminati al fine di valutare se sia effettivamente conveniente l'esternalizzazione o se risulti più idonea l'internalizzazione⁸⁸.

⁸⁸ Ad un tale ordine di idee pare aderire A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., pag. 439, secondo il quale il conferimento di funzioni amministrative ai privati dovrebbe essere preceduto proprio da una «*verifica circa la maggiore convenienza dell'esternalizzazione rispetto all'esercizio diretto delle stesse potestà mediante proprie strutture, prendendo, però, come riferimento non tanto l'ordinamento-istituzione, quanto l'ordinamento-comunità*».

* * *

Riflessioni conclusive

Per avviare un'ultima riflessione conclusiva, si può prendere spunto dall'esempio con il quale si era avviato il discorso, ossia con il caso *Parking Brixen*. Come si ricorderà, alla luce di quanto deciso in tale occasione dalla Corte di giustizia, si era posto l'interrogativo circa quali condizionamenti sia in grado di determinare l'ordinamento europeo sull'organizzazione pubblica dei servizi economici.

Ebbene, in rapporto al timido esempio da cui si era partiti, si è visto che le modalità attraverso cui il diritto europeo influenza il momento discrezionale della c.d. funzione organizzatrice, quantomeno in rapporto ai servizi economici qui presi in esame, non sono certamente di poco conto. Anzi, l'incisività delle stesse è di portata tale da permetterne l'analisi su tre distinti livelli, che vanno a formare, nel loro complesso, un coerente sistema di vincoli e limiti funzionali alla salvaguardia del mercato interno.

Ma come si è visto, il perseguimento di tale obiettivo comporta ricadute sul piano nazionale che vanno ben oltre il mero obiettivo europeo sancito dai Trattati. La necessità per le Amministrazioni di agire coerentemente con il mercato interno, e quindi nel contesto di un'economia libera e *pro* concorrenziale, comporta la necessità che le decisioni assunte possano dirsi, sotto molteplici profili, anch'esse coerenti con detto sistema e quindi, in ultima analisi, economicamente fattibili e sostenibili.

Dal che si è visto discendere la conseguenza di precisi vincoli istruttori e motivazionali, necessari a garantire che la determinazione circa il modello organizzativo prescelto per la gestione di un determinato servizio economico sia conforme, nei suoi aspetti comunitariamente rilevanti, ai principi ed alle norme di diritto europeo che si sono via via analizzati. Conformità che, tuttavia, non può essere misurata direttamente, quale conformità rispetto ad un parametro legale predeterminato, ma che va apprezzata in via mediata, attraverso lo scrutinio della soluzione adottata alla luce del regime concorrenziale nell'ambito del quale la stessa dovrà trovare attuazione.

In altri termini, dal complesso di vincoli e condizionamenti che derivano dall'ordinamento europeo, la scelta circa il modello di gestione da adottare potrà risultare illegittima laddove non proporzionata rispetto, da un lato, agli interessi pubblici in gioco e, dall'altro, alle condizioni di mercato in cui la stessa dovrà essere attuata.

In definitiva, dunque, il quadro che si è ricomposto ha potuto dimostrare non solo la sicura incidenza del diritto europeo sull'elemento discrezionale dell'attività organizzativa in materia di servizi economici, ma è stato altresì in grado di dimostrare come i condizionamenti che ne derivano possono tradursi in precisi vincoli con immediate ricadute sulla legittimità delle scelte adottate.

Si è infatti visto che l'applicazione dei principi europei via via emersi nel corso dell'indagine permette di indirizzare la scelta dell'Amministrazione verso soluzioni che siano economicamente sostenibili, ma che, al contempo, possano garantire la soddisfazione dell'interesse in concreto rilevante.

In altri termini, riprendendo il discorso da cui si era partiti, si è dimostrato che la scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione, pur restando un problema prettamente interno, subisce indubbi condizionamenti da tutta una serie di norme e principi di matrice europea. Le varie disposizioni comunitarie che si sono analizzate, a vario modo poste a tutela del mercato, finiscono infatti per porre precisi limiti alle opzioni a disposizione dell'Amministrazione, così restringendo l'ambito discrezionale entro cui la stessa può muoversi.

Le conseguenze pratiche di tale condizionamento spaziano dall'onere di motivazione in merito alle ragioni per cui si è scelto un determinato modello organizzativo, sino alla possibilità di sindacare, in sede giurisdizionale, la scelta stessa. I confini normativi dell'organizzazione pubblica dei servizi economici devono necessariamente essere ricostruiti tenendo in debito conto anche il quadro europeo, e quindi le regole del mercato interno, non potendosi ignorare i fondamentali elementi di valutazione che anche da tale contesto emergono in ordine ai limiti alla discrezionalità organizzativa.

Coerentemente con il quadro europeo, dunque, non pare che vi sia ragione d'essere di preclusioni di principio all'autoproduzione, nonostante oggi il sentimento comune sia spesso di diverso avviso, in reazione agli sprechi che

hanno non di rado caratterizzato le gestioni pubbliche. Ma, nonostante gli attuali scetticismi, a fronte della varietà degli interessi meritevoli di attenzione che possono presentarsi in concreto, pare più appropriato lasciare la decisione sulle modalità di cura degli stessi all'Amministrazione. Se poi il modello selezionato, quantomeno sotto un profilo economico, non sia reputato fattibile o sostenibile, anche tenendo conto della motivazione fornita al riguardo dall'Amministrazione stessa, si potrà allora far valere in giudizio l'illegittimità della scelta operata.

Il che, in ultima analisi, permetterebbe di mantenere il *focus* sull'elemento che dovrebbe essere al centro dell'attenzione dell'amministrazione: la soddisfazione dei bisogni degli amministrati, secondo le forme e le modalità ammesse dall'ordinamento, anche europeo. Così eventualmente da garantire ai cittadini-utenti, auspicabilmente, il più elevato livello qualitativo di prestazioni possibile.

In conclusione, si conferma che, tra i tanti settori del diritto (non solo amministrativo) nazionale che subiscono l'influenza del diritto europeo, anche l'ambito dell'organizzazione pubblica dei servizi economici non resta esente da un preciso condizionamento europeo.

Bibliografia

- AA.VV., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990.
- ACOCELLA, C., *Riflessioni sugli attuali limiti delle partecipazioni pubbliche tra attività amministrativa e attività d'impresa*, in *Giustamm.it*, 2012.
- ACOCELLA, C.; LIGUORI, F., *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 3, 2008, pag. 756.
- ACQUARONE, G., *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giurisprudenza italiana*, 6, 1998, pag. 304.
- ACQUARONE, G., *Una pronuncia definitiva sulla scelta del contraente privato nelle società miste*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 2000, pag. 1046.
- ADAM, R.; TIZZANO, A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, II, Torino, 2010.
- ADINOLFI, A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 1994, pag. 521.
- ADINOLFI, A.; DANIELE, L.; NASCIBENE, B.; AMADEO, S. (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza: commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007.
- AICARDI, N., *Energia*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II, Milano, 2007, pag. 1007.
- ALBANESE, A., *Servizi sociali*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II, Milano, 2007, pag. 1897.
- ALBERTI, C., *Appalti «in house», concessioni «in house» ed esternalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2001, pag. 495.
- ALEMANNI, A., *Aiuti di Stato (dir. com.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 224.
- ALESSI, R., *Le prestazioni amministrative ai privati*, I, Milano, 1946.
- ALESSI, R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953.
- ALEXIS, A., *Notion d'aide d'Etat. Remarques sur l'arrêt Stardust Marine du 16 mai 2002*, in *European state aid law quarterly*, 1, 2002, pagg. 149–154.
- ALLEGRI, M. R., *La politica della concorrenza*, in G.P. ORSELLO (a cura di), *Il diritto dell'Unione europea*, Torino, 1999.
- ALLENA, M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche*

- complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2012, pag. 1602.
- ALTIERI, A. M., *I servizi pubblici locali organizzati in ambiti territoriali ottimali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2013, pag. 1191.
- AMADEO, S., *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002.
- AMMANNATI, L., “*Indietro tutta*”, ovvero *sulle ultime innovazioni in materia di servizi pubblici locali*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizzazione del paese*, Milano, 2005.
- AMMANNATI, L., *La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2005, pag. 1709.
- DI ANDREA, C., *Cronache costituzionali 2003*, 3, 2004, pag. 769.
- ANDREIS, M., *Articolo 42*, in A. ROMANO; R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006.
- ANGELINI, F., *L’iniziativa economica privata*, in F. ANGELINI; M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Napoli, 2012.
- ANGELINI, F., *Ordine pubblico economico e costituzione economica: L’esperienza francese*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 3-4, 1999, pag. 101.
- ANTONIAZZI, S., *Governance territoriale e nuovi modelli di organizzazione sanitaria*, in P. BILANCIA (a cura di), *Modelli innovativi di governance territoriale. Profili teorici ed applicativi*, Milano, 2011, pag. 273.
- ANTONIAZZI, S., *Sistema sanitario nazionale e principio comunitario di libera prestazione di servizi: la scelta dell’utente per prestazioni mediche erogate in un diverso Paese membro, subordinata alla necessaria autorizzazione amministrativa dello stato membro di appartenenza per il rimborso delle spese sostenute*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2004, pag. 603.
- ANTONIOLI, M., *Concorrenza*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II, Milano, 2007.
- ANTONIOLI, M., *I principi dell’ordinamento comunitario come principi generali dell’attività amministrativa*, in Atti del Convegno «*Procedura, procedimento processo*, Atti del Convegno di Urbino», Padova, 2010.
- ANTONIOLI, M., *Mercato e regolazione*, Milano, 2001.
- ANTONIOLI, M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008.
- ARHOLD, C., *The Case Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aid in 2005/2006 (Part 1)*, in *European state aid law quarterly*, 2, 2006, pag. 215.

- ARNOULD, J., *Les contrats de concession, de privatisation et de services « in house » au regard des règles communautaires*, in *Revue française de droit administratif*, 2000.
- ASTONE, F., *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa: contributo allo studio dell'influenza manifestata dal diritto europeo sul sistema di giustizia amministrativa italiano e sui poteri del giudice amministrativo*, Napoli, 1999.
- ASTONE, F., *La nuova funzione degli statuti nelle società «in house»*, in *Amministrare*, 3, 2011, pagg. 329–340.
- AZZARITI, A., *I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e le conferme della legge 148/2011*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2011, pag. 531.
- BACCARINI, S., *Ambito soggettivo di applicazione dell'evidenza pubblica*, in R. VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, II, Padova, 2004.
- VAN BAEL, I.; BELLIS, J.-F., *Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*, Torino, 1997.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*, Bari, 2012.
- BARBIERI, E. M., *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 1996, pag. 692.
- BARETTONI ARLERI, A., *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966.
- BARONE, A., *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008.
- BARONI, L., *I modelli di amministrazione: diretta, indiretta e altre forme "intrecciate,"* in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2014.
- BARTOSCH, A., *Distortions of Competition on the Markets for the Operation of Airport Infrastructures: the Commission's New Guidelines*, in *European state aid law quarterly*, 4, 2005, pag. 621.
- BARTOSCH, A., *The "Net Additional Costs" of Discharging Public Service Obligations-The Commission's Deutsche Post Decision of 19 June 2002*, in *European state aid law quarterly*, 2, 2002, pag. 183.
- BASSI, G., *Il modello della società mista nella gestione dei servizi pubblici locali- presupposti giuridici, requisiti economici, vincoli e criticità di una scelta strategica*, in *Appalti&contratti*, 5, 2011, pag. 66.
- BASSI, G., *Le determinanti del controllo analogo in forma collettiva nell'istituto dell'in house providing*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2, 2009, pag. 407.
- BASSI, G.; CAPACCI, S.; MASSARI, A.; MORETTI, F., *Le Società a partecipazione pubblica locale. Nuovi aspetti di governance, organizzazione e gestione tra diritto comunitario e riforma nazionale dei servizi e del diritto societario*, Rimini, 2006.

- BASSI, N., *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2006, pag. 70.
- BASTIANON, S., *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011.
- BATTINI, S., *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2013.
- BATTINI, S.; VESPERINI, G. (a cura di), *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, Milano, 2008.
- BATTISTINI, C., *Liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo*, in *Diritto dell'unione europea*, 3, 2010, pag. 571.
- BENACCHIO, G. A., *Fonti del diritto (diritto comunitario)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali I*, Milano, 2007.
- DE BENEDETTO, M., *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 588 e ss.
- BENVENUTI, F., *Appunti di Diritto Amministrativo*, V, Padova, 1987.
- BENVENUTI, F., *Premesse giuridiche allo studio della scienza dell'amministrazione*, in *Atti del I Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 26-29 settembre 1955)*, Milano, 1957, pag. 85.
- BERCELLI, J., *Servizi idrici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006.
- BERTOLDINI, A., *Articolo 33 (Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza)*, in *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, pag. 359.
- BERTOLDINI, A., *Centrali di committenza*, in *Appalti Contratti Convenzioni*, Milano, 2008, pag. 299.
- BERTONAZZI, L.; VILLATA, R., *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II, Milano, 2007.
- BIGLIA, L., *La libera circolazione dei servizi sanitari nella Comunità europea*, in *Rivista di diritto industriale*, 3, 2004, pag. 230.
- BILANCIA, P., *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.
- BIN, R., *Chi governa i servizi pubblici?*, in G. CITRONI; N. GIANNELLI; A. LIPPI (a cura di), *Chi governa l'acqua*, Soveria Mannelli, 2008.
- BIONDI, A., *Alla caccia dei limiti esterni della libera circolazione dei servizi*, in F. BESTAGNO; L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007.
- BIONDI, A., *BUPA v. Commission: annotation*, in *European state aid law quarterly*, 2, 2008, pag. 401.

- BIONDI, A., *Some Reflections on the Notion of State Resources in European Community State Aid Law*, in *Fordham international law journal*, vol. 30, 5, 2006.
- BIONDI, A., *State aid is falling down, falling down: An analysis of the case law on the notion of aid*, in *Common market law review*, 6, 2013.
- BOITANI, A., *Riforma e controriforma dei servizi pubblici locali*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizzazione del paese*, Milano, 2005.
- BONELLI, E., *Pubblica Amministrazione e mercato*, in *Giustamm.it*, 2007.
- BONOMO, F., *Ancora sulla "golden share,"* in *Energia*, 3, 1997, pag. 14.
- BOSCHETTI, B. L., *Cittadino e utente*, in *Jus*, 1, 2003, pag. 87.
- BOSCHETTI, B. L., *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, 2007.
- BOSCOLO, E., *Le "golden shares" di fronte al giudice comunitario*, in *Foro italiano*, 10, 2002, pag. 480.
- BOSCOLO, E., *Le telecomunicazioni in Italia alla ricerca della concorrenza*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa: concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano, 2000, pag. 231.
- BOSCOLO, E.; CAFAGNO, M., *Lo "Stato dispensatore": le prestazioni di servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in G. DELLA CANANEA; M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006.
- BOTTINO, G., *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, 2008.
- BOVIS, C., *Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets*, in *Common market law review*, 39, 2002, pag. 1025.
- BRANCASI, A., *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali VII*, Milano, 2014, pag. 167.
- BRANCASI, A., *Il diritto amministrativo alla prova delle leggi finanziarie, riflessioni a margine di un recente convegno*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2008, pag. 969.
- BRAVO, L. F.; RIZZO, A.; MAJO, F. M. D., *Codice dell'Unione europea*, III, Milano, 2008.
- CAFAGNO, M., *Gare pubbliche*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006.
- CAFAGNO, M., *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001.
- CAIA, G., *Assunzione e gestione dei servizi locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993.
- CAIA, G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2004.

- CAIA, G., *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali. Purposes and problems about the award of the integrated water service to special undertaking*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 2, 2012, pag. 663.
- CAIA, G., *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 5, 2002, pag. 1568.
- CAIA, G., *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rassegna*, 1995, pag. 1082.
- CALAMIA, A. M., *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004.
- CALLEA, A., *Gli affidamenti "in house,"* in *Amministrare*, 3, 2006, pag. 331.
- CALSOLARO, O. M., *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 6, 2006, pag. 1670.
- CAMMELLI, M., *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2003, pag. 513.
- CAMMELLI, M., *Enti pubblici, società ed istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI IRELLI; G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994.
- CAMMELLI, M.; ZIROLDI, A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999.
- CANCRINI, A.; CAPUZZA, V., *Lezioni di legislazione delle opere pubbliche*, II, Roma, 2012.
- CAPALBO, F., *Le società partecipate dagli enti pubblici: un problema di teoria generale*, in *Lexitalia.it*, 3, 2013.
- CAPPELLETTI, M.; PIZZORUSSO, A., *L'Influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982.
- CARANTA, R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992.
- CARANTA, R., *I contratti pubblici*, Torino, 2012.
- CARANTA, R., *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 2009, pag. 1254.
- CARANTA, R., *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 2010, pag. 1193.
- CARANTA, R., *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II, Milano, 2007, pag. 1031.
- CARBONE, L., *Concessione di lavori pubblici*, in *Corriere giuridico*, 3, 1996, pag. 269.

- CARBONE, S. M., *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *Diritto commerciale internazionale*, 2, 1999, pag. 231.
- CARBONE, S. M., *Principio di effettività e diritto comunitario*, 2009.
- CARDARELLI, F., *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pag. 300 e ss.
- CARINGELLA, F.; GAROFOLI, R.; SEMPREVIVA, M. T., *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007.
- CARLONI, E., *Dagli Irccs ai Policlinici. I limiti dell'aziendalizzazione tra alta specializzazione, ricerca e didattica universitaria*, in A. PIOGGIA; M. DUGATO; G. RACCA; S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008.
- DI CARPEGNA BRIVIO, E., *Società miste per i servizi locali e principio di sussidiarietà. Di alcune difficoltà nell'integrazione tra pubblico e privato*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2013, pag. 91.
- CARROZZA, L.; FRACCHIA, F., *Appalti di lavori, attività oggettivamente amministrativa e qualificazione del soggetto*, in *Foro italiano*, III, 2001, pag. 161.
- CARROZZA, L.; FRACCHIA, F., *Nota a Consiglio Di Stato, Sezione VI, Decisione 01 aprile 2000, n. 1885*, in *Foro italiano*, III, 2001, pag. 75.
- CARROZZA, P.; DI GIOVINE, A.; FERRARI, G. F. (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2009.
- CARTEI, G. F., *Il Servizio Universale*, Milano, 2002.
- CARTEI, G. F., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2005, pag. 1219.
- CARTEI, G. F., *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e appalti*, 8, 2011, pag. 888.
- CARTEI, G. F., *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2007, pag. 627.
- CARULLO, A., *Capitale ed extraterritorialità: primi problemi per le nuove S.p.A. comunali per la gestione del servizio idrico*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 4, 1996, pag. 613.
- CARULLO, G., *Acte administratif individuel et directives non transposées: rôle du juge national*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2013, pag. 295.
- CARULLO, G., *Obbligo di esercizio «associato» delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 10, 2013, pag. 2879.
- CARULLO, G., *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*,

- 5, 2014, pag. in corso di pubblicazione.
- CARULLO, G., *State Resources in the Case Law: Imputability Under an Organizational Perspective*, in *European state aid law quarterly*, 3, 2013, pag. 453.
- CASALINI, D., *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 10, 2003, pag. 2733B.
- CASALINI, D., *Appalti pubblici e organizzazioni in house: un caso spagnolo*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 12, 2003, pag. 3544.
- CASALINI, D., *Il recepimento nazionale del diritto europeo dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di «tutela dell'unità giuridica ed economica» dell'ordinamento*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 5, 2009, pag. 1215.
- CASALINI, D., *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 4, 2008, pag. 1158.
- CASSETTA, E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2013.
- CASSESE, S., *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013.
- CASSESE, S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II, Milano, 2007, pag. 1.
- CASSESE, S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2003, pag. 35.
- CASSESE, S., *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 1991, pag. 3.
- CASSESE, S., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 1992, pag. 23.
- CASSESE, S., *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in C. FRANCHINI; L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo: riflessione in ricordo di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 2002, pag. 11.
- CASSESE, S., *La costituzione economica europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2001, pag. 907.
- CASSESE, S., *La nuova Costituzione Economica*, Bari, 1995.
- CASSESE, S., *L'arena pubblica nuovi paradigmi per lo stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2001, pag. 601.
- CASSESE, S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 1996, pag. 579.
- CASSESE, S., *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 1993, pag. 329.

- CASSESE, S., *Lo spazio giuridico globale*, in *Diritto d famiglia*, 1, 2002, pag. 323.
- CASSESE, S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2000, pag. 389.
- CASSESE, S. (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II, Milano, 2003.
- CASSESE, S.; FRANCHINI, C., *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994.
- CASTORINA, E., *Certeza del diritto“ e ordinamento europeo: riflessioni attorno a un principio ”comune*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 1998, pag. 1177.
- CASTORINA, E., *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una “democrazia europea,”* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2003, pag. 301.
- CASTORINA, E., *La giurisdizione come “servizio ” e il processo d'integrazione europea*, relazione tenuta nell'ambito dell'incontro «La Giustizia Amministrativa come “servizio per il cittadino”», organizzato nell'ambito delle attività della Cattedra Jean Monnet del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania, 2014.
- CATALANO, N.; SCARPA, R., *Principi di diritto comunitario*, Milano, 1984.
- CATTANEO, S., *Il problema della costituzione economica europea: appunti dal Regno Unito*, in *Rassegna parlamentare*, 2, 2000, pag. 323.
- CATTANEO, S., *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1990.
- CAVALERI, P.; DALLE VEDOVE, G.; DURET, P. (a cura di), *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova, 2003.
- CAVALLO PERIN, R., *Articolo 113*, in A. ROMANO; R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006.
- CAVALLO PERIN, R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993.
- CAVALLO PERIN, R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2000, pag. 41.
- CAVALLO PERIN, R., *La disciplina giuridica sulle dismissioni delle partecipazioni degli enti territoriali alle società di gestione dei servizi pubblici locali*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, pag. 139.
- CAVALLO PERIN, R.; CASALINI, D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2006, pag. 51.
- CAVALLO PERIN, R.; CASALINI, D., *Organisation v. Market in purchasing*

- arrangments among public entities: the european perspective*, in Atti del Convegno «*Managing water in a changing world*», Torino, luglio 2009.
- CAVALLO PERIN, R.; ROMANO, A., *Articolo 1*, in R. CAVALLO PERIN; A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006.
- CAVALLO PERIN, R.; ROMANO, A. (a cura di), *Commentario breve al testo unico delle autonomie locali*, Padova, 2006.
- CECCHINI, G. L., *Trattato v. Costituzione: le aporie giuridiche del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e del Trattato di Lisbona : un vulnus per il futuro dell'Unione europea*, Milano, 2009.
- CECERE, A. M., *Public utilities between italian legislation and community law: the in house providing*, in Y. SHEMSHUCHENKO; I. GRITSENKO; O. KRESIN (a cura di), *Droit Européen et droit comparé*, Kiyv-Chambery, 2010.
- CELOTTO, A., *Ibis redibis...: quando ad essere incostituzionale è una sola parola (in margine alla sent. n. 115 del 2011)*, in *Giustamm.it*, 2011.
- CELOTTO, A., *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2010, pag. 382.
- CENTRO STUDI UNIONCAMERE; RICERCHE E STUDI S.P.A. (a cura di), *Le società partecipate dagli enti locali. Edizione 2011*, in *Unioncamere.gov.it*, 2011.
- CERASO, L., *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2008, pag. 97.
- CERBO, P., *Potere organizzativo e modello imprenditoriale*, Padova, 2007.
- CERULLI IRELLI, V., “*Atti amministrativi*” di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge merloni, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 1999, pag. 1057.
- CERULLI IRELLI, V., *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Lexitalia.it*, 2001.
- CERULLI IRELLI, V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2006, pag. 748.
- CERULLI IRELLI, V., *Lineamenti di Diritto Amministrativo*, III, Torino, 2012.
- CERULLI IRELLI, V., *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2012, pag. 2900.
- CERULLI IRELLI, V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2008, pag. 433.

- CERULLI IRELLI, V.; LUCIANI, F., *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e regioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2007, pag. 859.
- CHIAPPETTA, M., *Società miste e affidamenti in house al vaglio del Consiglio di Stato...aspettando il Legislatore*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2008, pag. 373.
- CHIARELLI, G., *Sovranità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII, III, Torino, 1957, pag. 1043.
- CHIEPPA, R.; LOPILATO, V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- CHIRULLI, P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005.
- CHITI, E., *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2013.
- CHITI, E.; FRANCHINI, C., *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.
- CHITI, M. P., *Diritto Amministrativo Europeo*, IV, Milano, 2011.
- CHITI, M. P., *I caratteri della Costituzione economica europea alla luce della Carta dei diritti fondamentali*, in C. FRANCHINI; L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo: riflessione in ricordo di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 2002, pag. 49.
- CHITI, M. P., *Implicazioni amministrative della integrazione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 4, 1992, pag. 1175.
- CHITI, M. P., *I principi*, vol. I, Milano, 2008.
- CHITI, M. P., *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2013, pag. 1.
- CHITI, M. P., *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2008, pag. 477.
- CHITI, M. P., *The Role of the European Court of Justice in the Development of General Principles and their possible Codification*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 1995, pag. 661.
- CHITI, M. P., *Verso la fine del modello di gestione dei spl tramite società miste*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 3, 2006, pag. 1161.
- CHITI, M. P.; GRECO, G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II, Milano, 2007.
- CINTIOLI, F., *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2007, pag. 293.

- CIRENEI, M. T., *Le società di diritto “speciale” tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e “poteri speciali,”* in *Diritto commerciale internazionale*, 4, 1996, pag. 771.
- CIRENEI, M. T., *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati: la Direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della «disciplina trasparenza»,* in *Diritto commerciale internazionale*, 2, 2001, pag. 281.
- CIRILLO, G. P.; CHIEPPA, R., *Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 2010.
- CIVITARESE MATTEUCCI, S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.
- CIVITARESE MATTEUCCI, S.; GUARRIELLO, F.; PUOTI, P. (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013.
- CLARICH, M., *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.
- CLARICH, M., *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corriere giuridico*, 7, 2007, pag. 893.
- CLARICH, M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'Amministrazione italiana*, in *Diritto amministrativo*, 4, 1995, pag. 519.
- CLARICH, M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2003, pag. 91.
- CLARICH, M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2009, pag. 253.
- CLARICH, M.; CASSANO, R., *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto dell'informatica*, 1, 2009, pag. 23.
- CLARIZIA, A., *Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge*, in A. CARULLO; A. CLARIZIA (a cura di), *La legge «quadro» in materia di lavori pubblici*, vol. I, IV, Padova, 2004.
- COGGIOLA, N., *Le prestazioni sanitarie tra principio di libera circolazione dei servizi e tutela dell'equilibrio finanziario e dei sistemi di assicurazione sanitaria degli Stati membri*, *Giurisprudenza italiana 2003 p.1697.pdf*, in *Giurisprudenza italiana*, 8-9, 2003, pag. 1697.
- COGNETTI, S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, 2011.
- COLASANTE, P., *L'applicazione della tecnica premiale al settore dell'affidamento dei servizi pubblici locali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2013, pag. 788.

- COLOMBARI, S., *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 4, 2004, pag. 1136.
- COLOMBARI, S., *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2004, pag. 275.
- COLOMBO, M. C.; COLOMBO, F. C.; TRONCONI, L. P., *I modelli di amministrazione nell'evoluzione dei caratteri funzionali dell'azione pubblica*, Rimini, 2007.
- CONTE, G., *Nuovo riparto di giurisdizione dopo la legge Merloni bis*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 1997, pag. 76.
- CORLETTI, D., *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, Napoli, 2012.
- CORNELLA, S., *L'in house providing nell'Unione europea, in Italia e nel Regno Unito: una prospettiva comparata*, in *Atti del Convegno «Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale»*, Trento, dicembre 2012.
- CORPACI, A., *Le linee del sistema di tutela degli utenti dei servizi pubblici*, in A. CORPACI (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003.
- CORSO, G., *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 224 e ss.
- CORSO, G., *Manuale di diritto amministrativo*, VI, Torino, 2013.
- CORSO, G., *Manuale di Diritto Amministrativo*, III, Torino, 2006.
- CORSO, G.; FARES, *Crepuscolo dell'«in house»?*, in *Foro italiano*, I, 2009, pag. 1319.
- CORTESE, F., *Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato: sotto la "lente" del partenariato*, in *Atti del Convegno «Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale»*, Trento, dicembre 2012.
- CORTESE, F., *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.
- CORTESE, F., *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Torino, 2011.
- COUDENHOVE-KALERGI, R., *Storia di Paneuropa*, Milano, 1964.
- CURZIO, A. Q., *Verso la Costituzione Europea: Profili della Costituzione economica europea*, Bologna, 2001.
- CUSUMANO, G.; GATTUCCIO, F., *Gli appalti pubblici nelle norme internazionali e comunitarie: affidamenti diretti ex articolo 6 della direttiva 92/50*, in

- Amministrare*, 3, 2006, pag. 299.
- D'ALBERTI, M., *Concorrenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006.
- D'ALBERTI, M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2008, pag. 297.
- D'ALBERTI, M., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2004, pag. 705.
- D'ALBERTI, M., *Lezioni di diritto amministrativo*, II, Torino, 2013.
- D'ALBERTI, M., *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2004, pag. 347.
- D'ALBERTI, M., *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2000, pag. 395.
- D'ALBERTI, M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008.
- D'ALESSANDRO, D., *Affidamenti in house in senso ampio: la Corte mette in crisi l'idea della neutralità dello strumento societario*, in *Servizi pubblici e appalti*, 1, 2006, pag. 103.
- D'ALTERIO, E., *L'esternalizzazione delle funzioni di ordine*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2008, pag. 969.
- D'ANCONA, S., *L'evoluzione del concetto di pubblica amministrazione nel diritto nazionale e nel diritto dell'Unione europea*, in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2014.
- D'ANCONA, S., *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2013, pag. 33.
- D'ANDREA, L., *Effettività*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 2118.
- DANIELE, L., *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.
- DANIELE, L., *Diritto del mercato unico europeo*, II, Milano, 2012.
- D'ANTONIO, S., *Le forme di gestione. La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008.
- DELLA CANANEA, G., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.
- DELLA CANANEA, G., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2006.
- DELLA CANANEA, G., *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pag. 95 e ss.
- DELLA CANANEA, G., *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2003, pag. 1.

- DELLA CANANEA, G., *Is European Constitutionalism Really “Multilevel”?*, in *Zaorv*, 2010, pagg. 283–317.
- DELLA CANANEA, G., *Lex Fiscalis Europea*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2014, pag. 7.
- DELLA CANANEA, G.; FRANCHINI, C. (a cura di), *I principi dell’Amministrazione europea*, Torino, 2010.
- DELLA SCALA, M. G., *Le società legali pubbliche*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2005, pag. 931.
- DELSIGNORE, M., *Autorità di regolazione e mercato liberalizzato: osservazioni in merito alla tutela dell’utente. Il caso dell’Autorità per l’energia elettrica e per il gas*, in *Concorrenza e mercato*, 10, 2002, pag. 343.
- DELSIGNORE, M., *I rapporti individuali di utenza con soggetti privati secondo l’interpretazione della Corte di Cassazione. Nota a Cass. Sez. Un. Civ. 16 aprile 2004, n. 7265*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2004, pag. 1123.
- DELSIGNORE, M., *L’ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, pag. 1.
- DELSIGNORE, M., *Pubblico e privato: moduli di partenariato*, in Atti del Convegno «Pubblico e privato oltre i confini dell’amministrazione tradizionale», Trento, dicembre 2012.
- DETTORI, S., *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, Napoli, 2008.
- DIDONNA, M., *Il caso, chiuso, degli affidamenti in house*, in *Urbanistica e appalti*, 4, 2006, pag. 377.
- DÍEZ PICAZO, L. M., *Il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell’Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2004, pag. 865.
- DOMENICHELLI, V., *Giurisdizione e «controversie societarie pubbliche»*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2005, pag. 263.
- DOMENICHELLI, V., *Servizi pubblici e società di capitali in Italia: alla ricerca del giudice*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3, 2007, pag. 672.
- DONATI, F., *Crisi dell’euro, governance economica e democrazia nell’Unione europea*, in *Diritto dell’unione europea*, 2, 2013, pag. 337.
- DREYFUS, J.-D., *L’externalisation, éléments de droit public*, in *Ajda*, 19, 2002, pag. 1214.
- DUGATO, M., *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.
- DUGATO, M., *Costituzione di società miste e partecipazione a società già costituite*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2002, pag. 153.
- DUGATO, M., *Diritto dell’amministrazione e mercati*, in G. DELLA CANANEA; M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*,

Napoli, 2006.

- DUGATO, M., *I concorsi per partners di società di gestione di servizi pubblici locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 1999, pag. 1067.
- DUGATO, M., *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2004, pag. 561.
- DUGATO, M., *Il regolamento sulle società miste di enti locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 1997, pag. 240.
- DUGATO, M., *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2002, pag. 21.
- DUGATO, M., *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2002, pag. 218.
- DUGATO, M., *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10, 2005, pag. 1051.
- DUGATO, M., *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2001, pag. 1127.
- DUGATO, M., *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2008, pag. 1189.
- DUGATO, M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2002, pag. 169.
- DUGATO, M., *Legge collegata alla finanziaria 2004 e pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2004, pag. 121.
- DUGATO, M., *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, pag. 213.
- DUGATO, M. (a cura di), *Le Società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8-9, 2013, pag. 855.
- DUGATO, M., *L'individuazione del socio di minoranza nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 1998, pag. 423.
- DUGATO, M., *Lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8, 1997, pag. 705.
- DUGATO, M., *Società miste e gestione delle farmacie comunali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 1999, pag. 29.

- DUGATO, M., *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1, 1996, pag. 260.
- DURANTE, D., *Concorrenza (dir. comunit.)*, in *Enciclopedia del Diritto – Aggiornamento I*, Milano, 1997.
- ELEFANTE, F., *Gli affidamenti in house nei servizi pubblici locali*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 1, 2008, pag. 265.
- FALCON, G., *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 1991, pag. 351.
- FALCON, G., *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.
- FALCON, G., *Lineamenti di diritto pubblico*, XII, Padova, 2011.
- FATTORI, P., *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 1999, pag. 127.
- FELIZIANI, C., *Gli effetti della sentenza di annullamento tra legalità, effettività della tutela e principio di autonomia procedurale degli stati membri. Il punto di vista della Corte di giustizia*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 12, 2012, pag. 3102.
- FERRARA, R., *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007.
- FERRARI, E. (a cura di), *I servizi a rete in Europa: concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano, 2000.
- FERRARI, E., *La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa: concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini*, Milano, 2000, pag. XI.
- FERRARI, G. F., *Servizi pubblici locali ed interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione anticoncorrenziale*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2005, pag. 834.
- FERRI, G., *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1961.
- FIGORILLI, F., *I servizi pubblici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III, Torino, 2014.
- FOLLIERI, E., *Situazioni giuridiche soggettive dell'Amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III, Torino, 2014, pag. 27 e ss.
- FONDERICO, G., *Aiuti di Stato*, in M. CLARICH; G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- FRACCHIA, F., *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2012, pag.

243.

- FRACCHIA, F., *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro italiano*, V, 2011, pag. 106.
- FRACCHIA, F., *L'Accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.
- FRACCHIA, F., *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2010.
- FRACCHIA, F., *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro italiano*, III, 2005, pag. 38.
- FRANCHINI, C., *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Padova, 1992.
- FRANCHINI, C., *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione europea*, in *Diritto amministrativo*, 01, 2008, pag. 87.
- FRANCHINI, C., *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2007, pag. 1.
- FRATEA, C., *Articolo 36*, in F. POCAR; M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, Trento, 2014, pag. 1752.
- FRATEA, C., *Articolo 345*, in F. POCAR; M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, Trento, 2014, pag. 1539.
- GABRIELE, F.; CABIDDU, M. A. (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Processi di decisione multilivello e sovranità economica*, Milano, 2008.
- GALETTA, D.-U., *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2005, pag. 35.
- GALETTA, D.-U., *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 1997, pag. 88.
- GALETTA, D.-U., *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2007, pag. 17.
- GALETTA, D.-U., *Giustizia amministrativa italiana e diritto comunitario: problemi e prospettive di sviluppo nell'ottica di una giustizia amministrativa europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 1999, pag. 1003.
- GALETTA, D.-U., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA; F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pag. 389 e ss.
- GALETTA, D.-U., *Il principio di proporzionalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di),

Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2010, pag. 110 e ss.

- GALETTA, D.-U., *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia: linee generali di sviluppo e critica di alcune recenti «involuzioni»*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 11, 2011, pag. 3779.
- GALETTA, D.-U., *Impatto del diritto UE sul sistema delle fonti del Diritto Amministrativo*, in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2014.
- GALETTA, D.-U., *Introduzione*, in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2014.
- GALETTA, D.-U., *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Ius publicum network review*, 2011.
- GALETTA, D.-U., *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Ius publicum network review*, 2012.
- GALETTA, D.-U., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10, 2006, pag. 1106.
- GALETTA, D.-U., *L'autonomia procedurale degli Stati Membri dell'Unione europea, Paradise Lost?*, Torino, 2009.
- GALETTA, D.-U., *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2013, pag. 89 e ss.
- GALETTA, D.-U., *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 6, 2008, pag. 1899.
- GALETTA, D.-U., *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif italien : un cadre général*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2007, pag. 1467.
- GALETTA, D.-U., *Norme italiane sulla ripartizione del traffico aereo nel sistema aeroportuale di Milano, principio di proporzionalità e ripartizione di competenze fra organi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2001, pag. 152.
- GALETTA, D.-U., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 2, 2007, pag. 603.
- GALETTA, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.
- GALETTA, D.-U., *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2006, pag. 265.
- GALETTA, D.-U., *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con*

- talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 1999, pag. 459.
- GALETTA, D.-U.; GIAVAZZI, M., *Trasporti terrestri*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II, Milano, 2007.
- GALGANO, F., *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003.
- GALGANO, F., *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2006, pag. 313.
- GALLI, D., *L'in house nei settori speciali e i suoi riflessi sulla concorrenza*, in F. MIGNELLA CALVOSA (a cura di), *Annali 2007-2008. Le scienze dell'amministrazione nella società italiana la formazione per la governance del paese*, Torino, 2009.
- GALLO, C. E., *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2005, pag. 327.
- GALLO, D., *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2007, pag. 893.
- GALLO, D., *Gli aiuti di Stato, l'art. 106 § 2 TFUE e la compensazione di obblighi di servizio pubblico*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, pagg. 527-535.
- GALLO, D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.
- GAROFOLI, R., *Società in mano pubblica: forma, natura e problemi*, in *Urbanistica e appalti*, 3, 1998, pag. 241.
- DI GASPARE, G., *Il servizio pubblico tra teoria e storia*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizzazione del paese*, Milano, 2005.
- DI GASPARE, G.; BARDUSCO, A.; CAIA, G. (a cura di), *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (l. 14 novembre 1995, n. 481)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. 2-3, Padova, 1998.
- GATTO, A., *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2002, pag. 1429.
- GAVERINI, F., *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di «controllo» sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 2, 2005, pag. 456.
- GERADIN, D.; LAYNE-FARRAR, A.; PETIT, N., *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012.
- GHIDINI, G., *Monopolio e concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano,

1976.

- GHIDINI, G.; MARCHETTI, P.; CLARICH, M.; DI PORTO, F. (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Milano, 2013.
- GIAMPAOLINO, L., *Un recente libro su "Il nuovo diritto degli appalti nella direttiva 2004/18/CE e nella l. Comunitaria n. 62 del 2005" di R. Garofoli e M.A. Sandulli ed il recepimento nel nostro ordinamento delle Direttive comunitarie nn. 17 e 18 del 2004*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1, 2006, pag. 41.
- GIANNINI, M. S., *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, pag. 851.
- GIANNINI, M. S., *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939.
- GIANNINI, M. S., *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 2003, pag. 979.
- GIGLIONI, F., *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, 2008.
- DI GIOIA, D., *I sistemi di realizzazione dei lavori pubblici*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 6, 1999, pag. 277.
- GIOMI, V., *La gestione dei servizi pubblici locali mediante forme associate: l'affidamento diretto a Società per azioni multicomunali maggioritarie, fra diritto interno e diritto comunitario.*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2004, pag. 1068.
- GIORGIO, M., *L'affidamento in house è sempre un'eccezione? Il caso Catania Multiservizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2008, pag. 544.
- GIOVANNELLI ADRIANO, *Vincoli europei e decisione di bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2013, pag. 933.
- DI GIOVANNI, A., *L'attuale regime delle società in house providing*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, 3, 2006, pag. 229.
- DEL GIUDICE, I., *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 5, 2008, pag. 1546.
- GIUPPONI, T. F., *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2014, pag. 51.
- GOISIS, F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004.
- GOISIS, F., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2013, pag. 41.
- GOISIS, F., *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing*

- e suoi confini*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2008, pag. 577.
- GOISIS, F., *Rapporto di controllo, scelta del gestore di servizio pubblico, principi del diritto comunitario*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2000, pag. 586.
- GOISIS, F.; CASSESE, S., *Imprese Pubbliche*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006.
- GOLA, M., *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pag. 162 e ss.
- GOLA, M., *Salute pubblica*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II, Milano, 2007, pag. 1765 e ss.
- GRASSO, G., *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica: tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.
- GRECO, G., *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.
- GRECO, G., *Appalti di lavori affidati da S.p.A. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 1995, pag. 1062.
- GRECO, G., *Argomenti di Diritto Amministrativo. Letture*, vol. II Parte Speciale, IV, Milano, 2013.
- GRECO, G., *Argomenti di Diritto Amministrativo. Lezioni*, II, Milano, 2013.
- GRECO, G., *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale)*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2003, pag. 277.
- GRECO, G., *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, in *Argomenti di Diritto Amministrativo. Letture*, vol. II Parte Speciale, IV, Milano, 2013.
- GRECO, G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2000, pag. 839.
- GRECO, G., *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2000, pag. 1461.
- GRECO, G., *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 1995, pag. 1285.
- GRECO, G., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2008, pag. 505.
- GRECO, G., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2005, pag. 61.
- GRECO, G., *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*,

- in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, I, Milano, 1997, pag. 555.
- GRECO, G., *I rapporti tra ordinamento nazionale e comunitario*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II, Milano, 2007, pag. 827.
- GRECO, G., *La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle S.p.a. a capitale pubblico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 1994, pag. 1252.
- GRECO, G., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pag. 69.
- GRECO, G., *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 1996, pag. 797.
- GRECO, G., *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II, Milano, 2007, pag. 933.
- GRECO, G., *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2007, pag. 849.
- GRECO, G., *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 1999, pag. 184.
- GRECO, G., *Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione: un'ulteriore fonte (combinata) di obblighi e di poteri amministrativi per gli Stati membri?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 4, 1992, pag. 1315.
- GROMNICKA, E., *Services of General Economic Interest in the State Aids Regime: Proceduralisation of Political Choices?*, in *European public law*, 3, 2005, pag. 429.
- GRÜNER, G., *Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2012, pag. 3.
- GRÜNER, G., *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società legali in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009.
- GUALDANI, A., *I servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale*, in A. TRAVI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Padova, 2003.
- GUARINO, G., *La grande Rivoluzione: l'Unione europea e la rinuncia alla sovranità*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di G. Abbamonte*, Napoli, 1998.
- GUARINO, G., *Un saggio di verità sull'Europa e sull'Euro*, in *Giuseppeguarino.it*, 2012.
- GULLO, N., *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, Napoli, 2012.

- GULLO, N., *Indirizzo politico ed interesse pubblico economico*, in A. CONTIERI; F. FRANCIANO; M. IMMORDINO; A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. I, Napoli, 2010.
- GUZZO, G., *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009.
- HANCHER, L., *Case C-482/99, French Republic v. Commission ("Stardust Marine")*, judgment of the full court of 16 May 2002, in *Common market law review*, 3, 2003, pag. 739.
- HANCHER, L., *EU State Aids*, IV, London, 2012.
- HANCHER, L.; OTTEVANGER, T.; SLOT, P. J., *EC State Aids*, 2006.
- HEIDENHAIN, M., *European State Aid Law*, Munich, 2010.
- HELLINGMAN, K., *State Participation as State Aid Under Article 92 of the EEC Treaty: The Commission's Guidelines*, in *Common market law review*, 1, 1986, pagg. 111–133.
- HONORÉ, M., *Case T-442/03, SIC v. Commission*, in *European state aid law quarterly*, 4, 2008, pag. 761.
- IADICICCO, M. P., *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2011, pag. 393.
- IAIONE, C., *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria*, in *Giustizia civile*, 1, 2006, pag. 13.
- IAIONE, C., *In house providing nella distribuzione del gas e nozione societaria di controllo analogo*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 1, 2006, pag. 39.
- IAIONE, C., *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, 2010.
- IAIONE, C., *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2007.
- IAIONE, C., *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012.
- IAIONE, C., *Le società in house per i servizi strumentali. Riflessioni sull'art. 13 del Bersani*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella Repubblica federale*, Bologna, 2011.
- IANNELLO, C., *Deregulation e semplificazione delle procedure in materia di grandi opere: il controverso cammino dei principi comunitari e dei valori costituzionali*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 3, 2003, pag. 1124.
- IANNIELLO, B.; LOTTINI, R., *I gruppi di imprese: disciplina civilistica, contabile e profili penali*, Milano, 2008.
- IBBA, C., *Le società «legali»*, Torino, 1992.
- ICOLARI, M. A., *La nuova organizzazione della riscossione dei tributi nell'ordinamento giuridico nazionale*, in M. BASILAVECCHIA; S.

- CANNIZZARO; A. CARINCI (a cura di), *La riscossione dei tributi*, Milano, 2011.
- IMMORDINO, M., *Le golden shares*, in *Finanza, marketing, produzione*, 1992.
- IRTI, N., *L'Ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.
- ITALIA, V. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Milano, 2010.
- ITALO, F., *Diritto comunitario e diritto nazionale, una convivenza problematica. Riflessi sulla materia degli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2007, pag. 674.
- JAEGER, T., *Goodbye Old Friend: Article 107's Double Control Criterion*, in *European state aid law quarterly*, 3, 2012.
- JONES, A.; SUFRIN, B., *EU Competition Law*, V, Oxford, 2014.
- KOENIG, C.; KÜHLING, J., *EC control of aid granted thorough State resources*, in *European state aid law quarterly*, 1, 2002, pag. 7.
- KORAH, V., *The reform of EC competition law: the challenge of an optimal enforcement system*, in I. KOKKORIS; I. LIANOS (a cura di), *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*, 2010.
- KOVAR, R., *Les prises de participation publiques et le régime communautaire des aides d'Etat*, in *Rtd com.*, 1992, pag. 109.
- KROES, N., *Reforming Europe's State Aid Regime: an Action Plan for Change*, in *European state aid law quarterly*, 3, 2005, pag. 387.
- LAMANDINI, M., *La composizione degli organi delle società a partecipazione pubblica, il finanziamento delle società ed il ripiano delle perdite*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, pag. 125.
- LASCHI, G., *Memoria d'Europa: riflessioni su dittature, autoritarismo, bonapartismo e svolte democratiche*, Milano, 2012.
- LEGGIADRO, F., *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 10, 2000, pag. 1061.
- LEGGIADRO, F., *Il cosiddetto in house providing. L'inquadramento definitorio: in house e quasi in house*, in M. BALDI; R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2007.
- LEGGIADRO, F., *Il progetto di comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2000, pag. 11.
- LEONE, C., *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2000, pag. 1174.
- LEONE, C., *Disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara dalla Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, pag. 898.

- LIBERTINI, M., *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali III*, Milano, 2010.
- LIBONATI, B., *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Rivista delle società*, 6, 1998, pag. 1540.
- LIGUORI, F., *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007.
- LIPARI, N., *Diritto privato europeo*, Padova, 1997.
- LISENA, F., *La Corte costituzionale diventa “monista,”* in *Giustamm.it*, 2010.
- LONGOBARDI, N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, II, Torino, 2009.
- LONGOBARDI, N., *Liberalizzazioni e libertà d’impresa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2013, pag. 603.
- LOSCHIAVO, L., *A colloquio con Antonio Padoa-Schioppa*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 1, 2008.
- LOTTINI, M., *Il mercato europeo, profili pubblicistici*, Napoli, 2010.
- LOTTINI, M., *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2005, pag. 1351.
- LUCARELLI, A., *Servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell’economia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2011, pag. 261.
- LUCHENA, G., *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, Bari, 2006.
- LUCIANI, F., *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Diritto amministrativo*, 2, 1995, pag. 275.
- LUGARESÌ, N., *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Torino, 2011.
- LUGARESÌ, N., *La concessione di servizi nella recente legislazione sui lavori pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, 11, 1994, pag. 573.
- MAGLIANO, R., *Servizi di interesse economico generale, aiuti di stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della Commissione CE*, in *Diritto commerciale internazionale*, 3, 2004, pag. 790.
- DI MAJO, F. M., *La nozione di organismo pubblico negli appalti pubblici di servizi. La Corte di Giustizia fornisce ulteriori criteri per individuare i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale*, in *Europa e diritto privato*, 3, 1999, pag. 920.
- MALINCONICO, C., *Aiuti di Stato*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II, Milano, 2007.
- MALTONI, A., *Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, in *Giurisprudenza italiana*, 7, 2014.

- MALTONI, A., *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n. 241/90*, in *Giustamm.it*, 2006.
- MALTONI, A., *Gli atti «prodromici» delle P.A. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. Considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle P.A.*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2013, pag. 151.
- MALTONI, A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.
- MALTONI, A., *L'affidamento dell'attività*, in *L'esternalizzazione strategica nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, 2006, pag. 79.
- MALTONI, A., *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, Bologna, 2002.
- MALTONI, A.; PALMIERI, M., *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2009, pag. 267.
- MAMELI, B., *Concessioni e pubblici servizi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2001, pag. 63.
- MAMELI, B., *La determinazione della natura giuridica del soggetto appaltatore e il riparto di giurisdizione*, in *Urbanistica e appalti*, 9, 1997, pag. 949.
- MAMELI, B., *Le S.p.A. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di giustizia risolve i dubbi interpretativi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1, 1999, pag. 394.
- MANGANARO, F., *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *Astrid rassegna*, 22, 2009.
- MANZINI, P., *Note sulle «relazioni pericolose» tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario*, in *Diritto dell'unione europea*, 3, 2002, pag. 487.
- MARCHEGIANI, G., *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. affidamenti in-house*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2004, pag. 945.
- MARCHEGIANI, G., *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2002, pag. 1233.
- MARCHIANÒ, G., *I servizi pubblici locali alla luce della finanziaria 2004: moduli di gestione tra concorrenza ed affidamenti diretti*, Bologna, 2004.
- MARCHIANÒ, G., *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5-6, 2013, pag. 1021.

- MARENCO, G., *Public Sector and Community Law*, in *Common market law review*, 3, 1983, pag. 495.
- MARESCA, M., *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli users' rights*, in *Diritto dell'unione europea*, 3, 2005, pag. 441.
- MARESCA, M., *La crisi della comunità di diritto nell'Unione europea*, in *Diritto commerciale internazionale*, 2, 2013, pag. 437.
- MARI, G., *Natura giuridica della Rai: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 9, 2008, pag. 2335.
- MARRAMA, D., *Enti e modelli organizzativi*, in S. COGNETTI; A. CONTIERI; S. LICCIARDELLO; F. MANGANARO; S. PERONGINI; F. SAIITA (a cura di), *Percorsi di Diritto amministrativo*, Torino, 2014, pag. 93.
- MARRAMA, D., *La Plenaria nicchia su in house providing e società miste*, in *Gazzetta forense*, 2, 2008, pag. 101.
- MARRAMA, D., *L'organismo di diritto pubblico e gli appalti di servizi e forniture sotto soglia comunitaria*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2004, pag. 500.
- MARRAMA, D., *Società miste e in house providing al vaglio della plenaria*, in *Giustamm.it*, 2008.
- MARRAMA, R., *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3, 1989, pag. 416.
- MARRAMA, R., *Organizzazione in senso statico ed in senso dinamico*, in L. MAZZAROLLI; G. PERICU; A. ROMANO; F.A. ROVERSI MONACO; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001.
- MASSERA, A., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2005, pag. 1201.
- MASSERA, A., *I principi generali*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II, Milano, 2007, pag. 285.
- MASSERA, A., *Le Società pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8, 2009, pag. 889.
- MASSERA, A., *L'«in house providing»: una questione da definire*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8, 2004, pag. 849.
- MASSERA, A., *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP. AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2012.
- MASSERA, A., *Oltre lo stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2001, pag. 1.
- MASSERA, A., *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 4,

2005, pag. 707.

- MASTRAGOSTINO, F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011.
- MATTARELLA, B. G., *Le funzioni*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2013, pag. 143 e ss.
- MAZZAMUTO, M., *Brevi note su normativa comunitaria e «in house providing»*, in *Diritto dell'unione europea*, 2-3, 2001, pag. 537.
- MAZZAMUTO, M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.
- MAZZILLI, A. D.; MARI, G.; CHIEPPA, R., *I contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI; R.D. NICTOLIS; R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, 2008.
- MAZZIOTTI, M., *Note minime sulla legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2012, pag. 3791.
- MEGLIANI, M., *La politica di concorrenza*, in U. DRAETTA; N. PARISINI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale, il diritto sostanziale*, III, Milano, 2010.
- MENGOZZI, P., *Il contributo del diritto alla determinazione dell'identità dell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 3, 2011, pag. 645.
- MEROLA, M., *Le critères de l'utilisation des ressources publiques*, in *Les aides d'État*, Bruxelles, 2005, pag. 15.
- MERUSI, F., *Impresa pubblica e statuto dell'impresa*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988.
- MERUSI, F., *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002.
- MERUSI, F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.
- MERUSI, F.; SPATTINI, G. C., *Economia (Intervento pubblico nell')*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006.
- MIOLA, M., *L'organizzazione di impresa degli appaltatori di lavori pubblici nella legge quadro*, in *Giurisprudenza commentata*, 2, 1995, pag. 172.
- MOAVERO-MILANESI, E., *Imprese pubbliche e trasparenza delle relazioni finanziarie con gli Stati nella Comunità economica europea*, in *Rivista di diritto industriale*, 4 (parte II), 1982, pag. 265.
- MONCERI, F., *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2011.
- MONICA, A., *La Direttiva Bolkestein e l'obiettivo "mancato" di completare il mercato interno dei servizi*, in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2014.
- MONICA, A., *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2013, pag. 437.

- MONTE, D., *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *Rivista associazione italiana costituzionalisti*, 3, 2014.
- MONTEDORO, G., *Il collegato infrastrutture*, in R. DIPACE; G. MONTEDORO (a cura di), *Gli appalti di opere*, Milano, 2003, pag. 35.
- MONTEDORO, G., *Il collegato infrastrutture e la legge obiettivo fra federalismo e diritto comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2003, pag. 16.
- MONTEDORO, G., *Le concessioni di lavori*, in R. GAROFOLI; M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, pag. 819.
- MONTEDORO, G., *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della corte costituzionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1, 2005, pag. 75.
- MONTI, G., *EC Competition Law*, Cambridge, 2007.
- MONZANI, S., *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009.
- MORBIDELLI, G., *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI; G. PERICU; A. ROMANO; F.A. ROVERSI MONACO; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, pag. 531.
- MORBIDELLI, G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001.
- MORBIDELLI, G.; ZOPPOLATO, M., *Appalti pubblici*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II, Milano, 2007.
- MORENO MOLINA, J. A., *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, pag. 581.
- MORETTINI, S., *L'effettività del diritto comunitario ed il processo amministrativo negli Stati membri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2007, pag. 723.
- MORZENTI PELLEGRINI, R., *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo analogo esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali extra-codicistiche*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 10, 2009, pag. 2233.
- MOSCARINI, A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006.
- MOSCARINI, L. V., *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, Milano, 2009.
- MOZZATI, A., *Contributo allo studio del contratto di servizio. La contrattualizzazione dei rapporti tra le amministrazioni e i gestori di servizi pubblici*, Torino, 2010.
- MOZZATI, A., *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Genova, 2012.

- MOZZATI, A., *Osservazioni sulla nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Economia e diritto del terziario*, 1, 1999, pag. 249.
- MUSSELLI, L., *Affidamento diretto di servizi a società a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 7-8, 2003, pag. 2175B.
- NANIA, R., *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2012.
- NANIA, R., *Libertà Economiche: Impresa e Proprietà*, in R. NANIA; P. RIDOLA (a cura di), *Diritti Costituzionali*, vol. I, II, Torino.
- NAPOLITANO, G., *Il contributo di Joseph H.H. Weiler agli studi di diritto europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2013, pag. 297.
- NAPOLITANO, G., *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2003, pag. 537.
- NAPOLITANO, G., *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II, Milano, 2003.
- NAPOLITANO, G., *L'esercizio privato di attività amministrative*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pag. 89.
- NAPOLITANO, G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle società*, 5-6, 2006, pag. 999.
- NAPOLITANO, G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- NAPOLITANO, G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.
- NAPOLITANO, G., *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, pag. 5517 e ss.
- NEERGAARD, U.; SZYSZCZAK, E.; GRONDEN, J. W. VAN DE; KRAJEWSKI, M., *Social Services of General Interest in the EU*, Olanda, 2012.
- NICTOLIS, R. D. (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007.
- NICTOLIS, R. D.; CAMERIERO, L. (a cura di), *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008.
- DE NICTOLIS, R., *Il Consiglio di Stato si pronuncia sul riparto di giurisdizione in tema di appalti indetti da concessionari di opera pubblica*, in *Corriere giuridico*, 1, 1999, pag. 94.
- DE NICTOLIS, R., *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture*, II, Roma, 2012.
- NIGRO, M., *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966.
- NINATTI, S., *Privatizzazioni: la Comunità europea e le "golden share" nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2000, pag. 702.
- NIRO, R., *Art. 41*, in R. BIFULCO; A. CELOTTO; M. OLIVETTI (a cura di),

- Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006.
- OCCHIENA, M., *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA; F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.
- OCCHILUPO, R., *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giurisprudenza commentata*, 1, 2007, pag. 60.
- OPPO, G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in Atti del Convegno «Le società pubbliche», Venezia, novembre 2004.
- ORLANDI, M., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, 1995.
- PACCIANI, F., *Le Sezioni Unite ritornano sull'art. 31-bis della legge Merloni*, in *Urbanistica e appalti*, 7, 1999, pag. 752.
- PADOA-SCHIOPPA, A., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003.
- PADOA-SCHIOPPA, A., *Prefazione*, in U. MORELLI (a cura di), *Altiero Spinelli: il pensiero e l'azione per la federazione europea*, Milano, 2010, pag. 1.
- PAOLANTONIO, N., *Giurisdizione esclusiva e tutela giudiziaria*, in *Foro amministrativo*, 6, 2000, pag. 2445.
- PAPPALARDO, A., *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Torino, 2007.
- PARISIO, V., *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa. Public local services management, public resources safeguard and cost containment*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 1, 2013, pag. 385.
- PARISIO, V., *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, Milano, 2009.
- PASQUINI, G., *Pubblico e privato per le infrastrutture di pubblica utilità: temi e prospettive*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizzazione del paese*, Milano, 2005.
- PASTORI, G., *La redistribuzione delle funzioni: profili istituzionali*, in *Le regioni*, 5, 1997, pag. 749.
- PELLIZZER, F., *Verso una «nuova» figura concessoria non soggetta al diritto comunitario?*, in *Foro amministrativo*, 11-12, 1996, pag. 3386.
- PEREZ, R., *Comunicazioni elettroniche*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, II, Milano, 2007.
- PERFETTI, L. R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.
- PERFETTI, L. R., *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 5, 2005, pag. 1347.
- PERFETTI, L. R., *L'affidamento diretto dei pubblici servizi locali a società partecipate dai Comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra*

- legem*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 4, 2004, pag. 1161.
- PERFETTI, L. R., *La fusione di società affidatarie di servizi pubblici locali*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 7-8, 2005, pag. 2300.
- PERFETTI, L. R., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2006, pag. 387.
- PERFETTI, L. R., *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 9, 2003, pag. 2498.
- PERFETTI, L. R., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (Sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2001, pag. 479.
- PERFETTI, L. R.; DE CHIARA, A., *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa. Variazioni su Corte di giustizia delle Comunità Europee, sezione v, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2004, pag. 135.
- PERICU, A., *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Diritto commerciale internazionale*, 2, 2001, pag. 327.
- PERICU, A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001.
- PERICU, G., *L'attività consensuale della Pubblica Amministrazione*, in L. MAZZAROLLI; G. PERICU; A. ROMANO; F.A. ROVERSI MONACO; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, vol. II, II, Bologna, 2005, pag. 1635 ss.
- PERNICE, I., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European law review*, 2002, pagg. 511–529.
- PERNICE, I., *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *Columbia journal of european law*, 2009, pag. 349.
- PERRUGGIA, P., *Le Sezioni Unite decidono sulla natura degli enti fieristici*, in *Foro italiano*, I, 2001, pag. 614.
- PIACENTINI, C., *La concessione di lavori pubblici dopo la Merloni-ter*, in *Urbanistica e appalti*, 4, 1999, pag. 365.
- PICCIONE, D., *Revisione e legislazione costituzionale ai tempi delle crisi (riserve sul procedimento di codificazione costituzionale del principio di pareggio di bilancio. In ricordo di Federico Caffè, a venticinque anni dalla scomparsa)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2012, pag. 3859.
- PICOZZA, E., *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 4, 1992, pag. 1209.
- PIPERATA, G., *Governance e servizi pubblici*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Modernizzazione del paese*, Milano, 2005.

- PIPERATA, G., *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 1, 2011, pag. 33.
- PIPERATA, G., *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2006, pag. 137.
- PIPERATA, G., *La trasformazione delle società a partecipazione pubblica. Dalla società in house alla società a partecipazione mista*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, pag. 151.
- PIPERATA, G., *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2005, pag. 963.
- PIPERATA, G., *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMELLI; M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.
- PIPERATA, G., *Servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006.
- PIPERATA, G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005.
- PITRUZZELLA, G., *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, pagg. 9–50.
- PIZZA, P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.
- POLICE, A., *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, in *Diritto amministrativo*, 1, 1996, pag. 158.
- POLICE, A., *Organizzazione, pubblico impiego e mezzi*, in M.R. SPASIANO; D. CORLETTI; M. GOLA; D.-U. GALETTA; A. POLICE; C. CACCIAVILLANI (a cura di), *La Pubblica Amministrazione e il suo diritto*, Milano, 2012, pag. 87.
- POLO, M., *Regole rigide e regole flessibili nelle politiche di tutela della concorrenza*, in *Rivista italiana degli economisti*, 1, 2005, pag. 15.
- PONZIO, S., *Gli enti gestori di forme di previdenza obbligatorie come organismi di diritto pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 11, 2007, pag. 1351.
- POTO, M., *Le Autorità di vigilanza sul mercato mobiliare. I custodi incustoditi*, Napoli, 2008.
- PREDIERI, A., *Economia sociale di mercato nell'Europa di Maastricht*, in *Diritto del commercio internazionale*, 3, 1995, pag. 531.
- PREDIERI, A. (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Antella-Firenze, 1997.
- DE PRETIS, D., *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in M.P. CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2005.

- PROTTO, M., *Appalti pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006.
- PROTTO, M., *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997.
- QUIETI, A., *Servizi pubblici e affidamenti in house. Spunti di riflessione*, in *Amministrazione italiana*, 6, 845, pag. 2006.
- QUIGLEY, C., *European State Aid Law and Policy*, Oxford, 2009.
- RAFFAELLI, E. A.; BELLIS, J.-F., *Diritto comunitario della concorrenza*, II, Milano, 2006.
- RAFFIOTTA, E. C., *Il Governo multilivello dell'economia*, Bologna, 2013.
- RAMAJOLI, M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2008, pag. 121.
- RAMAJOLI, M., *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Diritto amministrativo*, 3-4, 2000, pag. 383.
- RANGONE, N., *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II, Milano, 2003.
- RANGONE, N., *Le telecomunicazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. III, II, Milano, 2003.
- RECCHIA, G., *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Padova, 1996.
- RENNA, M., *La società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997.
- RINALDI, B., *Sull'applicazione della teoria del contagio alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2008, pag. 975.
- RIZZO, G., *La concessione di servizi*, Torino, 2012.
- ROBALDO, E., *La realizzazione di opere pubbliche con la partecipazione di capitale privato*, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2005, pag. 146.
- RODIO, R. G., *Le privatizzazioni in Europa*, Padova, 2003.
- ROLAND, G., *Privatization: Successes and Failures*, New York, 2013.
- ROMANO, A., *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. II, Torino, 1987, pag. 30.
- ROMOLI, F., *La Gepi S.p.a. come partner societario per la gestione del servizio pubblico locale: tra affidamento in house e garanzie di evidenza pubblica*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 3, 2005, pag. 842.
- ROSSI, A., *Profili giuridici della Società a partecipazione statale*, Milano, 1977.
- ROSSI, F., *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti*, in *Servizi*

- pubblici e appalti*, 2, 2005, pag. 456.
- ROSSI, G., *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2007, pag. 685.
- ROSSI, G., *L'impresa europea di interesse generale*, Milano, 2006.
- ROSSI, G., *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 3, 2011, pag. 381.
- ROSSI, L. S., *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU Member States?*, in A. BIONDI; P. EECKHOUT (a cura di), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012.
- ROSSOLILLO, G., *Autonomia finanziaria e integrazione differenziata*, in *Diritto dell'unione europea*, 4, 2013, pag. 793.
- ROVERSI MONACO, M. G., *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2006, pag. 1371.
- RUGA RIVA, C. (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*, Milano, 2007.
- SACKER, F. J.; MONTAG, F., *European State Aid Law: A Commentary*, Oxford, 2013.
- SALERNO, L., *Golden Shares, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Diritto commerciale internazionale*, 3, 2002, pag. 671.
- SALTARI, L., *Accesso e interconnessione. La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2008.
- SALTARI, L., *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007.
- SALTARI, L., *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2005, pag. 389.
- SALVAGO, S., *La ripartizione della giurisdizione negli appalti pubblici. The breakdown of jurisdiction in public works contracts*, in *Giustizia civile*, 11-12, 2013, pag. 771.
- SALVATORE, P., *La metamorfosi della personalità giuridica pubblica*, in *Giurisdizione amministrativa*, 1, 2006, pag. 175.
- SANDULLI, A., *La concorrenza nei servizi pubblici e negli appalti, tre sentenze della Corte Costituzionale*, in *Ius publicum network review*, 2011.
- SANDULLI, A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, 1998.
- SANDULLI, A., *Mario Nigro, giurista dello Stato democratico-sociale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2010, pag. 641.
- SANTI, G., *Articolo 176 (Affidamento a contraente generale)*, in *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, pag. 1530.

- SANTORO, P., *Ambito d'applicazione soggettivo ed oggettivo della legge quadro sui lavori pubblici rispetto alla disciplina comunitaria*, in *Foro amministrativo t.a.r.*, 5, 2001, pag. 1399.
- SANTORO, P., *Glossario italo-comunitario dei soggetti aggiudicatori degli appalti pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 1999, pag. 1288.
- SANTORO, P.; SANTORO, E. (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2011.
- SANTUARI, A., *Sulla trasformazione dell'azienda speciale in società di capitali alla luce del d.l. n. 95/2012 e della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012*, in *Giustamm.it*, 2012.
- SATTA, F., *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 1992.
- SCARPA, R., *Trasparenza dei rapporti fra autorità pubbliche ed imprese pubbliche nell'ordinamento comunitario. Una garanzia per le libertà nella vita economica*, in *Giustizia civile*, 4 (parte I), 1983, pag. 1085.
- SCHEPEL, H., *Delegation of regulatory powers to private parties under EC Competition law: towards a procedural public interest test*, in *Common market law review*, 39, 2002, pag. 31.
- SCHINA, D., *State Aids Under the EEC Treaty Articles 92 to 94*, Oxford, 1987.
- SCHINAIA, M. E., *Relazione sulla giustizia amministrativa*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2007.
- SCHLIESKY, U., *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, Tübingen, 2004.
- SCHMIDT ASSMANN, E., *Forme di cooperazione amministrativa europea*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2003, pag. 473.
- SCHOHE, G.; ARHOLD, C., *The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2002/2003*, in *European state aid law quarterly*, 2, 2003, pag. 145.
- SCHWARZE, J., *European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon*, in *European public law*, 2, 2012, pag. 285.
- SCIULLO, G., *La semplificazione dell'organizzazione*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2009, pag. 413.
- SCIULLO, G., *L'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in *Giustamm.it*, 3, 2007.
- SCIUTO, M., *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità statale nel mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2009, pag. 413.
- SCOCA, F. G., *Gli accordi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014.
- SCOCA, F. G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in Atti del Convegno «Le società pubbliche», Venezia, novembre 2004.

- SCOCA, F. G., *La Pubblica Amministrazione e la sua evoluzione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III, Torino, 2014, pag. 3.
- SCOCA, F. G., *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in L. MAZZAROLLI; G. PERICU; A. ROMANO; F.A. ROVERSI MONACO; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, pag. 303.
- SCOCA, F. G., *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III, Torino, 2014, pag. 22.
- SCOTTI, E., *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di stato*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 11, 2003, pag. 3219.
- SCOTTI, E., *I principi informatori dei servizi pubblici locali*, in H. BONURA; M. CASSANO (a cura di), *L' affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica - percorsi e disciplina generale*, Torino, 2011, pag. 3 e ss.
- SCOTTI, E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 3, 2005, pag. 666.
- SCOTTI, E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2005, pag. 915.
- SCOTTI, E., *Servizi pubblici locali*, in R. BIFULCO; A. CELOTTO; M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. Aggiornamento, 2012, Torino, 2012, pag. 629 e ss.
- SEGRETIARIATO GENERALE GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA, *Discorso di insediamento pronunciato dal nuovo Presidente del Consiglio di Stato dott. Pasquale de Lise il 22 settembre 2010*, in *I presidenti del Consiglio di Stato. Biografie e relazioni d'insediamento*, Milano, 2011.
- SIGISMONDI, G. M., *Concessione di opere e pubbliche forniture tra giurisdizione civile ed amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, 4, 1997, pag. 432.
- SINNAEVE, A., *What to Expect from National Courts in the Fight against Unlawful State Aid*, in *European state aid law quarterly*, 1, 2005, pag. 1.
- SORICELLI, G., *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, 2008.
- SORICELLI, G., *Lezioni di diritto dei contratti pubblici e dell'edilizia*, Napoli, 2007.
- SORRENTINO, F., *La Costituzione europea*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, vol. I Parte Generale, II, Milano, 2007.
- SPAMPINATO, B., *La nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale e in quello dell'Unione europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8, 2011, pag. 909.
- SPAMPINATO, B., *Sull'estensione della giurisdizione amministrativa agli atti*

del privato concessionario, in *Foro amministrativo*, 3, 1997, pag. 977.

SPASIANO, M. R., *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *Ius publicum network review*, 2011.

SPASIANO, M. R., *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA; M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006.

SPASIANO, M. R., *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2000, pag. 131.

SPINA, A. L.; MAJONE, G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

STICCHI DAMIANI, E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.

STICCHI DAMIANI, S., *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario: contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006.

STORACE, D., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 1997, pag. 51.

STROZZI, G.; MASTROIANNI, R., *Diritto dell'Unione europea: Parte istituzionale*, VI, Torino, 2013.

TACCOGNA, G., *La disciplina dell'organizzazione amministrativa*, Trento, 2014.

TASSONE, A. R., *La società in house e la sua complessa disciplina*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, pag. 229.

TESAURO, G., *Diritto comunitario*, VII, Padova, 2012.

TESAURO, G., *Diritto comunitario*, IV, Padova, 2005.

TESAURO, G., *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Diritto dell'unione europea*, 3, 1996, pag. 719.

TESAURO, G., *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 1992, pag. 125.

TIGANO, F., *Corte dei Conti e attività amministrativa*, Torino, 2008.

TITOMANLIO, R., *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000.

TORCHIA, L., *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7, 2009, pag. 791.

TOSATO, G. L., *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2012, pag. 681.

TOSATO, G. L.; BELLODI, L., *Il nuovo diritto europeo della concorrenza*, Milano, 2004.

- TRAVI, A., *La disciplina di riferimento dei servizi pubblici di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico*, in M. DUGATO; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, pag. 167.
- TRAVI, A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, XI, Torino, 2014.
- TRAVI, A., *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in G. FALCON (a cura di), *Il Diritto Amministrativo dei Paesi europei*, Padova, 2005.
- TRIGGIANI, E., *Aiuti di Stato (diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali VI*, Milano, 2013.
- TRIMARCHI BANFI, F., *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2002, pag. 945.
- TRIMARCHI BANFI, F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI; G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Generale*, II, Milano, 2007, pag. 49.
- TRIMARCHI BANFI, F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2008, pag. 1063.
- TRIMARCHI BANFI, F., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5, 2012, pag. 723.
- TROISE MANGONI, W., *Affidamento in house e parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.
- TROPEA, G., *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2011, pag. 623.
- URBANO, G., *L'amministratore delegato della società pubblica come organo amministrativo nelle gare per la selezione dei contraenti*, in *Giustamm.it*, 2012.
- URBANO, G., *Le regole comunitarie sulle Società pubbliche: tutela della concorrenza, golden share e aiuti di Stato*, in *Giustamm.it*, 2012.
- URSI, R., *Anatomia di un ossimoro: «in house providing» e concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Foro italiano*, III, 2007, pag. 227.
- URSI, R., *Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento «in house» di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, 5° comma, lett. c), del testo unico sugli enti locali*, in *Foro italiano*, III, 2004, pag. 196.
- URSI, R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2005, pag. 179.

- URSI, R., *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2004, pag. 747.
- URSI, R., *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da regioni ed enti locali*, Napoli, 2012.
- URSI, R., *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*, in *Foro italiano*, IV, 2005, pag. 136.
- URSO, M., *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urbanistica e appalti*, 12, 2006, pag. 1417.
- VALAGUZZA, S., *Giurisprudenza comunitaria in tema di golden share e principio di legalità*, in *Foro amministrativo c.d.s.*, 10, 2003, pag. 2752.
- VALAGUZZA, S., *Pubblico e privato nell'organizzazione*, in *Atti del Convegno «Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale»*, Trento, dicembre 2012.
- VALAGUZZA, S., *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012.
- VALENTINI, S., *Figure, rapporti, modelli organizzatori*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. IV, Padova, 1996.
- VALLA, A., *L'art. 19 della legge 109/1994 si applica anche alle concessioni ope legis*, in *Urbanistica e appalti*, 2, 1998, pag. 185.
- DE VALLES, A., *Autonomia*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I 2, III, Torino, 1957.
- VESPERINI, G., *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011.
- VETRÒ, F., *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005.
- DE VIDO, S., *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares: violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Diritto commerciale internazionale*, 4, 2007, pag. 861.
- VILLAMENA, S., *Concessioni demaniali marittime e concorrenza. (Profili ricostruttivi e modalità operative)*, in G. LAMI (a cura di), *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, Padova, 2010, pag. 85.
- VILLAMENA, S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa: ordinamento comunitario, italiano e inglese*, 2008.
- VILLATA, R., *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 1987, pag. 528.
- VILLATA, R., *Pubblici Servizi*, V, Milano, 2008.
- VIPIANA, P. M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993.

- VITA, C.; VIRNO, C.; FIDUCIA, A.; BOSCO, M.; RIBAUDO, R. (a cura di), *Le Società partecipate dagli Enti Locali*, Lido di Ostia, 2009.
- VITALE, G., *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, Catania, 2010.
- VITRÒ, V., *Il controllo giudiziario delle imprese collettive: le regole del Sarbanes-Oxley act*, Milano, 2007.
- VOCI, P., *La sentenza della Corte di giustizia della CEE in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stato e imprese pubbliche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 1983, pag. 1137.
- VOLPE, C., *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in *Urbanistica e appalti*, 12, 2008, pag. 1401.
- VOLPE, C., *La corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2010, pag. 38.
- VOLPE, C., *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *Giustamm.it*, 3, 2014.
- VOLPE, C., *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, in *Giustamm.it*, 1, 2013.
- WALTER, M., *One Year into the State Aid Modernisation Initiative: Proceedings of the 11th EStALI Experts' Forum, Brussels, 6-7 June 2013*, in *European state aid law quarterly*, 4, 2013, pag. 757.
- WANG, P.; CAVALLO PERIN, R.; CASALINI, D., *Addressing purchasing arrangements between public sector entities. What can the WTO learn from the EU's experience?*, in S. ARROWSMITH; R.D. ANDERSON (a cura di), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, 2011.
- WHISH, R.; BAILEY, D., *Competition Law*, VII, Oxford, 2012.
- WIJCKMANS, F.; TUYTSCHAEVER, F., *Vertical Agreements in EU Competition Law*, II, Oxford, 2011.
- WINTER, J. A., *Re(de)fining the notion of State aid in Article 87(1) of the EC Treaty*, in *Common market law review*, 41, 2004, pag. 475.
- ZANOBINI, G., *Diritto Amministrativo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957.
- ZANOBINI, G., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1, 1924, pag. 384.
- ZANOBINI, G., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955.
- ZILLER, J., *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013.
- ZUELLI, F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973.