



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di *Diritto pubblico, internazionale e comunitario*

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN : GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO: UNICO
CICLO XXV

**LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL MERCATO. SERVIZI PUBBLICI,
ATTIVITÀ CONTRATTUALE E TUTELA DELLA CONCORRENZA**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Gabriele Leondini

Dottorando: Filippo Giordan

*A mamma e papà,
sempre insieme,
il destino non ostante*

Indice

Introduzione.....	p. 1
CAPITOLO I: I MODELLI DI INTERVENTO DELLO STATO NELL'ECONOMIA: gli anni dell'interventismo, le privatizzazioni, lo Stato "regolatore" e l'azione delle autorità amministrative indipendenti.....	p. 8
1.1 – Breve ricostruzione storica dei rapporti tra Stato ed economia dall'unità d'Italia agli anni ottanta del XX secolo.....	p. 8
1.1.2 – Il cambiamento del ruolo dello Stato e, in generale, della pubblica amministrazione nell'economia. Questioni di metodo e obiettivi dell'analisi.....	p. 25
1.2 – Superamento del modello interventista e privatizzazione delle imprese pubbliche....	p. 28
1.2.1 – (segue) Privatizzazioni formali e sostanziali.....	p. 31
1.2.2 - Privatizzazione formale e implicazioni in termini di sindacato contabile e riparto di giurisdizione.....	p. 37
1.2.3 – Il diritto comunitario impone un concetto elastico di impresa pubblica. Il caso degli organismi di diritto pubblico.....	p. 43
1.2.4 – Le privatizzazioni sostanziali e i poteri speciali riservati allo Stato di dubbia compatibilità con l'ordinamento comunitario.....	p. 51
1.2.5 – Incompatibilità tra i poteri speciali riservati all'azionista pubblico dall'art. 2449 c.c. e l'ordinamento comunitario.....	p. 63
1.3 – Le società degli enti locali e i limiti imposti alla detenzione di partecipazioni sociali. (rinvio).....	p. 68
1.4 – Lo Stato regolatore e l'avvento delle autorità amministrative indipendenti.....	p. 69
1.4.1 – Il condizionamento dell'autonomia negoziale derivante dall'esercizio dei c.d. "poteri regolatori" delle autorità amministrative indipendenti.....	p. 73
1.4.2 – (segue) Analisi della natura del potere regolatorio delle autorità amministrative indipendenti, tra categorie e forme del diritto amministrativo ed effetti che incidono nel campo del diritto privato.....	p. 84
1.4.3 – Il caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In particolare, il potere di accettare impegni di cui all'art. 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287, tra	

discrezionalità tecnica e amministrativa.....	p. 87
1.4.4 – L'eccesso di attività regolatoria porta ad un nuovo dirigismo nell'economia.....	p. 100
CAPITOLO II: <u>I SERVIZI PUBBLICI TRA ESIGENZE PUBBLICISTICHE E TUTELA DELLA CONCORRENZA</u>	p. 103
2.1 – I servizi pubblici quale settore del diritto amministrativo che intercetta esigenze di tipo privatistico. Analisi delle scelte effettuate e dei metodi adottati nello studio di questa tematica.....	p. 103
2.2 – L'incerta nozione di servizio pubblico. Teoria soggettiva, teoria oggettiva e teoria funzionale.....	p. 106
2.3 – Il servizio pubblico nella dimensione europea e analisi dell'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione.....	p. 115
2.4 – (segue) Il concetto di aiuto di stato deve essere letto alla luce dell'art. 106 TFUE.....	p. 132
2.5 – I servizi pubblici economici tra privatizzazione e liberalizzazione, alla luce dei parametri comunitari che spingono per una decisa apertura al mercato concorrenziale.....	p. 137
2.5.1 – (segue) Le privatizzazioni: privatizzazione della titolarità e privatizzazione della gestione del servizio pubblico.....	p. 139
2.5.2 – (segue) Le liberalizzazioni nel settore dei servizi pubblici. La libertà d'iniziativa economica deve comunque porsi al servizio degli utenti.....	p. 144
2.5.3 – (segue) Le condizioni necessarie per un'efficace liberalizzazione. Breve analisi del caso dei servizi a rete in tema di <i>third party access</i> , tariffe per l'accesso alla rete e <i>unbundling</i>	p. 151
2.6 – L'incerta liberalizzazione dei servizi pubblici locali.....	p. 160
2.7 – (segue) Breve disamina delle novità introdotte in materia di gestione dei servizi pubblici locali dall'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011.....	p. 170
2.8 – Gli affidamenti <i>in house</i> e il c.d. <i>in house</i> "spurio".....	p. 185
2.8.1 – Nozione di affidamento <i>in house</i> e ripercussioni di questa forma di gestione dei servizi pubblici locali sull'assetto concorrenziale del mercato.....	p. 185
2.8.2 – (segue) Il requisito del controllo analogo nella giurisprudenza del giudice amministrativo e analisi della figura del c.d. <i>in house</i> frantumato.....	p. 190
2.8.3 – (segue) Il requisito dell'attività prevalente.....	p. 200

2.8.4 – Il legislatore italiano esprime un netto disfavore per l’affidamento <i>in house</i> nell’art. 23-bis del d.l. 112 del 2008 e nell’art. 4 del d.l. n. 138 del 2011. Alla base di questa scelta la volontà di dare una spinta decisiva alle liberalizzazioni.....	p. 203
2.8.5 – L’ <i>in house</i> spurio rappresenta una forma di gestione del servizio pubblico locale equiparabile all’affidamento mediante gara ad evidenza pubblica.....	p. 211
2.9 – Il divieto di affidamenti ulteriori previsto a carico delle società già affidatarie in via diretta di servizi pubblici locali.....	p. 216
2.9.1 – (segue) Gli strumenti di ingegneria societaria come mezzi per eludere i vincoli pro concorrenziali previsti dall’art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e dall’art. 4 del d.l. n. 138 del 2011.....	p. 221
2.10 – Ulteriori limiti all’utilizzo dello strumento societario da parte dell’ente locale: dalla legge finanziaria per il 2008 al d.l. n. 78 del 2010.....	p. 226
2.11 – La disciplina attualmente vigente presenta lacune che possono essere colmate con l’interpretazione del diritto comunitario, in una prospettiva evolutiva.....	p. 232
 CAPITOLO III: <u>L’ATTIVITÀ CONTRATTUALE DELLA P.A. TRA INTERESSE PUBBLICO, TUTELA DELLA CONCORRENZA E DISCIPLINA PRIVATISTICA</u>	 p. 238
3.1 – La p.a. persegue e tutela interessi propri facendo uso della capacità giuridica di diritto privato che, tuttavia, è condizionata dalla funzionalizzazione di ogni attività dell’amministrazione alla cura dell’interesse pubblico. Presentazione del campo d’indagine, metodi e obiettivi.....	p. 238
3.2 – La responsabilità precontrattuale della p.a. come risposta alle esigenze di tutela dell’affidamento del terzo a fronte dell’esercizio di prerogative pubblicistiche che incidono sull’attività negoziale.....	p. 248
3.3 – Il rapporto tra revoca degli atti di gara e responsabilità precontrattuale sotto il profilo teorico e della tutela del soggetto privato.....	p. 254
3.4 – Limiti al sindacato sulla discrezionalità amministrativa sottostante al provvedimento di revoca dell’aggiudicazione. Dietro l’interesse pubblicistico all’autotutela non si può celare l’intento di eludere il principio di tassatività delle cause di recesso.....	p. 265
3.5 - Il rapporto tra l’annullamento dell’aggiudicazione e il contratto di appalto medio tempore stipulato.....	p. 273

3.5.1 – (segue) Profili sostanziali relativi alla patologia che affligge il contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione.....	p. 275
3.5.2 – (segue) L’inefficacia flessibile delineata dagli artt. 121 e ss. del c.p.a. e l’ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo nel calibrare gli effetti sul contratto del venir meno dell’aggiudicazione fanno propendere per una ricostruzione pubblicistica dell’invalidità negoziale.....	p. 289
3.6 – L’autonomia negoziale della p.a. si differenzia da quella degli operatori di mercato privati anche in ragione dell’obbligo di tutela della concorrenza. Analisi dei limiti all’utilizzo delle procedure negoziate.....	p. 300
3.7 – Rischi per la tutela della concorrenza nella fase successiva all’aggiudicazione definitiva: la rinegoziazione delle condizioni contrattuali prima della stipula e l’esecuzione del contratto non conforme all’offerta presentata dall’aggiudicatario.....	p. 311
Conclusioni.....	p. 320
Bibliografia.....	p. 325
Abstract.....	p. 338

Introduzione

Nel corso della storia il confine tra diritto privato e diritto pubblico è sempre stato mobile, principalmente in ragione dell'evoluzione del concetto di ordinamento giuridico. Se la concezione liberista dell'ottocento aveva cercato di separare l'intervento dello Stato nelle dinamiche di tipo economico, con l'intento di privilegiare gli equilibri propri del mercato, agli inizi del novecento si assiste alla comparsa del diritto pubblico dell'economia che sostiene, da un punto di vista teoretico, le ragioni di uno Stato nuovamente interventista. L'inevitabile conseguenza fu l'erosione di ampi margini di autonomia agli istituti di diritto privato e, in particolare, alla loro applicazione nel rinnovato e ampliato settore pubblico.

Nuove e profonde trasformazioni hanno coinvolto l'amministrazione, nelle modalità del suo essere e del suo agire, a partire dagli anni novanta del secolo scorso e da allora si continua ancor oggi ad assistere ad un progressivo ridimensionamento dell'indole autoritativa del soggetto pubblico e della sua volontà di imporsi sui rapporti giuridici piuttosto che esserne parte. La stessa ampiezza del diritto pubblico nazionale si è ridotta in conseguenza della presenza sempre più consistente dell'ordinamento comunitario che, ormai, può essere considerato parte integrante degli ordinamenti interni, in una prospettiva dinamica, non di dualismo ma di condizionamento bi-direzionale, in vista di una sempre maggiore uniformità a livello continentale.

Lo Stato ha preso coscienza dell'inadeguatezza di un modello di intervento pubblico dirigistico nell'economia, in grado di funzionare all'interno dei confini nazionali ma, di certo, inadeguato a fronte di una inesorabile globalizzazione dei mercati, preferendo, dunque, un ruolo di controllo e di regolazione. In questo senso deve essere letta la creazione

delle autorità amministrative indipendenti e lo sviluppo di processi di liberalizzazione progressiva di interi settori economici, coinvolgendo anche attività aventi una rilevanza di natura pubblicistica. È ,allora, inevitabile dover ripensare l'influenza del diritto amministrativo sul diritto privato e il ruolo che può svolgere l'amministrazione all'interno di un mercato le cui regole non possono riconoscere in capo ad alcuni dei soggetti che vi operano i privilegi di natura autoritativa che invece, da sempre, connotano l'agire dell'amministrazione in vita del perseguimento di interessi superiori e degni di una protezione particolare. Le dimensioni ormai sovranazionali dei fenomeni economici e i condizionamenti che derivano dall'essere parte dell'Unione europea obbligano l'amministrazione di ciascuno Stato membro a rispettare il mercato e, soprattutto, i suoi valori fondamentali che, in definitiva, sono i valori di una comunità che ha deciso di essere unita prima di tutto da un punto di vista economico. La concorrenza, la non discriminazione, la libertà di iniziativa economica, divengono i parametri per adeguare alle dinamiche del mercato l'intervento del soggetto pubblico, che può essere destabilizzante in una duplice prospettiva: quale soggetto che è tenuto ad offrire e garantire servizi e quale soggetto che detiene una quota di domanda di beni e servizi assai rilevante.

La ricerca vuole allora addentrarsi nell'analisi del delicato rapporto intercorrente tra l'attività della pubblica amministrazione e il libero mercato.

L'argomento, evidentemente, ha carattere trasversale e, per questo motivo, l'attenzione non è stata focalizzata su di uno specifico istituto ma, più in generale, sul ruolo della pubblica amministrazione nei vari momenti in cui lo svolgimento della funzione si intreccia con la tutela di interessi privatistici o di interessi generali quale è certamente la tutela della concorrenza nei mercati.

Volendo qui anticipare molto sinteticamente gli argomenti che sono stati presi in considerazione, si può dire che il lavoro è stato suddiviso in tre macro aree.

Nel primo capitolo mi sono soffermato sulla posizione dell'amministrazione e, in generale del soggetto pubblico, nell'economia di mercato, nella duplice veste di operatore che svolge un ruolo attivo attraverso lo strumento societario e di soggetto investito di una funzione di garanzia degli equilibri di mercato (focalizzando qui l'attenzione sulla funzione delle autorità garanti).

In primo luogo ho analizzato il fenomeno della privatizzazione delle società pubbliche, nella sua duplice configurazione di privatizzazione formale e sostanziale soffermandomi, in particolare, sulle peculiarità che contraddistinguono le nuove realtà societarie derivanti da questo processo di trasformazione rispetto alla comuni società private.

In relazione alle società derivanti dal processo di privatizzazione formale ho rilevato come la logica di tipo economico che deve ispirare la loro azione vada considerata una condizione imprescindibile sia per poter considerare queste società come dei veri operatori di mercato, in concorrenza con gli altri, sia per poter considerare la loro posizione nel mercato compatibile con i principi del diritto comunitario e anche del diritto interno, stante l'obbligo di interpretare la nuova costituzione economica in coerenza con i principi dell'Unione. Di qui la rilevata difficoltà di poter coniugare questa posizione di soggetto tenuto al rispetto della disciplina che informa il libero mercato concorrenziale con la natura di ente pubblico *tout court* che, ontologicamente e teleologicamente si pone al di fuori della logica – economica, privatistica e lucrativa – che informa tale disciplina.

Quanto alle società non solo formalmente, ma anche sostanzialmente privatizzate, la relativa analisi ha avuto ad oggetto principalmente i poteri

speciali di comunque può godere il soggetto pubblico all'interno della compagine societaria e che lo pongono in una posizione di netto privilegio rispetto ai soci privati in ragione della necessità di tutelare gli interessi pubblici legati all'attività svolta dalle società in questione.

Dopo aver approfondito le problematiche sottese al progressivo ritiro dello Stato dall'economia, nelle vesti di soggetto attivo, ho quindi dedicato ampio spazio al nuovo ruolo di regolatore del mercato assunto dal soggetto pubblico e al connesso fenomeno rappresentato dall'avvento delle autorità amministrative indipendenti. Al centro dell'indagine ho posto il ruolo di queste nuove figure amministrative, le ragioni della loro creazione, la neutralità della loro azione e gli ingenti poteri di cui sono state investite, dedicando una particolare attenzione all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato.

Nel secondo capitolo mi sono concentrato sul ruolo della p.a. quale soggetto tenuto a garantire l'erogazione di servizi di interesse economico generale e, conseguentemente, l'analisi ha avuto ad oggetto la disciplina pro concorrenziale di stampo comunitario e le sue diverse declinazioni nell'ordinamento interno. Si è scelto di parlare di servizi pubblici perché rappresentano il caso forse maggiormente paradigmatico dell'intreccio e dell'interdipendenza tra interessi pubblici e privati, il cui giusto bilanciamento garantisce, da un lato, il perseguimento dei primi con il minor sacrificio per i secondi e, dall'altro, l'erogazione di prestazioni in grado di soddisfare i bisogni delle comunità di riferimento. Lo stesso concetto di servizio pubblico si colloca in una zona di confine tra il diritto pubblico e il diritto privato e lo sforzo definitorio cui è chiamato il giurista si complica ulteriormente laddove si tenga nella dovuta considerazione l'istanza comunitaria secondo cui anche nel mercato dei servizi devono essere garantite la libertà di concorrenza e la non discriminazione tra gli

operatori economici. L'intreccio tra diritto pubblico e diritto privato si fa, dunque, ancora più fitto in ragione della forza catalizzatrice immessa nell'ordinamento nazionale dal diritto dell'Unione europea.

Dopo aver inquadrato la tematica tenendo, quindi, ben presenti i principi e la giurisprudenza provenienti dall'ordinamento comunitario sono stati approfonditi i concetti di privatizzazione e liberalizzazione, cercando di affrontare il problema rappresentato dalla loro non semplice conciliabilità con l'interesse pubblico sotteso all'erogazione dei servizi.

Particolare rilievo è stato poi assegnato alla disciplina dei servizi pubblici locali dove è sensibilmente accentuata la tensione tra apertura al mercato, da un lato, e salvaguardia degli interessi pubblici sottesi ai servizi da erogare, dall'altro. Questo peculiare settore del diritto amministrativo è stato oggetto di numerose e incisive riforme nel corso degli ultimi anni. Conseguentemente, si è imposta la necessità di fare il punto sulla disciplina attualmente vigente focalizzando l'attenzione, in particolare, sulle norme e sugli istituti che maggiormente evidenziano le criticità sottese al difficile rapporto tra i vari interessi coinvolti nell'attività di gestione ed erogazione dei servizi pubblici locali.

Nel terzo capitolo l'analisi si è spostata sul ruolo dell'amministrazione quale operatore di mercato la cui attività contrattuale si caratterizza per numerosi profili di specialità rispetto alla disciplina normalmente applicabile ai rapporti tra privati. Sono stati svolti, quindi, alcuni approfondimenti in tema di responsabilità precontrattuale, sorte del contratto ad esito dell'annullamento del provvedimento prodromico di aggiudicazione e in relazione ad alcune vicende della contrattualistica pubblica che possono rappresentare un pericolo per le esigenze di tutela della concorrenza e di parità delle *chances* competitive dei vari soggetti privati interessati ad essere controparti negoziali della p.a..

Questo approfondimento in materia di attività contrattuale della p.a., evidentemente, non poteva e non voleva essere né una descrizione ad ampio raggio delle procedure ad evidenza pubblica, né una completa rappresentazione delle numerose problematiche interpretative che hanno per oggetto i vari istituti disciplinati dal codice dei contratti.

Ciò che si è cercato di analizzare sono fondamentalmente due tematiche strettamente connesse al ruolo dell'amministrazione nel mercato.

La prima riguarda il condizionamento dell'*agere* pubblicistico – ispirato da logiche di tutela dell'interesse pubblico – sugli istituti e sulla disciplina di diritto comune applicabile all'attività negoziale tra privati.

La seconda riguarda il pericolo di una possibile alterazione dell'assetto concorrenziale del mercato attraverso meccanismi elusivi delle procedure ad evidenza pubblica.

Naturalmente, consapevoli che l'analisi in questione avrebbe meritato una trattazione monografica, si son voluti prendere in considerazione solo i casi che presentano le maggiori criticità in ordine alla peculiare posizione della p.a. nei rapporti contrattuali, ad un tempo operatore di mercato, portatrice dell'interesse pubblico e destinataria di precisi obblighi in funzione della garanzia delle libertà economiche comunitarie.

L'analisi svolta mi ha portato a concludere che per far convivere armonicamente i vari interessi che la pubblica amministrazione incontra nel suo cammino al servizio della collettività è necessario ridefinire il fondamentale concetto di interesse pubblico.

In esso devono trovare spazio il principio di tutela della concorrenza così come tutte quelle garanzie per i soggetti privati introdotte dal legislatore interno e comunitario che potrebbero apparire come un ostacolo e una limitazione all'efficace perseguimento dei fini propri dell'amministrazione che agisce quale operatore di mercato. Se, infatti, l'interesse pubblico viene

declinato in termini di interesse per tutta la collettività risulta allora più semplice e più corretto ritenere funzionali all'efficienza complessiva dell'azione amministrativa anche la disciplina pro-concorrenziale sottesa alla selezione dei *partners* economici della p.a. e l'introduzione di regole che impediscano alle stazioni appaltanti di sottrarsi unilateralmente ai vincoli negoziali e alle responsabilità che gravano su ogni operatore di mercato facendo uso di poteri autoritativi che assumono le sembianze di privilegi intollerabili se utilizzati per alterare l'equilibrio di rapporti paritari di diritto privato.

Specularmente, anche lo stesso diritto privato non può sottrarsi a questo cambio di rotta e, dunque, rifuggendo un'antistorica contrapposizione tra ciò che pertiene esclusivamente alla sfera pubblica e ciò che rientra esclusivamente in quella privata, anche il diritto delle società e dei contratti deve potersi declinare in modo da rappresentare *"una regola posta nell'interesse di tutti"*¹.

¹ L'espressione, che verrà richiamata anche nelle conclusioni, è tratta da V. DOMENICHELLI, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"?*, in *Dir. amm.*, 1999, fasc. 1, p. 200.

CAPITOLO I: I MODELLI DI INTERVENTO DELLO STATO NELL'ECONOMIA: gli anni dell'interventismo, le privatizzazioni, lo Stato "regolatore" e l'azione delle autorità amministrative indipendenti.

1.1 – Breve ricostruzione storica dei rapporti tra Stato ed economia dall'unità d'Italia agli anni ottanta del XX secolo.

In tutti i paesi lo Stato interviene nell'economia, sia pur in misura differente, per modificare l'allocazione delle risorse determinata dal mercato. Qualunque sia l'idea ispiratrice delle politiche economiche di un paese, infatti, è innegabile che l'intervento pubblico – per quanto limitato possa essere – determina una modifica dell'assetto naturale del mercato².

Non potendo, tuttavia, approfondire con la dovuta attenzione le problematiche più schiettamente economiche sottese alle politiche interventiste di stampo keynesiano è bene limitarsi a ricostruire – sia pur con pochi tratti – come si sia sviluppato l'intervento dello Stato nell'economia del nostro paese.

Nel periodo storico immediatamente successivo all'unità d'Italia e fino al termine del XIX secolo le politiche del Regno si dimostrano in linea con il clima di crescente favore per la concezione liberista del mercato pur in presenza di alcuni importanti interventi statali volti – prevalentemente – a

² I fattori e le situazioni che danno origine all'intervento pubblico si possono distinguere in tre grandi categorie. La prima è quella dei servizi pubblici indispensabili per la collettività che lo Stato deve (*rectius*: vuole) garantire. La seconda categoria vuol invece dare risposta ai c.d. fallimenti del mercato. Il funzionamento efficiente del mercato presuppone costi di transazione ridotti, un sufficiente livello di concorrenza tra gli operatori economici e adeguata informazione nei confronti degli utenti – consumatori. Quando queste condizioni non si verificano si apre la via per un intervento pubblico volto a far fronte agli squilibri (che a loro volta si traducono in inefficienze del mercato) che si sono creati. La terza categoria ha invece una funzione più propriamente redistributiva della ricchezza e dipende fondamentalmente da scelte e valutazioni politico – sociali. A questo proposito si legga G. BROSIÒ, *Economia e finanza pubblica*, Roma, 2001, pp. 62 e ss.gg..

creare le condizioni ideali per lo sviluppo di un mercato autosufficiente. In questo senso deve interpretarsi l'intervento volto a dare una legislazione uniforme ai traffici commerciali, evitando così il permanere e lo svilupparsi di particolarismi giuridici³ che, evidentemente, costituiscono un ostacolo allo sviluppo ordinato dell'economia di un paese. Di qui l'adozione del codice civile del 1865 e del contemporaneo codice del commercio, nonché l'estensione della legislazione piemontese a tutto il territorio nazionale. Giova poi sottolineare l'importanza attribuita dalla codificazione al diritto di proprietà, considerato alla stregua di un fondamentale corollario della stessa libertà individuale. Proprietà, dunque, intesa come diritto della persona, in piena coerenza con tutte le codificazioni ottocentesche di stampo liberista che, come noto, tendevano ad escludere una presenza invasiva dello Stato che potesse frustrare l'iniziativa economica di una borghesia che ormai si era imposta come motore della crescita e dello sviluppo dell'Europa e che aveva acquisito consapevolezza del proprio ruolo e dei propri diritti⁴.

L'uniformità legislativa avrebbe potuto favorire lo sviluppo di un mercato unico a livello nazionale ma la presenza di un'economia ancora

³ Basti pensare che la nazione era unita solo da pochi anni, con conseguente necessità di integrare gli ordinamenti giuridici dei territori annessi al Regno di Sardegna.

⁴ Quale, dunque, il ruolo dello Stato secondo la prospettiva liberista? La risposta, assai famosa, viene fornita da Adam Smith: *“Secondo il sistema della perfetta libertà, il sovrano ha solo tre compiti da svolgere, tre compiti di grande importanza, in effetti, ma chiari e comprensibili per ogni comune intelletto: primo, il compito di proteggere la società dalla violenza e dall'invasione delle altre società indipendenti; secondo, il compito di proteggere, per quanto è possibile, ogni membro della società dall'ingiustizia o dall'oppressione di ogni altro membro della società stessa, cioè il dovere di stabilire un'esatta giustizia; e, terzo, il compito di erigere e conservare certe opere pubbliche e certe pubbliche istituzioni, la cui edificazione e conservazione non possono mai essere interesse di un individuo o di un piccolo numero di individui, dato che il profitto non potrebbe mai rimborsarne il costo ...”*. Così A. SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Isedi, Milano, 1973, p. 681.

prevalentemente agricola l'avrebbe certamente esposto ad un'inevitabile condizione di inefficienza a fronte dello sviluppo industriale già avanzato di altri stati europei⁵. Sorse, allora, la necessità di introdurre delle misure protettive del mercato interno che consentissero di minimizzare la scarsa competitività a livello internazionale e che, nel contempo, fungessero da volano per la crescita e lo sviluppo. Tale esigenza venne soddisfatta per mezzo delle tariffe doganali istituite nel 1872 e nel 1887 che, per loro stessa natura, ebbero l'effetto di diminuire la concorrenzialità dei prodotti stranieri e di aumentare quella interna, con conseguente penalizzazione delle nascenti iniziative economiche nel sud d'Italia. Se nelle intenzioni, infatti, l'intervento statale era diretto a favorire lo sviluppo del mercato nazionale (in un'ottica liberista applicata ad un mercato non globalizzato), la chiusura di quest'ultimo agli altri mercati ebbe, tuttavia, un effetto indotto negativo sui naturali rapporti di forza tra le economie del nord e del sud Italia, a tutto vantaggio della prima⁶.

Ai citati interventi dello Stato nell'economia (omogeneizzazione della normativa e introduzione di dazi doganali) si accompagnò poi un notevole impegno nella dismissione del patrimonio pubblico⁷, il cui scopo principale fu quello di ripianare almeno in parte il pesante disavanzo dei conti

⁵ Una vera industrializzazione dell'Italia si è avuta solo verso la metà del XX secolo, in concomitanza del c.d. boom economico degli anni sessanta.

⁶ A questo proposito si segala S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Roma, 2008, p. 10, in cui l'eminente autore evidenzia la presenza di numerose contraddizioni. *“Da un lato, vi è il bisogno di creare un mercato nazionale. Dall'altro, il mercato si sviluppa su un'economia dualistica, a due velocità [...]. Il dualismo che si voleva combattere con l'unificazione legislativa viene invece, accentuato dalla protezione doganale che accompagna l'unificazione legislativa imposta dalla necessità di costituire un mercato nazionale unico”*.

⁷ Vennero alienati beni demaniali, miniere, canali navigabili, stabilimenti termali e, non ultimi, i beni del c.d. Asse ecclesiastico per mezzo della legge 15 agosto 1867, preceduta dal regio decreto n. 3036 del 7 luglio 1866, con cui vennero soppressi gli Ordini e le Corporazioni religiose.

pubblici venutosi a creare a seguito della terza guerra di indipendenza ma che, nel contempo, si inserì nel più generale obiettivo di politica economica volto a creare i presupposti per l'esistenza e il fiorire di un mercato in cui lo Stato non aveva intenzione di essere un soggetto operativo⁸.

Tra la fine dell'ottocento e gli anni venti del secolo XIX si assiste all'inizio di un'inversione di tendenza nelle scelte di politica economica, con il progressivo abbandono del liberismo smithiano e il simmetrico aumento dell'ingerenza statale volta ad indirizzare lo sviluppo dell'economia nazionale.

In primo luogo viene abbandonata l'idea (peraltro solo astrattamente condivisibile) secondo cui l'uniformità normativa avrebbe consentito un eguale sviluppo di tutto il paese. Emblematica, a questo proposito, è l'approvazione di una legge speciale per il risanamento urbanistico della città di Napoli (l. n. 2892 del 1885) che consentì una più equa applicazione dell'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità rispetto a quanto previsto dalla legge fondamentale n. 2359 del 1865⁹. Non a caso si è fatto riferimento all'equità. E' proprio l'esigenza di una correzione degli squilibri dettati dalla pura applicazione delle leggi di mercato che ha determinato un

⁸ Nello stesso senso deve essere intesa l'istituzione delle camere di commercio, che non erano enti pubblici ma strutture corporative dirette a garantire l'autoregolamentazione e la tutela degli interessi delle categorie produttive. In questo senso S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, cit., p. 11.

⁹ La legge n. 2359 del 1865 prevedeva che l'indennizzo corrispondesse al giusto prezzo del bene oggetto di un'ipotetica compravendita. Considerando lo stato di degrado dei quartieri di Napoli interessati dall'opera di riqualificazione urbana (cui l'espropriazione era preordinata) l'indennizzo sarebbe stato del tutto irrisorio. Si decise così di superare la regola del giusto prezzo di mercato (di chiara ispirazione liberista) imponendo una quantificazione dell'indennizzo corrispondente alla media del valore di mercato del bene e del valore dei fitti coacervati nell'ultimo decennio. In alternativa, nel caso non fosse noto quest'ultimo valore, il secondo termine dell'operazione matematica sarebbe stato individuato nell'imponibile netto agli effetti dell'imposta dei redditi sui terreni e sui fabbricati.

sempre crescente impiego di risorse pubbliche in quei settori dell'economia (*in primis* quello delle opere di rilevanza pubblica) in cui la presenza o meno dell'intervento statale determina conseguenze sul piano della giustizia sociale e dell'eguaglianza sostanziale. Si comprende così l'incremento sia dei contratti tra Stato e soggetti privati aventi ad oggetto l'esecuzione di opere di rilevanza strategica per un paese sulla via dell'industrializzazione, sia degli interventi volti a implementare le reti infrastrutturali; prima fra tutte, quella ferroviaria, con il riscatto delle varie concessioni a privati gestori e l'istituzione, nel 1905, dell'Azienda delle Ferrovie dello Stato. Lo Stato decide quindi di assumere le vesti dell'imprenditore sostituendosi ad una pluralità di gestori privati con l'intento di garantire (e non semplicemente offrire, come potrebbe fare un comune imprenditore) un servizio fondamentale come quello del trasporto ferroviario. Di lì a pochi anni vennero poi istituite altre imprese pubbliche in diversi settori strategici: telecomunicazioni, credito e assicurazioni¹⁰. Il liberismo cede, dunque, definitivamente il passo ad una politica di sempre maggiore interventismo.

Tale cambiamento di prospettiva si manifesta in particolar modo con l'avvento del regime fascista, la cui politica accentratrice porta ad un vero e proprio dirigismo economico attuato sia tramite leggi di pianificazione e programmazione¹¹, sia attraverso una riserva alla mano pubblica di

¹⁰ Il riferimento è alla costituzione dell'Impresa per la telefonia interurbana (1907), della Banca Nazionale del Lavoro (1913) e dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni (1913).

¹¹ Basti pensare, a titolo di esempio, alla legge sulla pianificazione urbanistica n. 1150 del 1942. Il diritto di proprietà viene pesantemente limitato dai vincoli della pianificazione, dando rilievo centrale allo strumento urbanistico comunale (prg); inoltre, viene disciplinata dettagliatamente l'attività privata, con una serie di norme che introducono le *lottizzazioni* ed i *comparti edificatori* (strumenti esecutivi per attuare i piani particolareggiati), la *licenza edilizia* per l'edificazione nei centri abitati e nelle zone di espansione, le *sanzioni* in caso di violazione delle norme urbanistiche.

numerose attività economiche da gestire in via diretta o tramite concessione (tra i settori maggiormente significativi ricordiamo quello della telefonia, delle radiodiffusioni e del trasporto marittimo). Nel contempo, anche in mancanza di un regime di riserva, l'esercizio di molte altre attività imprenditoriali¹² venne comunque sottratto alla libera iniziativa economica degli operatori di mercato e sottoposto ad un vaglio di compatibilità con l'interesse pubblico¹³.

Laddove lo Stato decise di intervenire in via diretta, uno degli strumenti maggiormente efficaci si dimostrò l'istituzione di enti pubblici con compiti operativi¹⁴; enti – imprenditori investiti del ruolo di operatori di mercato ma, allo stesso tempo, soggetti pubblici con poteri derogatori rispetto al diritto comune, giustificati dalla finalità programmatica e dirigista che portò alla loro istituzione. La caratteristica di questi soggetti era, infatti, quella di disporre di prerogative di tipo regolatorio del settore in cui operavano assieme ad altri soggetti privati. Evidente appare allora il privilegio che, con le categorie giuridiche moderne, potrebbe essere definito come un vantaggio lesivo della concorrenza. Naturalmente, però, l'idea che la concorrenza e la parità delle *chances* competitive degli operatori economici sia un obiettivo da perseguire e un valore sotteso alla politica economica di un paese era ben lungi dal trovare concreta applicazione.

Ulteriore conferma del ruolo di protagonista nel rilancio dell'economia nazionale interpretato dallo Stato può essere trovata nelle numerosissime partecipazioni azionarie detenute dal soggetto pubblico che, dunque, nella

¹² Mi riferisco, in particolare, al settore delle imprese assicurative, a quello creditizio e al commercio, sottoposti ad un regime autorizzatorio tra il 1923 e il 1936.

¹³ Si parla di "*passaggio da un regime di accesso libero ad uno di accesso controllato*" in S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, cit., p. 15.

¹⁴ Enti di questo tipo vennero istituiti nei settori della seta, del riso, dei fertilizzanti, della carta, del metano, del vino, del turismo e molti altri ancora.

veste di socio (spesso di maggioranza) era in grado di condizionare indirettamente le strategie imprenditoriali di operatori economici formalmente privati. Tale fenomeno assunse proporzioni assai maggiori nel momento in cui venne fondato l'Istituto per la Ricostruzione Industriale (1933), con l'obiettivo di evitare il fallimento delle principali banche italiane (Banca Commerciale, Credito Italiano e Banco di Roma) e con esse il crollo dell'economia, già provata dalla crisi mondiale iniziata nel 1929. Le banche citate erano azioniste di numerose e importanti società che svolgevano un ruolo di primo piano in diversi settori dell'economia, dai servizi pubblici alla meccanica, dalla siderurgia alla cantieristica. La pesante recessione di quegli anni portò tali aziende a chiedere sempre maggiori finanziamenti alle banche – azioniste, con conseguente aumento dell'esposizione debitoria che mise a repentaglio non solo la sopravvivenza delle società ma anche la stabilità del sistema bancario e, più in generale, dell'economia nazionale. Lo Stato decise quindi di intervenire imponendo agli azionisti delle banche e alle banche stesse la cessione delle partecipazioni azionarie in loro possesso (che potremmo definire tossiche) al nuovo Istituto (IRI) che, di fatto, si trovò a controllare sia le banche sia le società di cui queste erano azioniste. In altre parole, l'IRI divenne la prima *holding* pubblica del nostro paese e, per suo tramite, lo Stato assunse il controllo di larga parte di settori strategici dell'economia.

L'assetto della politica interventista, di cui si è cercato di delineare solo qualche tratto caratterizzante¹⁵, ben presto dovette confrontarsi con

¹⁵ Merita un accenno anche l'ordinamento corporativo. Tra il 1930 e il 1934 vennero istituite ventidue corporazioni, organi dello Stato cui era attribuita la funzione di collegamento fra le organizzazioni sindacali di uno stesso ramo produttivo e tra categorie d'impresе, con facoltà di emettere norme giuridiche per la disciplina della produzione e dei rapporti di lavoro. Le corporazioni formavano con i loro rappresentanti il Consiglio Nazionale delle Corporazioni, organo collegiale i cui membri, insieme ai rappresentanti del Partito

l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e, in particolare, con i principi che essa sancì nella materia che ci interessa. In particolare, l'art. 41 sancisce che l'iniziativa economica è libera, mentre l'art. 42 dispone che la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge. Nel contempo, però, a fronte di un espresso riconoscimento del diritto di proprietà e della libertà dell'iniziativa economica, ne vien prevista la c.d. funzionalizzazione rispetto all'utilità sociale. Di qui, come una sorta di corollario dell'immanente principio di prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato, la previsione dell'art. 42, che consente l'espropriazione della proprietà per motivi di interesse generale, e quella dell'art. 43 che, come noto, consente di espropriare imprese o categorie di imprese. È fuor di dubbio che la garanzia del diritto di proprietà e il principio di libertà dell'iniziativa economica non siano in contrasto con il vincolo dettato dall'utilità sociale cui si fa cenno nella carta costituzionale. Tuttavia, è bene precisare che l'equilibrata composizione di interessi pubblici e privati che emerge dal dettato costituzionale ha determinato un vivo (e mai del tutto sopito) dibattito dottrinale in merito alla preponderanza degli uni o degli altri. L'art. 41 sembra presentare un'ambiguità di fondo che si percepisce chiaramente leggendo i tre commi che lo compongono. Il primo sancisce in modo categorico la libertà dell'iniziativa economica privata; il secondo precisa che tale libertà non può spingersi sino al punto di porsi in contrasto con l'utilità sociale (concetto, peraltro, molto vago, suscettibile di varia interpretazione, e quindi potenzialmente in grado di giustificare livelli

Nazionale Fascista, costituiva la Camera dei fasci e delle corporazioni, istituita con legge n. 129 del 1939. In sostanza, gli esponenti dei diversi rami della produzione entravano a far parte delle corporazioni e, per questa via, gli interessi delle varie categorie trovavano tutela direttamente in seno all'organo costituzionale che aveva preso il posto della Camera dei deputati. Grazie al modello corporativo, pertanto, il controllo dello Stato sull'economia nazionale avrebbe dovuto essere garantito proprio dall'assorbimento dei rappresentanti delle corporazioni nell'architettura istituzionale del paese.

anche sensibilmente diversi di libertà d'iniziativa); il terzo circoscrive ulteriormente il liberismo ispiratore del primo comma ponendo le basi per una vera e propria programmazione economica il cui scopo è quello di indirizzare e coordinare l'attività economica affinché possa perseguire finalità sociali. Come rilevato da autorevole dottrina, questo articolo sembra essere il frutto di un evidente compromesso tra l'ideologia capitalista e quella socialista¹⁶.

L'art. 42 presenta caratteristiche non dissimili dalla norma che lo precede. Il secondo comma, in particolare, dispone che la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge (e questa è la parte di ispirazione liberale) ma, nel contempo, quest'ultima ne determina i modi d'acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La formula usata dal costituente è tale da giustificare un'interpretazione in chiave di funzionalizzazione¹⁷: *“il proprietario non può godere del bene se non nei limiti in cui tale godimento sia giustificato da un interesse generale e, viceversa, la proprietà può essere sempre compromessa quando ciò sia utile socialmente”*¹⁸.

Tuttavia, se da un lato è innegabile che le citate disposizioni possano essere utilizzate per giustificare (o sostenere) una vocazione maggiormente sociale all'assetto economico nazionale, dall'altro è parimenti condivisibile

¹⁶ Così R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2009, p. 538.

¹⁷ Il concetto di funzionalizzazione è stato utilizzato soprattutto per dare un inquadramento teorico all'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità che costituisce la limitazione più radicale del diritto di proprietà; diritto che, è bene evidenziarlo, non è stato inserito tra quelli inviolabili della persona indicati nella prima parte della Costituzione. L'interesse pubblico sotteso all'espropriazione non costituirebbe una condizione esterna preclusiva rispetto alla pienezza del diritto ma sarebbe parte rilevante del suo stesso contenuto, enfatizzandone, così, la funzione sociale. In questi termini F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, p. 838.

¹⁸ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 213.

L'impostazione di chi in esse scorge il fondamento liberale che ispira la nuova costituzione economica. Quest'ultima posizione potrebbe sembrare in contrasto con la lettera delle norme costituzionali che abbiamo preso in considerazione, ma l'impressione è destinata a perdere consistenza se si cerca di chiarire il concetto di utilità sociale. I tre commi dell'art. 41 tentano sì di conciliare la dichiarazione di libertà dell'iniziativa economica con la qualificazione sociale dello Stato repubblicano, imperniato cioè sui valori solidaristici e sul primato della persona, tuttavia tale libertà è rimasta preservata nella sua essenza in virtù dell'esclusione di ogni forma di collettivismo¹⁹. I limiti che pur vengono richiamati, pertanto, devono intendersi quali limiti esterni, incapaci di condizionare in positivo il contenuto della libertà economica. In particolare, l'utilità sociale cui si fa riferimento al secondo comma dell'art. 41, rappresenta certamente un limite al dispiegarsi dell'iniziativa economica privata ma, dal punto di vista contenutistico, essa va ricondotta a quei valori che la Costituzione stessa protegge con norme puntuali: si pensi alla libertà personale, a quella d'espressione, di informazione, al diritto alla salute, alla tutela dell'ambiente²⁰. Per questa via, si può dunque affermare che la libertà economica non deve necessariamente perseguire gli obiettivi di una pianificazione che subordina la realizzazione dell'interesse privato al suo

¹⁹ In questo senso V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 52

²⁰ La Corte costituzionale ha spesso giustificato i limiti apposti all'esercizio della libertà economica argomentando la loro rispondenza ai requisiti dell'utilità sociale attraverso un collegamento con altri beni costituzionalmente garantiti in modo espreso, individuandoli variamente nella tutela della donna lavoratrice (Corte cost., 14 febbraio 1969, n. 27), nel diritto al mantenimento e all'assistenza sociale (Corte cost., 27 febbraio 1969, n. 36), nella garanzia del diritto dei lavoratori al riposo settimanale (Corte cost., 5 aprile 1974, n. 111), nella tutela della salute e dell'ambiente (Corte cost., 20 maggio 1998, n. 196 e 6 giugno 2001, n. 190). Tutte le sentenze citate sono consultabili su www.giurcost.org.

conformarsi ai superiori interessi pubblici individuati dal legislatore. Se così fosse, d'altro canto, la libertà d'iniziativa economica non potrebbe nemmeno essere considerata oggetto di una situazione giuridica soggettiva pienamente tutelata dall'ordinamento ma un mero interesse legittimo. L'utilità sociale, al pari della sicurezza, la libertà e la dignità umana richiamati dalla norma, deve essere intesa quale limite negativo ed esterno rispetto alla libertà d'iniziativa economica che rimane, pertanto, un diritto costituzionalmente garantito nella sua pienezza, i cui atti d'esercizio, tuttavia, devono rispettare i principi solidaristici che informano l'ordinamento nel suo complesso²¹.

Aderendo a questa ricostruzione teorica è possibile, allora, emancipare il principio della libertà d'iniziativa economica dall'idea di una sua funzionalizzazione intrinseca rispetto alle ragioni di utilità sociale (positivamente intese come obiettivo necessario dell'attività economica privata). Ricostruzione che, è bene evidenziarlo sin d'ora, si è dimostrata maggiormente coerente con l'ordinamento comunitario ed i principi che questo ha posto in vista della creazione e dello sviluppo del mercato unico europeo. La libera circolazione di beni, servizi e capitali, la libertà di stabilimento e la libera concorrenza tra gli attori del mercato presuppongono, infatti, che le diverse libertà economiche possano coesistere senza subire condizionamenti che riducano le *chances* competitive dei vari operatori e che, in ultima analisi, possano essere esercitate in un mercato non etero-diretto a livello politico in vista del raggiungimento di interessi superiori. La funzionalizzazione dell'iniziativa economica, pertanto, sarebbe un ostacolo insormontabile per lo sviluppo di un mercato

²¹ In questo senso si legga F. CINTIOLI, *Concorrenza istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, p. 7. Lo stesso ragionamento ben si attaglia anche in riferimento al diritto di proprietà: situazione giuridica pienamente tutelata il cui godimento non è però del tutto svincolato dal rispetto di prescrizioni dettate da ragioni di utilità sociale.

europeo liberalizzato e, in quanto tale, maggiormente equo nei confronti dei soggetti che vi operano proprio perché governato da regole tecniche tendenzialmente neutrali e non determinate da scelte (campanilistiche o nazionalistiche) di politica economica riconducibili ai singoli Stati membri.

Tuttavia, prima che il diritto dell'Unione europea acquisisse una posizione centrale nella gerarchia delle fonti in virtù dei vincoli derivanti dalla ratifica dei vari trattati comunitari, la questione relativa all'interpretazione da dare agli articoli della c.d. costituzione economica non poteva certo dirsi di facile soluzione²². Da un lato il modello dello stato interventista, dall'altro un liberismo temperato dall'esigenza di salvaguardare i valori supremi garantiti dalla prima parte della Costituzione, relativi ai diritti fondamentali della persona. Vista, allora, l'ambiguità di fondo della Carta fondamentale e vista la contrapposizione politica tra il blocco socialista-comunista e quello cattolico-liberale, tra gli anni cinquanta e ottanta si imposero i concetti di costituzione economica mista e di economia amministrata.

In questo quadro economico – normativo dal carattere fluido, lo Stato si trovò dunque nella posizione di dover scegliere fin dove potesse spingersi la sua azione nel tentativo di perseguire l'obiettivo dello sviluppo economico senza, tuttavia, sacrificare la libertà dell'iniziativa privata. Un esempio della politica interventista di quegli anni può essere ravvisato nella modalità di gestione del gran numero di partecipazioni azionarie (dirette e indirette) detenute dall'IRI e dai vari Ministeri.

²² È evidente che con la ratifica dell'Atto unico europeo e del Trattato di Maastricht del 1992 l'Italia ha aderito ad un mercato europeo aperto e concorrenziale. Di qui l'esigenza di interpretare gli artt. 41 e 42 Cost. in senso conforme ad un modello economico tendenzialmente liberale, pena l'insanabile contrasto tra l'adesione dell'Italia alla Comunità europea e i principi cardine della nostra Carta costituzionale.

A seguito di un'indagine compiuta da una commissione presieduta dall'on. Ugo La Malfa sulla consistenza delle partecipazioni statali e sulla loro incidenza in settori nevralgici dell'economia nazionale, si decise di istituire un apposito Ministero²³ con il compito di gestire in modo unitario, cioè sulla scorta di precisi indirizzi di politica economica, l'azionariato in mano pubblica. Tale gestione, tuttavia, si articolava su tre livelli: il Ministero forniva le linee programmatiche stabilite a livello politico e controllava diversi enti pubblici economici che, a loro volta, controllavano per mezzo delle partecipazioni azionarie le società di cui risultavano soci. Alla base della scelta di istituire il Ministero vi fu la convergenza della sinistra democristiana e della sinistra parlamentare volta ad indirizzare lo sviluppo economico del Paese creando occupazione, rilanciando zone depresse, e promuovendo attività trascurate dall'iniziativa privata. Questi obiettivi avrebbero potuto essere raggiunti grazie all'intervento dello Stato volto a sostenere determinati rami di produzione industriale, fra i quali anche quelli alimentare e farmaceutico, proteggendoli dai rischi connessi

²³ Il Ministero delle partecipazioni statali venne istituito con legge 22 dicembre 1956, n. 1589. Ai sensi dell'art. 2 della legge, vennero devoluti al Ministero delle partecipazioni statali tutti i compiti e le attribuzioni spettanti al Ministero delle finanze per quanto attiene alle partecipazioni da esso gestite ed alle Aziende patrimoniali dello Stato. Al predetto Ministero vennero egualmente devoluti tutti i compiti e le attribuzioni che, secondo le disposizioni allora vigenti, spettavano al Consiglio dei Ministri, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, a Comitati di Ministri o a singoli Ministri relativamente all'I.R.I., all'E.N.I. e a tutte le altre imprese con partecipazione statale diretta o indiretta. Le direttive di politica economica e i conseguenti puntuali interventi nella gestione delle partecipazioni azionarie non erano però rimesse all'esclusivo apprezzamento del Ministro delle partecipazioni statali. Questi doveva concordare l'indirizzo generale con i ministri interessati ai vari settori nei quali lo Stato era presente con proprie partecipazioni azionarie. A tale scopo venne istituito presso il Ministero il Comitato permanente per le partecipazioni statali presieduto dal Presidente del Consiglio dei Ministri e composto, oltre che dal Ministro delle Partecipazioni Statali, dai Ministri del Bilancio, del Tesoro, dell'Industria e il Commercio e del Lavoro e della Previdenza Sociale, il cui ruolo istituzionale era quello di coordinare l'azione del Ministero.

alle dinamiche del libero mercato che, per sua natura, premia chi si trova in posizione di vantaggio rispetto agli altri *competitors*. L'azione statale aveva, infatti, un duplice obiettivo: svincolare l'approvvigionamento di materie prime essenziali dal predominio di gruppi stranieri (che, sfruttando la loro posizione dominante avrebbero impedito alle imprese nazionali di accrescere la loro competitività) e impedire il formarsi di pericolosi monopoli privati che avrebbero acuito il differente grado di sviluppo tra il nord del paese, maggiormente sviluppato, e il sud caratterizzato da un'economia prevalentemente agricola e che non aveva ancora conosciuto una vera industrializzazione.

Lo Stato, inoltre, nel tentativo di creare i presupposti per lo sviluppo di settori dell'economia ritenuti strategici si adoperò non solo in veste di attore (diretto o indiretto) dell'economia reale a mezzo delle sue innumerevoli partecipazioni ma anche facendo uso dello strumento dei finanziamenti pubblici. La legislazione degli anni sessanta e settanta, infatti, si caratterizzò per la previsione di diverse forme di finanziamento dirette ad incentivare gli investimenti privati. Si sono così registrati interventi diretti a favorire l'ammodernamento e la riconversione dell'apparato industriale, a velocizzare la trasformazione dell'attività agricola per renderla maggiormente competitiva ed efficiente, a sostenere la ripresa economica di aree depresse o colpite da calamità naturali. Molti settori dell'economia, in altre parole, vennero fortemente sostenuti con immissione di denaro pubblico o (per altro verso) mediante risparmio di spesa da parte degli investitori privati, con l'intento di dare una spinta decisiva – e nella direzione voluta – all'economia di un paese che viveva un momento di grande crescita.

Il ruolo di primo piano assunto nell'economia nazionale con la gestione delle partecipazioni, di cui si è detto, e la previsione di finanziamenti diretti

o indiretti a sostegno degli investimenti privati sono indici rivelatori di una precisa strategia politico – economica adottata nel corso degli anni sessanta e che, comunemente, si riconduce al concetto di programmazione. In quegli anni vi fu una sostanziale convergenza delle forze politiche nel sostenere l'idea che lo Stato dovesse farsi carico di indirizzare e sostenere la crescita economica verso “finalità sociali” ma, almeno inizialmente, non vi era accordo circa il modo di perseguire tale obiettivo²⁴. Il dibattito, evidentemente, era legato alla questione se l'art. 41 Cost. imponesse un modello economico dirigistico, oppure se i limiti da esso posti, pur lasciando ampi spazi al legislatore, escludessero ogni forma di pianificazione economica. La tesi più corretta, che poi prevalse, sembrò la seconda, anche perché l'art. 41 Cost. utilizzava il termine «programmi», in luogo di «piani», mostrando, perciò, di preferire una programmazione meramente indicativa e per incentivi. Va detto, comunque, che, pur non essendo mancati programmi a livello settoriale, è fallito l'unico tentativo, operato con la legge n. 685 del 1967, di introdurre una forma di programmazione economica globale²⁵. Troppe, infatti, sono le variabili che complessivamente determinano il successo o l'insuccesso di un programma economico pluriennale. Basti pensare che, in sede di elaborazione, qualunque legge di programmazione si basa su dati destinati ad un

²⁴ L'esigenza di ricorrere alla programmazione economica cominciò a sorgere nel corso degli anni cinquanta, gli anni del cosiddetto “miracolo economico”. Tale “miracolo”, che consisteva in uno sviluppo molto rapido dell'economia del paese, mise anche a nudo, nel suo divenire, squilibri economici e sociali che la classe politica cominciò a giudicare non tollerabili: ad esempio lo squilibrio crescente tra livello di vita della popolazione del mezzogiorno rispetto a quello del centro-nord; oppure la differenza di redditi tra lavoratori dell'agricoltura e quelli dell'industria.

²⁵ La legge n. 685 del 1967, sotto il profilo contenutistico, si dimostrò (fin troppo) ambiziosa perché teneva conto, nell'attività di calcolo ricostruttivo e revisionale, dell'intera economia italiana (così M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 287).

rapidissimo invecchiamento e, in sede di attuazione, è molto difficile che le misure di politica economica prefigurate siano sufficienti per fare in modo che gli investimenti vengano effettuati nelle quantità, nei modi e nei tempi voluti. D'altro canto, in un'economia di mercato l'iniziativa economica privata è e non può essere che libera e, come tale, suscettibile di estrinsecarsi in modi e in direzioni difficilmente prevedibili, data la moltitudine di centri decisionali che la caratterizza. Se, tuttavia, il tentativo di dare vita ad una programmazione globale non ebbe il successo sperato, non si può negare che vari programmi settoriali (quello elettrico e quello dell'industria chimica, ad esempio) diedero buona prova di sé ed ebbero un peso non trascurabile nello sviluppo dell'economia nazionale.

Assieme alla politica di programmazione a partire dagli anni sessanta videro la luce le c.d. istituzioni del benessere; interventi pubblici diretti non tanto ad indirizzare l'economia privata verso fini sociali (compito precipuo della programmazione) quanto piuttosto a dare attuazione al principio di eguaglianza sostanziale garantendo un elevato livello delle prestazioni sociali (*welfare state*). Nel 1962 venne istituita la scuola media come scuola dell'obbligo, nel 1978 venne istituito il servizio sanitario nazionale, nel 1974 si introdusse la pensione sociale e al 1975 risale la principale riforma della Cassa integrazione guadagni. Queste innovazioni rappresentano, a ben vedere l'attuazione (conforme al concetto di uguaglianza sostanziale) di alcuni dei principi sanciti in Costituzione a tutela della persona e della sua dignità. L'art. 34 prevede, infatti, l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione inferiore per almeno otto anni, l'art. 32 assicura il diritto del cittadino alla salute (inteso come diritto alle cure, alla prevenzione e anche alla tutela dell'ambiente), l'art. 38 prevede che ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. Lo Stato, in altre parole, assunto il

ruolo di imprenditore sociale e garante del benessere dei cittadini, si è fatto carico delle varie situazioni di bisogno per assicurare a tutti le condizioni minime per il pieno sviluppo della persona umana, eliminando così, almeno in parte, le disuguaglianze determinate dal censo e anche dagli eventi imprevedibili che possono condizionare negativamente la vita di ciascun individuo e della sua famiglia (es. malattie, disoccupazione, morte, e così via)²⁶.

Ciò chiarito, si può concludere che, fin sul finire degli anni ottanta, l'attività dello Stato nell'economia nazionale si è caratterizzata per la presenza di interventi sia diretti che indiretti.

Tra i primi spicca l'attività del c.d. Stato – imprenditore che opera attivamente come operatore di mercato per il tramite di imprese pubbliche. Queste possono essere imprese – organo (o aziende autonome, cioè prive di personalità giuridica ma dotate di autonomia patrimoniale, gestionale e contabile), imprese – enti, in particolare enti pubblici economici²⁷ e, infine,

²⁶ Tale ruolo dello Stato venne teorizzato per la prima volta da lord William Beveridge nel 1942, che ricevette l'incarico dal primo ministro di Gran Bretagna Winston Churchill di studiare un sistema di protezione sociale obbligatoria capace di tutelare tutte le classi sociali. Lo studioso inglese formulò quindi una proposta di riforma dell'assistenza sociale denominata *Social Insurance and Allied Service*, meglio nota come "rapporto Beveridge", basata su tre capisaldi fondamentali: Un sistema previdenziale capace di intervenire in tutti i momenti critici della vita di una persona; un sistema di assistenza sanitaria universale e accessibile gratuitamente a tutti; una politica economica basata sul pieno impiego e la riduzione progressiva della disoccupazione. Le proposte di Beveridge vennero almeno in parte realizzate dal governo laburista guidato dal Clement Attlee (succeduto a Churchill nel 1945) e poi, sia pur con diverse sfumature, vennero recepite nelle politiche economiche di Germania, Francia e Italia.

²⁷ L'ente pubblico economico è definibile come quel soggetto amministrativo che svolge attività imprenditoriale agendo in regime di diritto privato e concorrenziale rispetto alle imprese private. L'ente, inoltre, deve "svolgere la sua attività conseguendone ricavi idonei, almeno tendenzialmente, a coprire i costi e le eventuali perdite, mentre non sono decisivi né il perseguimento di utilità di carattere generale, né la mancanza di un fine speculativo, inteso come

imprese – società per azioni con partecipazioni pubbliche (spesso di maggioranza). Tra gli interventi indiretti si possono annoverare le politiche di programmazione, volte a fornire indirizzi e a condizionare lo sviluppo dei diversi settori produttivi, ma anche tutti quegli interventi, da ultimo ricordati, che sono soliti essere ricondotti alle c.d. istituzioni del benessere.

1.1.2 – Il cambiamento del ruolo dello Stato e, in generale, della pubblica amministrazione nell'economia. Questioni di metodo e obiettivi dell'analisi.

Nelle pagine che precedono si è cercato di tratteggiare con qualche veloce pennellata il quadro della politica interventista che ha caratterizzato per lungo tempo l'economia del nostro paese. L'intento che ha animato l'azione dei pubblici poteri può essere ricondotto ad una duplice esigenza: da un lato, guidare la crescita del paese a livello interno, cercando di stimolare lo sviluppo, gli investimenti e l'occupazione soprattutto nei settori e nelle aree maggiormente depresse, dall'altro, proteggere questa crescita dal potere economico dei paesi e dei mercati esteri più avanzati o, comunque, maggiormente competitivi.

Un'economia nascente come quella italiana del secondo dopoguerra doveva essere difesa dallo Stato per garantire le migliori condizioni per il suo sviluppo ma, così come accade per le persone, anche i sistemi economici devono sostenersi con le loro forze dopo un primo periodo in cui hanno potuto crescere evitando i pericoli provenienti dall'esterno. L'intervento statale, infatti, non può essere né idoneo né sufficiente per garantire la solidità e soprattutto la competitività di un'intera economia chiamata a confrontarsi con sfide di livello globale. Deve essere il mercato a

conseguimento e distribuzione di utili" (così Cass. Sez. un., 28 dicembre 1990, n. 12207, in *Mass. Giur. it.*, 1990).

selezionare prodotti e imprese in grado di reggere il confronto con i vari competitors nazionali e internazionali e sempre il mercato, attraverso le dinamiche della libera concorrenza, rappresenta lo strumento in grado di assicurare la migliore allocazione delle risorse e dei fattori di produzione in funzione dell'innalzamento della qualità e della diminuzione dei costi.

Fatta questa premessa, è evidente che il ruolo dello Stato cambi radicalmente in concomitanza con l'accresciuto grado di sviluppo maturato dall'economia nazionale sul finire del secolo scorso. Gli interventi volti a creare e modellare il mercato hanno lasciato spazio a interventi diretti a favorire il suo spontaneo sviluppo, ridando in questo modo centralità alla libertà economica dei singoli. Questa apertura alle leggi di mercato, tuttavia, si è giustamente accompagnata ad una preziosa attività regolatoria, necessaria per evitare condizioni patologiche negli inevitabili squilibri che caratterizzano i rapporti di forza tra operatori e utenti, destinate a ripercuotersi sulla condizione di uguaglianza sostanziale che lo Stato ha il compito precipuo di difendere.

Naturalmente il percorso descritto non solo è ancora in corso ma si caratterizza per una sensibile resistenza della mano pubblica a rinunciare ad un ruolo da protagonista nei rapporti economici, verosimilmente alimentato dal timore di perdere il controllo della politica industriale del paese, sia dal timore che possano essere sacrificati interessi fondamentali aventi una forte valenza sociale.

Nelle pagine che seguono, pertanto, si ritiene opportuno analizzare alcuni degli aspetti peculiari di questa fase di transizione, mettendone in evidenza le criticità soprattutto in relazione alla dicotomia pubblico – privato che informa l'agire del legislatore e dell'amministrazione ogniqualvolta venga in rilievo l'interdipendenza tra attività economica e interessi di rilevanza pubblicistica. In particolare ci si soffermerà innanzi tutto sul fenomeno

delle privatizzazioni delle imprese pubbliche che plasticamente rappresenta la difficoltà di condurre l'attività economica che prima faceva capo allo Stato lungo la via del libero mercato. Ad una privatizzazione solo formale si è accompagnato il permanere di vincoli fin troppo stringenti con l'ente pubblico di riferimento che non si è limitato ad esercitare i poteri derivanti dalla puntuale applicazione della disciplina societaria ma ha continuato ad esercitare un'influenza anche politica sulla *governance* della neo costituita società, facendo persino dubitare in ordine alla sua natura pubblica o privata. Ciò che si vorrà mettere in luce, a questo proposito, è come la scarsa emancipazione di queste nuove entità giuridiche dalla mano pubblica abbia generato un operatore di mercato che almeno per alcuni aspetti va considerato parte dell'Amministrazione e a cui sono applicabili, in relazione ad aspetti specifici della sua attività, le norme riferibili agli enti pubblici.

In secondo luogo, ci si occuperà dei poteri speciali che lo Stato ha continuato a mantenere anche dopo il completamento del processo di privatizzazione sostanziale, mettendone in luce il carattere distorsivo rispetto agli equilibri del libero mercato e la scarsa compatibilità con i principi del diritto comunitario.

Infine, l'attenzione verrà focalizzata sul ruolo fondamentale assunto dalle autorità amministrative indipendenti nel nuovo contesto giuridico economico plasmato dalle istituzioni comunitarie e caratterizzato dal generale divieto per la mano pubblica di condizionare le libertà economiche (di circolazione, di stabilimento, di prestazione). Alle c.d. authorities viene infatti affidato un ruolo di garanzia, dovuto alla posizione di soggetto terzo e neutrale, non condizionato dall'esecutivo, che si traduce nell'adozione di atti regolatori e sanzionatori, senza dimenticare l'importante funzione d'impulso nei confronti del legislatore a produrre norme capaci di superare

eventuali ostacoli alla libertà d'iniziativa economica o comunque elementi di criticità che determinano i c.d. fallimenti del mercato e impediscono l'equilibrato sviluppo di un determinato settore economico. In particolare ci si soffermerà sulla funzione regolatoria delle autorità garanti e su quegli aspetti della loro attività, che è pur sempre attività amministrativa, maggiormente in grado di condizionare l'autonomia negoziale dei privati.

Ma procediamo con ordine e riprendiamo le fila del discorso legato alle imprese pubbliche e alla progressiva loro dismissione da parte dello Stato. Non è infatti possibile parlare del moderno Stato regolatore se prima non si capiscono le ragioni e le modalità che hanno contraddistinto l'apertura al mercato di numerosi settori economici e dei loro principali attori.

1.2 – Superamento del modello interventista e privatizzazione delle imprese pubbliche.

Verso la fine degli anni ottanta, il settore economico pubblico (cioè interessato dall'intervento diretto dello Stato in veste di imprenditore – azionista) aveva assunto una consistenza tale da rappresentare più di un quarto dell'intera economia nazionale.

Tuttavia, se almeno inizialmente aveva contribuito in modo significativo allo sviluppo del paese, il sistema delle partecipazioni statali (poi estesosi anche al livello delle amministrazioni locali) si rivelò, nel lungo periodo, del tutto inadeguato a fronteggiare le nuove sfide di un'economia sempre più globale. L'impresa pubblica, sul versante pratico, aveva generato un crescente *deficit* finanziario e, su quello teorico, risultava difficilmente compatibile con la creazione di un mercato unico europeo e con le altre istanze liberalizzatrici provenienti dalle istituzioni comunitarie²⁸.

²⁸ Rileva F. BELLOMO, in *Manuale di diritto amministrativo*, II vol., Padova, 2008, p. 642, che "un sistema di partecipazioni statali è da ritenersi conforme ai principi della libera concorrenza, se e

Sotto il primo profilo, in particolare, va segnalato che buona parte delle imprese pubbliche hanno dato luogo a dei fenomeni di inadeguata gestione finanziaria e di creazione di una struttura organizzativa sovrabbondante rispetto alle reali esigenze. La gestione non è stata guidata da criteri economico – imprenditoriali ma, troppo spesso, da logiche dettate dalla politica. Di qui l'accollo di attività anti economiche, investimenti poco redditizi e aumento eccessivo delle piante organiche, che hanno costretto lo Stato a ripianare le perdite, con aumento del debito pubblico.

A partire dai primi anni novanta, pertanto, si assiste ad un'inversione di tendenza con l'inizio di quei processi di privatizzazione delle imprese pubbliche, tutt'oggi non ancora giunti a termine. In particolare, la privatizzazione si è attuata con la trasformazione delle c.d. imprese – organo e delle imprese – ente in società per azioni. Una breve puntualizzazione è, tuttavia, necessaria in riferimento alle imprese ente e, più nello specifico, agli enti pubblici economici. Il processo di privatizzazione che li ha coinvolti ha avuto inizio con la legge 8 agosto 1992, n. 359, che ha trasformato l'IRI, l'ENI, l'INA e l'ENEL in società per azioni ed ha, contestualmente, attribuito al Ministero del Tesoro la totalità delle partecipazioni azionarie, sia pur in via provvisoria e in vista di una successiva collocazione presso il mercato degli investitori²⁹. Il dato che emerge in prima battuta, in ogni caso, è quello relativo alla scelta di riservare alla mano pubblica le azioni delle neonate società privatizzate. Lo

nella misura in cui esso sia rispettoso delle regole del mercato; qualora, di contro, siffatto intervento pubblico crei discriminazioni, rendite di posizione, oppure risultati antieconomici, si violano i principi in questione”.

²⁹ La citata legge ha, inoltre, attribuito al Comitato interministeriale per la programmazione economica il potere di deliberare la trasformazione in S.p.A. di enti pubblici economici, qualunque sia il loro settore di attività. Con questa procedura è stato trasformato in S.p.A. l'ente Ferrovie dello Stato, le cui azioni, anche in questo caso, sono state assegnate al Ministero del Tesoro.

Stato, pertanto, mantiene un ruolo di primo piano, sia pur non in veste di imprenditore ma di azionista, i cui diritti e poteri disciplinati dal diritto privato dovrebbero rappresentare l'unica via per influenzare la gestione della società. In secondo luogo, la privatizzazione fa emergere un problema di non poco momento relativo alle modalità di gestione delle attività prima istituzionalmente affidate agli enti pubblici poi trasformati in s.p.a.. L'ENI, ad esempio, era affidatario per legge della ricerca e della coltivazione di idrocarburi nella valle padana, l'ENEL aveva la funzione di produrre, trasportare e distribuire l'energia elettrica in veste di monopolista pubblico. Venendo meno gli enti pubblici di riferimento (data la loro privatizzazione) la legge n. 359 del 1992 stabilì che le attività loro riservate per legge restassero attribuite a titolo di concessione alle società per azioni che ne avevano preso il posto, per una durata di vent'anni. L'aver attribuito alle società la gestione delle rilevanti attività economiche, prima spettanti al monopolista pubblico, mediante il modello concessorio, ha precluso qualsiasi forma di concorrenza³⁰ e impedito il sorgere di un mercato dei servizi. Tale impostazione, evidentemente, si è poi rivelata in netto contrasto con i principi comunitari su cui si basa anche oggi l'Unione e, per questo motivo, dopo una prima fase di c.d. privatizzazione formale, si è dovuto procedere nella direzione di una sostanziale dismissione dell'impegno pubblico nella gestione, con vendita delle quote azionarie in base a modalità trasparenti e non discriminatorie.

³⁰ Così E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *La nuova costituzione economica*, cit., p. 229.

1.2.1 – (segue) Privatizzazioni formali e sostanziali.

A questo punto è bene chiarire i termini della contrapposizione tra privatizzazione formale e sostanziale³¹. La prima viene in rilievo quando l'ente pubblico assume la veste di soggetto di diritto privato ma, nella sostanza, il capitale societario, e con esso il controllo, permane alla mano pubblica. Al contrario, si può parlare di privatizzazione sostanziale quando la proprietà dell'impresa (pubblica) viene trasferita nelle mani di investitori privati che, di conseguenza, acquistano il controllo della società. Anche solo queste definizioni ci permettono di capire che la privatizzazione sostanziale rappresenta (o avrebbe dovuto rappresentare) il momento conclusivo di un processo di modernizzazione dell'intervento statale nell'economia che vede la privatizzazione formale come un necessario passaggio intermedio.

In realtà, la previsione troppo generica di tempi e modalità di dismissione delle partecipazioni azionarie, nonché la possibilità per lo Stato o gli enti di riferimento di continuare a controllare, sia pure indirettamente, l'attività demandata alle nuove società privatizzate, ha comportato il protrarsi per molti anni di un regime provvisorio e ibrido (formalmente privatistico, sostanzialmente pubblicistico). Questa realtà ha portato con sé vantaggi, da un lato, e numerosi problemi, dall'altro.

Quanto ai vantaggi, innanzi tutto bisogna partire dal presupposto che prima della privatizzazione l'impresa pubblica costituiva uno strumento della politica economica del governo. Le assunzioni, gli investimenti e la gestione nel suo complesso erano guidate da una logica pubblicistica, in vista del perseguimento di risultati sul piano politico piuttosto che su

³¹ Per un maggiore approfondimento sul tema si rinvia a *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P. G. MARCHETTI, Milano, 1995, nonché a F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996 e F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001.

quello economico³². Dopo la privatizzazione, tuttavia, alle neonate società si son dovute applicare le norme previste dal codice civile in materia di amministrazione, controllo e, soprattutto, bilancio societario, con conseguente implementazione del tasso di trasparenza e di “leggibilità” dei risultati di gestione³³. L’efficienza e l’economicità divengono obiettivi non più eludibili e la ricerca dell’utile d’esercizio allontana la gestione della società da investimenti e spese improduttive. Tale rinnovata prospettiva, in base alla quale non si poteva più riconoscere nella società un’articolazione dello Stato o uno strumento per il perseguimento di determinate politiche economiche, ha consentito di conseguire importanti risultati in termini di miglioramento degli equilibri di bilancio e, più in generale, in termini di risanamento di ex imprese pubbliche pesantemente indebitate quali, ad esempio Poste Italiane S.p.A. e Ferrovie dello Stato S.p.A.. Peraltro, un generoso impulso alla necessità di separare la politica (economica) dalla gestione delle ex imprese pubbliche è venuto dalle disposizioni comunitarie in materia di aiuti di stato e dalla giurisprudenza che le ha applicate, statuendo che la condotta finanziaria dello Stato non può considerarsi un atto illegittimo (solo) quando risponde alla logica dell’investimento del privato azionista³⁴. Se ne deduce che, anche in presenza di una

³² In questo senso si legga G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 59.

³³ Cfr. F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 648.

³⁴ Si legga, ad esempio, Corte giustizia UE 3 luglio 2003, cause riunite C-83/01 – C-93/01 – C-94/01. Quanto alla nozione di aiuto di stato si può dire che devono ricorrere i seguenti elementi: il beneficiario deve essere necessariamente un’impresa, da intendersi come qualsiasi entità che eserciti un’attività economica, a prescindere dalla sua natura giuridica, pubblica o privata, e dalle sue modalità concrete di funzionamento; il trasferimento di risorse deve avvenire da parte dello Stato o di organo intermedio, pubblico o privato, individuato dallo Stato, che gestisce per conto di quest’ultimo risorse pubbliche; la misura disposta dallo Stato deve apportare al beneficiario un vantaggio economico che altrimenti non avrebbe conseguito; al beneficio deve conseguire - anche solo potenzialmente - una

privatizzazione solo formale, lo Stato unico azionista deve necessariamente agire secondo una logica di tipo economico, perseguendo il fine di lucro tipico delle società commerciali. Ulteriore impulso al perseguimento del fine di lucro deriva poi dalla necessità di dover procedere (sia pur nel medio - lungo periodo) al perfezionamento del processo di privatizzazione. È evidente che la prospettiva del collocamento sul mercato delle partecipazioni azionarie induce ad una gestione più razionale e, dunque, in grado di massimizzare la domanda degli investitori e con essa il profitto generato dall'operazione di dismissione.

Quanto ai problemi che ha generato la privatizzazione formale, è innegabile che, nonostante l'accennata tendenza a perseguire logiche di tipo economico, le società in questione presentano caratteri tali da porsi ai limiti della compatibilità con il modello privatistico.

La privatizzazione degli enti pubblici economici e il riconoscimento in capo ai nuovi soggetti (apparentemente) operanti *iure privatorum* della titolarità di servizi aventi una rilevante e tipica valenza pubblicistica, ha alimentato il dibattito circa la configurabilità di enti pubblici a struttura societaria. In altre parole, dietro le vesti privatistiche della società per azioni si cela un ente pubblico o si tratta di una vera società, pur caratterizzata da un regime giuridico derogatorio rispetto al diritto comune? Queste società, infatti, al di là della qualificazione e della natura che si vuol loro attribuire, sono evidentemente caratterizzate da una disciplina sensibilmente diversa da quella codicistica, che riflette l'originario – forse persistente – legame con il soggetto pubblico e che vuol essere strumentale al perseguimento di finalità di stampo pubblicistico.

distorsione della concorrenza e quindi dei mercati (così Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 giugno 2007, n. 5140, in *Foro Amm. – Tar*, 2007, p. 2058).

Il problema, ad avviso di chi scrive, non deve essere affrontato sul piano nominalistico né tantomeno su quello della possibilità per un ente pubblico di assumere vesti societarie. In sostanza, voler rispondere alla domanda se una società può essere considerata un ente pubblico è quanto meno riduttivo e fuorviante se si pretende di dare una risposta rigida e, dunque, sempre valida. È necessario un approccio più pragmatico e, in primo luogo, bisogna verificare quali siano le deviazioni dal modello societario codicistico. Se possano essere considerate un semplice adattamento alla peculiare missione cui sono chiamate le *ex* imprese pubbliche privatizzate e, soprattutto, quali siano gli effetti di tali disposizioni derogatorie. In particolare quando presentino una consistenza tale da suggerire una qualificazione della società in termini pubblicistici³⁵. Il riferimento va a quelle ipotesi in cui alle singole disposizioni derogatorie si affiancano delle vere e proprie anomalie di struttura e funzionamento degli organi sociali che evidenziano l'innegabile legame con il soggetto pubblico di riferimento e la sua capacità di incidere dall'esterno sulle vicende della società³⁶.

³⁵ Si v., in particolare, il saggio di G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 801 ss., il quale suggerisce di abbandonare le teorie che si soffermano sulla natura da riconoscere ai soggetti privati a diverso titolo coinvolti nell'organizzazione amministrativa e di privilegiare, invece, un approccio metodologico che tenda a verificare i regimi giuridici applicabili a tali soggetti sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati. Sulla rilevanza dell'attività pubblica come elemento qualificante della società, si v. invece G. PAGLIARI, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica*, cit., p. 671 ss.. Per una difesa e conferma della teoria degli enti pubblici in forma societaria v. G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, pp. 221 ss..

³⁶ Secondo R. GAROFOLI, in *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, elemento sintomatico dell'attrazione nell'orbita pubblicistica delle società privatizzate è l'attribuzione in capo a soggetti pubblici diversi da quelli che rivestono la qualità di soci, di potestà il cui esercizio è destinato a produrre effetti sulle fondamentali determinazioni degli organi societari.

Sotto il profilo genetico, le società derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici si caratterizzano per essere state costituite non tramite un atto di autonomia negoziale (il contratto di società) ma grazie ad un atto legislativo³⁷ o, in alternativa, un atto amministrativo di un'autorità pubblica all'uopo autorizzata dalla legge (il CIPE).

Sotto il profilo del funzionamento degli organi sociali è interessante notare la disciplina introdotta dall'art. 15, comma 2, della legge n. 359 del 1992, secondo cui *“il Ministro del tesoro, al quale è stata attribuita la titolarità delle azioni delle società, eserciterà i diritti dell'azionista secondo le direttive del Presidente del Consiglio, d'intesa con il Ministro del bilancio e della programmazione economica e con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato”*. Se ne ricava la natura indubbiamente pubblica (per non dire politica) delle direttive e dell'intesa tra Presidenza del Consiglio e i Ministri citati, nonché la chiara influenza esercitata sull'organo assembleare da parte di soggetti che non detengono alcuna partecipazione azionaria. Ne consegue che l'attività della società viene eterodiretta da determinazioni ispirate da finalità pubblicistiche provenienti dall'esterno della compagine societaria, che condizionano l'esercizio dei poteri dell'azionista pubblico³⁸. In altre parole, il Ministero del tesoro – titolare delle azioni – risulta formalmente condizionato nell'attività di gestione dall'obbligo legislativamente previsto di ottemperare alle direttive e alle intese summenzionate; il che determina una notevole alterazione dei meccanismi di funzionamento e dell'autonomia degli organi societari. Autonomia ulteriormente limitata dalla previsione dell'art. 16 della legge n. 359 del 1992, in base alla quale il Ministero del tesoro (l'azionista) deve predisporre

³⁷ Il riferimento è al già citato caso della privatizzazione dell'ENI, dell'INA, dell'ENEL e dell'IRI ad opera della legge n. 359 del 1992.

³⁸ In questo senso G. ROSSI, *L'evoluzione del sistema elettrico nazionalizzato. In particolare il rapporto tra l'ENEL e le imprese degli enti locali*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1993, p. 22.

e trasmettere al Presidente del Consiglio un programma di riordino delle partecipazioni volto alla valorizzazione delle stesse *“anche attraverso la previsione di cessioni di attività e rami di aziende, scambi di partecipazioni, fusioni, incorporazioni e ogni altro atto necessario al riordino”*, sul quale le competenti commissioni parlamentari esprimono il proprio parere prima che sia approvato dal Consiglio dei Ministri. Considerando, poi, che buona parte delle decisioni sulle operazioni rientranti nei possibili sviluppi del piano di riordino sono state trasferite all'assemblea (dove l'unico azionista è, come detto, vincolato al rispetto delle direttive della Presidenza del Consiglio e delle intese con altri Ministeri), appare chiaro l'intento di rimettere una parte fondamentale dell'attività di gestione alle determinazioni adottate *extra moenia*, in sede pubblicistica e politica.

Prendiamo in considerazione il caso di Ferrovie dello Stato S.p.a., società per azioni costituita in seguito alla trasformazione – a mezzo delibera del CIPE³⁹ – dell'Ente Ferrovie dello Stato. Lo statuto adottato prevede che i diritti dell'azionista pubblico siano esercitati d'intesa tra i Ministeri del bilancio e della programmazione economica, del tesoro e dei trasporti. In più, vengono devolute all'assemblea ordinaria delle competenze anche maggiori di quelle previste nel modello legislativo poc'anzi tratteggiato; si pensi alle autorizzazioni per le cessioni delle linee ferroviarie, le cessioni o le acquisizioni di azioni di società partecipate quando determinano la perdita o l'acquisizione della quota di controllo, nonché l'approvazione dei programmi annuali e pluriennali della società. La compressione dell'autonomia funzionale degli organi societari appare evidente e, con essa, anche l'attrazione dell'attività della società (privata) nell'orbita del controllo pubblicistico.

³⁹ Delibera adottata in forza dei poteri attribuiti al CIPE dall'art. 18 della legge n. 359 del 1992, di cui si è già fatto cenno.

Chiarite alcune delle più rilevanti deviazioni dal modello codicistico è ora necessario capire quali possano essere le implicazioni derivanti da una privatizzazione formale che solo parzialmente emancipa la neo istituita società dall'influenza della mano pubblica.

1.2.2 - Privatizzazione formale e implicazioni in termini di sindacato contabile e riparto di giurisdizione.

Una prima riflessione riguarda l'assoggettabilità o meno delle società privatizzate al controllo della Corte dei conti.

Il dato normativo di partenza è rappresentato dall'art. 100 Cost., secondo cui la Corte dei conti "partecipa nei casi e nelle forme stabilite dalla legge al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisca in via ordinaria". Nel dare attuazione alla norma costituzionale, il legislatore ha previsto con la legge n. 259 del 1958 due tipologie di controlli: la prima (disciplinata all'art. 2) riguarda il controllo sugli enti che con carattere di periodicità ricevono dalla pubblica amministrazione contributi da oltre un biennio e quelli cui è continuativamente attribuito un potere impositivo; la seconda (disciplinata all'art. 12) riguarda il controllo sulla gestione finanziaria degli enti pubblici ai quali l'amministrazione dello Stato o un'azienda autonoma statale contribuisce con apporto al patrimonio in capitale o servizi, ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria⁴⁰. È evidente che quando le partecipazioni statali venivano gestite da appositi enti (pubblici) di gestione, la sottoposizione di questi ultimi al controllo

⁴⁰ Lo scopo principale del controllo ad opera della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati in via ordinaria dallo Stato (anche con apporto di capitale) è quello di offrire al Parlamento - per mezzo della relazione del giudice contabile - quei dati conoscitivi necessari per esercitare le prerogative di indirizzo e vigilanza in un settore assai rilevante per la finanza pubblica. In altre, più semplici, parole, il controllo può dirsi funzionalizzato alla tutela del patrimonio pubblico.

contabile era fuori discussione, così come lo era in riferimento agli altri enti pubblici economici (ad esempio, l'ENEL). La questione presenta aspetti più problematici a seguito della privatizzazione operata dalla legge n. 359 del 1992: la trasformazione in società per azioni è preclusiva alla qualificazione in termini di ente pubblico che, in base a quanto disposto dall'art. 12 della legge n. 259 del 1958, costituisce presupposto indefettibile per la sussistenza del controllo da parte del giudice contabile?

La Corte costituzionale ha tentato di fornire una risposta nella sentenza n. 466 del 1993⁴¹, con cui si è dovuta pronunciare sulla persistenza del controllo della Corte dei conti nei confronti degli *ex* enti pubblici economici, trasformati in società per azioni. Il giudice delle leggi ha individuato il maggiore ostacolo alla permanenza del controllo contabile nella formulazione letterale dell'art. 12 della legge n. 259 del 1958 e, dunque, assumendo come dato di partenza la necessità che le nuove società, in quanto sostanzialmente pubbliche, debbano essere sottoposte al controllo del giudice contabile, ha tentato di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata del dato normativo. In primo luogo ha rilevato che l'art. 100 Cost. esprime la necessità che siano sottoposte a vigilanza le gestioni che gravano sul bilancio pubblico, senza che la natura formalmente privatistica delle nuove società per azioni possa avere un'importanza decisiva. In secondo luogo, la Corte si è spinta verso il superamento dell'inconciliabilità tra modello societario ed ente pubblico sulla base di tre argomenti: quello del crescente utilizzo degli strumenti offerti dal diritto privato (tra cui il modulo organizzativo della S.p.a.) per il perseguimento di finalità pubblicistiche; quello dell'adesione comunitaria ad una nozione sostanziale di impresa pubblica e quello della possibilità di individuare nelle nuove società per azioni *"connotazioni proprie della loro originaria*

⁴¹ Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in *Foro it.*, 1994, I, c. 325.

natura pubblicistica". La Corte valorizza le divergenze tra il regime codicistico delle comuni S.p.a. e la disciplina, in parte derogatoria, prevista dal legislatore per le nuove società privatizzate per riconoscere in queste ultime quelle caratterizzazioni di stampo pubblicistico che le rendono assimilabili agli enti pubblici. In più, il fatto che la gestione sia comunque nelle mani del soggetto pubblico che detiene la totalità dell'azionariato e che a tali società siano affidati compiti di rilevante interesse nazionale, secondo la Consulta, giustificherebbe pienamente il permanere del controllo del giudice contabile. Fin qui le argomentazioni della Corte.

Il problema centrale, tuttavia, rimane l'applicabilità alle nuove s.p.a. dell'art. 12 della legge n. 259 del 1958, in particolare laddove prevede il controllo della Corte dei conti per "gli enti pubblici ai quali l'amministrazione dello Stato o un'azienda autonoma statale contribuisce con apporto al patrimonio in capitale o servizi, ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria". La Corte costituzionale ha tentato di stemperare la differenza e l'inconciliabilità tra ente pubblico e società per azioni, ma ha solo lambito il punto nodale del ragionamento e cioè non ha dato una risposta univoca alla domanda se le società nate dalla privatizzazione formale possano essere qualificate come enti pubblici. Certo, le deroghe al regime tipico delle società per azioni e la presenza di chiari tratti pubblicistici avvicinano le due realtà (privatistica e pubblicistica) ma, ad avviso di chi scrive non sono elementi sufficienti. D'altra parte anche il codice civile e la legislazione speciale in materia di società abbonda di regimi differenziati. Inoltre, se solo bastassero delle disposizioni derogatorie a qualificare un soggetto in termini di ente pubblico, bisognerebbe riconoscere la figura stessa dell'ente pubblico come residuale e sussidiaria⁴² in assenza di una diversa

⁴² In questo senso G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 66.

qualificazione in grado di giustificare eventuali caratteri suscettibili di apparire come indici di un collegamento ad interessi di tipo pubblicistico.

Con questo non si vuol certo sostenere che società come Enel s.p.a., o Poste italiane s.p.a. siano soggetti completamente privati al pari di qualsiasi altra società per azioni; i dati di partenza rimangono pur sempre la proprietà pubblica del capitale e la possibilità per l'autorità amministrativa di condizionare le scelte strategiche degli organi assembleari. Tuttavia non è possibile fare alcun passo ulteriore e riconoscere una diversità qualitativa, potremmo dire, di genere. Le società rimangono soggetti privati cui, tuttavia, si applicano in via di deroga delle disposizioni aventi una chiara connotazione pubblicistica che sono funzionali all'attuazione della specifica missione (comunque rientrante nell'oggetto sociale) che è stata loro attribuita dalla mano pubblica. Soggetti privati, dunque, cui si applicano, a seconda dei casi, norme del diritto comune e norme che disciplinano l'azione amministrativa.

Pur consapevoli che la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria si è espressa a favore della natura pubblicistica delle società in questione, ritengo che sia più corretto e, nel contempo, coerente con gli sviluppi del diritto amministrativo europeo, affermare che l'evoluzione dell'azione amministrativa, *lato sensu* intesa, non può più essere imbrigliata in schemi e qualificazioni tradizionali. Per questo, pur affermando che le società di cui si tratta rimangono soggetti privati, non intendo sbilanciarmi a favore di una loro qualificazione meramente privatistica, tutt'altro. Voglio solo affermare che anche soggetti privati possono (*rectius*, devono) essere riconosciuti come pubbliche amministrazioni laddove operino in veste di autorità, come strumenti della funzione amministrativa⁴³.

⁴³ L'idea trova il proprio fondamento nel diritto comunitario e, in particolare, nella c.d. nozione elastica di pubblica amministrazione di cui *infra*, par. 1.2.3.

Il modo di affrontare la tematica relativa alla qualificazione giuridica delle società derivanti dal processo di privatizzazione ha portato con sé importanti implicazioni anche in punto di giurisdizione.

Prima della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. dell'intero contenzioso in materia di appalti indetti dalle società a partecipazione pubblica tenute a seguire le procedure ad evidenza pubblica in base a norme interne o comunitarie⁴⁴, la giustizia amministrativa ha dovuto interrogarsi su quale fosse il giudice deputato alla cognizione delle controversie che vedevano coinvolte le nuove realtà societarie. Il riferimento va, nello specifico, alla sentenza 20 maggio 1995, n. 498⁴⁵, con cui il Consiglio di Stato ha dovuto stabilire se le controversie relative ai contratti d'appalto stipulati dalle Ferrovie dello Stato rientrassero nella giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo. I giudici di Palazzo Spada si sono pronunciati in favore della giurisdizione amministrativa per un duplice ordine di motivazioni che, in questa sede, è bene analizzare per ricavare alcuni spunti di riflessione in merito alla problematica della natura giuridica delle società solo formalmente privatizzate. In primo luogo, la Ferrovie dello Stato S.p.a. era (ed è) *“una figura sui generis di concessionario ex lege a contenuto vincolato e cioè definito per relationem ai compiti di cui era già titolare l'ente F.S.”*. Al cospetto, quindi, di una concessione traslativa per mezzo della quale le finalità pubblicistiche del concedente vengono realizzate dal concessionario, quest'ultimo assume necessariamente le vesti di organo indiretto della p.a., con ogni conseguenza in punto di giurisdizione. In secondo luogo, e a prescindere dalla sussistenza del rapporto concessorio, il fatto che la società sia

⁴⁴ L'espansione della giurisdizione esclusiva è riconducibile alle leggi n. 80 del 1998 e n. 205 del 2000.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Cons. Stato*, 1995, I, p. 843.

preposta alla cura di rilevanti interessi pubblici, consentirebbe di concludere che l'adozione della forma societaria sia solamente un modo per rendere l'attività economica più efficiente e funzionale, fermo restando il permanere di *"uno spiccato rilievo pubblicistico"*⁴⁶.

La giurisprudenza appare, dunque, orientata a riconoscere la pubblicità delle società nate dal processo di privatizzazione formale, tuttavia appare eccessivo generalizzare la qualificazione in senso pubblicistico fino al punto di equiparare *tout court* una società per azioni ad un'amministrazione pubblica o ad una sua articolazione. Ad avviso di chi scrive, pertanto, la conclusione cui giunge la giurisprudenza è sicuramente condivisibile laddove si afferma la giurisdizione del g.a. in materia di appalti indetti dalle società di cui si tratta; non lo è nella misura in cui tale statuizione si presenta come il risultato dell'applicazione di una disciplina comune a tutte le pubbliche amministrazioni e non, piuttosto, di un regime derogatorio alle norme privatistiche in materia di appalti che, normalmente, sarebbero applicabili ad una società per azioni.

Per dare sostegno teorico e argomentativo a questa affermazione, ritengo sia doveroso soffermarsi sui concetti di impresa pubblica "comunitaria" e di organismo di diritto pubblico che, ponendo le basi per un nuovo modo d'intendere la pubblica amministrazione, ci consentiranno di chiarire l'intricata questione relativa alla natura giuridica delle società derivanti dal processo di privatizzazione formale.

⁴⁶ In senso conforme anche Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui, con riferimento ad un contratto d'appalto indetto da una società a partecipazione pubblica totalitaria come Poste italiane s.p.a., si evidenzia il permanere di una caratterizzazione sostanzialmente pubblicistica visti i rilevanti poteri di controllo e influenza esercitati sia dall'azionista pubblico, sia da altri soggetti pubblici non azionisti come il Ministero delle comunicazioni e il Presidente del Consiglio dei Ministri.

1.2.3 – Il diritto comunitario impone un concetto elastico di impresa pubblica. Il caso degli organismi di diritto pubblico.

A livello comunitario manca una nozione unitaria di soggetto pubblico e, conseguentemente, anche di impresa pubblica.

Sono state, tuttavia, enucleate – soprattutto a livello giurisprudenziale – diverse nozioni in funzione degli obiettivi che le norme comunitarie di settore tendevano a perseguire, tutte accomunate da una caratterizzazione di tipo sostanziale, piuttosto che definitoria e statica.

In un primo momento si era tentato anche a livello europeo di procedere ad una formalizzazione dei concetti e, a questo proposito, possiamo ricordare la direttiva n. 71/305/CEE in materia di appalti pubblici di opere che indicava come amministrazioni aggiudicatrici (tenute al rispetto delle procedure ad evidenza pubblica) lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche pubbliche tassativamente enumerate in un apposito allegato. Il tentativo definitorio si rivelò, tuttavia, un fallimento a causa della facilità con cui si poteva eludere una puntuale elencazione di soggetti considerati formalmente “pubblici”⁴⁷ e, conseguentemente, si adottarono criteri maggiormente elastici, dotati di una naturale *vis* espansiva.

Le successive direttive comunitarie hanno quindi incluso tra le amministrazioni aggiudicatrici, oltre allo Stato e agli altri enti pubblici territoriali, anche la nuova figura degli organismi di diritto pubblico e, per gli appalti nei settori esclusi, le c.d. imprese pubbliche comunitarie che, sotto il profilo genetico potevano essere anche soggetti aventi personalità

⁴⁷ Già nel corso della vigenza della direttiva in questione, la Corte di giustizia, consapevole della lacuna normativa, ha iniziato ad utilizzare una nozione sostanziale di ente pubblico, giungendo a ritenere che nel concetto di “Stato” dovesse essere ricompreso anche un ente che, pur dotato di personalità giuridica distinta, dipendesse in modo sostanziale dai pubblici poteri quanto a composizione e funzioni attribuite dalla legge. Così la sentenza Corte giustizia EU, 20 settembre 1988, n. 31, *Gebroeders Beentjes B.V. c. Paesi Bassi*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 579.

giuridica di diritto privato. Partendo da queste ultime, la prima direttiva che le ha prese in considerazione risale al 1980⁴⁸ e riguardava le relazioni finanziarie tra gli Stati e le loro imprese pubbliche, all'uopo definite come ogni impresa nei cui confronti i poteri pubblici (Stato o enti territoriali) potevano esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante. In modo non dissimile, la successiva direttiva n. 2004/17/CE, in materia di appalti indetti dagli enti erogatori di acqua ed energia, nonché dei servizi di trasporto e postali, definisce le imprese in parola come *"le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione"*. Nel concetto comunitario di impresa pubblica rientrano, allora, sia le aziende autonome e gli enti economici (che sono parte integrante della struttura dell'amministrazione e, dunque, soggetti pubblici in senso proprio) ma anche le società di capitali caratterizzate dalla partecipazione pubblica totalitaria o prevalente e, in ogni caso, sottoposte al controllo e alla direzione dei pubblici poteri. Se ne deduce, allora, l'indifferenza dell'ordinamento comunitario rispetto ad una rigida differenziazione tra soggetti di diritto privato ed enti pubblici propriamente intesi, cui consegue la possibilità per una società per azioni di rivestire la qualifica di impresa pubblica, anche solo a determinati fini individuati dal diritto dell'Unione. Nella materia degli appalti pubblici, ad esempio, una tale qualificazione porta con sé la necessità per un soggetto formalmente privato, che potrebbe apparire esonerato, di adottare procedure ad evidenza pubblica per selezionare la controparte dei contratti d'appalto, in modo che siano garantite trasparenza, imparzialità e non discriminazione.

⁴⁸ Il riferimento è alla direttiva n. 80/723/CEE del 25 giugno 1980.

Quanto agli organismi di diritto pubblico, la direttiva n. 89/37/CEE – sempre per sopperire alla lacunosità dell’elencazione tassativa contenuta nella già citata direttiva n. 71/305/CEE in materia di appalti di opere – individuava come amministrazioni aggiudicatrici oltre allo Stato e agli enti pubblici territoriali, gli “organismi di diritto pubblico”, cioè quei soggetti giuridici *istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta al controllo di questi ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, di direzione e vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico*. Tre, dunque, sono i requisiti degli organismi di diritto pubblico: la personalità giuridica, l’influenza pubblica dominante⁴⁹ e il c.d. requisito teleologico, dato dalla soddisfazione di bisogni di carattere generale, nel contempo non aventi carattere industriale o commerciale⁵⁰. Dei tre requisiti, quello che in questa sede rileva

⁴⁹ Influenza pubblica che non necessariamente deve manifestarsi attraverso prerogative tipicamente autoritative e pubblicistiche (come atti amministrativi di indirizzo o veti provenienti da soggetti pubblici esterni alla compagine societaria), ma che ben può dipendere in via esclusiva dall’esercizio dei diritti e dei poteri tipici del diritto societario da parte dell’azionista pubblico (di maggioranza o titolare di pacchetti di controllo). In questo senso, Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, fasc. 1, p. 29, con nota di L. CIMELLARO. D’altra parte, sarebbe vanificato l’effetto utile della direttiva se gli enti pubblici potessero istituire società di diritto privato sottratte all’obbligo di contrattare tramite procedure ad evidenza pubblica sol perché non controllate mediante atti di natura autoritativa.

⁵⁰ Quanto al requisito in parola, la Corte di giustizia ha affermato che la nozione di “bisogni di interesse generale” è una nozione autonoma del diritto comunitario, che deve essere interpretata tenendo conto del contesto in cui si inserisce e delle finalità perseguite dalle varie direttive (cfr. Corte giustizia UE, 27 febbraio 2003, causa C-373/2000, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*). In ambito nazionale si legga Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748, cit., in cui viene riconosciuta la qualifica di organismo di diritto

maggiormente è il primo: l'organismo deve essere dotato di personalità giuridica, sia essa pubblica o privata.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato della Corte di giustizia deve, infatti, considerarsi irrilevante la distinzione tra personalità privatistica e pubblicistica, dovendo, piuttosto, privilegiare una prospettiva di tipo sostanziale⁵¹. Il carattere di diritto privato di un ente non può, dunque, essere considerato idoneo e sufficiente ad escluderne la natura di organismo di diritto pubblico. La Corte di giustizia, infatti, si è sempre limitata a verificare la sussistenza delle tre condizioni sopra delineate, senza dare alcun rilievo particolare alla forma di costituzione degli enti in questione. Di qui la conclusione che il carattere di diritto privato di un organismo (si pensi a società per azioni come Enel S.p.a.) non può mai costituire valido criterio per escludere la sua qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico e, in particolare, di amministrazione aggiudicatrice. Ne derivano almeno due importanti conseguenze. Innanzi tutto, se un soggetto privato può essere considerato tale, le controversie relative alle procedure ad evidenza pubblica che lo vedono coinvolto in tale veste "sostanzialmente pubblicistica" saranno devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in base all'art. 133 c.p.a.. In secondo luogo, gli atti delle procedure di gara, attratti

pubblico alla società deputata alla gestione dell'interporto di Padova in quanto, oltre alla sussistenza degli altri requisiti, si era in presenza di *"un servizio pubblico strettamente connesso con il settore dei trasporti"*, in cui *"la prevalenza degli interessi pubblici appare evidente"*. L'assenza di carattere industriale o commerciale viene desunta dalla presenza di alcuni indici sintomatici nell'attività esercitata dal soggetto preso in considerazione: la non operatività dello stesso nell'ambito di un regime concorrenziale, il perseguimento di uno scopo istituzionale e la mancata assunzione del rischio d'impresa.

⁵¹ Cfr, *ex multis*, Corte giustizia UE, 16 ottobre 2003, causa C-283/2000, *Regno di Spagna c. Commissione*, in *Urb e app.*, 2003, p. 647; 1 febbraio 2001, causa C- 237/1999, *Francia c. Commissione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 489.

nell'orbita comunitaria e nazionale – pubblicistica, dovranno considerarsi assoggettati alla disciplina dell'accesso ai documenti di cui all'art. 22 della legge n. 241 del 1990, in base alla quale devono considerarsi pubbliche amministrazioni *“tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”*. Nelle parole dell'articolo si intravede la chiave di volta del nostro ragionamento.

Nei casi in cui il soggetto precedente esplica un'attività funzionalizzata, mediante lo svolgimento di gare ad evidenza pubblica, deve trovare applicazione la normativa in materia di accesso poiché la caratterizzazione pubblicistica, sul piano sostanziale, dell'attività in concreto svolta rende irrilevante la natura privatistica o la veste societaria del soggetto in questione⁵². Ne deriva che anche gli organismi di diritto pubblico, *limitatamente* all'attività che espletano in tale qualità e, in particolare, all'attività compiuta come stazione appaltante, devono considerarsi pubbliche amministrazioni, con ogni conseguenza in termini di assoggettamento agli obblighi di ostensione.

Il diritto comunitario, i cui effetti si ripercuotono anche sulla normazione interna (che l'art. 117 Cost. vuole armonizzata con le fonti dell'Unione), ha imposto una nozione flessibile di ente pubblico, in modo che sia sempre garantito il c.d. effetto utile delle sue disposizioni, indipendentemente dalle varie classificazioni dottrinarie e qualificazioni normative adottate negli ordinamenti dei paesi membri. In quest'ottica, parte della dottrina ha richiamato il concetto fortemente simbolico della *“geometria variabile”* della pubblica amministrazione, secondo cui, almeno nei settori interessati dall'intervento del legislatore comunitario, ci possa essere un soggetto giuridico qualificabile come ente pubblico solo settorialmente e che, allo

⁵² Così T.a.r. Lombardia, Milano, 25 maggio 1998, n. 1119, in *Urb. e app.*, 1998, p. 976.

stesso tempo, rimanga un soggetto meramente privatistico nella generalità della sua azione⁵³.

Alcuni esempi possono chiarire quanto detto. L'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (già art. 43 Trattato CE) stabilisce come regola generale la libertà di stabilimento per garantire la libertà di svolgimento dell'attività lavorativa da parte di tutti i cittadini dell'Unione. Tale regola trova un'importante eccezione con riferimento agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e, dunque, l'applicazione di tale eccezione normativa (che, nei fatti, consente una discriminazione dei lavoratori in base alla loro nazionalità) dipende essenzialmente dalla qualificazione di ente pubblico che si intende accogliere. Per evitare un eccessivo sacrificio di una delle fondamentali libertà garantite dall'ordinamento comunitario, in sede giurisprudenziale si è limitata l'ampiezza della nozione di pubblica amministrazione (ben inteso, solo ai fini dell'applicazione della norma in parola). Non rientrano, allora, tra gli enti pubblici quei soggetti (come gli organismi di diritto pubblico o gli enti pubblici economici) che svolgono attività d'impresa pur se, sotto un profilo sostanziale, possono considerarsi attratti nell'orbita pubblicistica. Lo scopo, apertamente dichiarato dalla Corte di giustizia⁵⁴, è quello di impedire restrizioni alla selezione dei pubblici dipendenti, almeno con riferimento a ruoli che non implicano l'esercizio di pubblici poteri e che, conseguentemente, non richiedono quel

⁵³ Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 2008, p. 795 e, per un inquadramento sistematico, F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, p. 27 ss..

⁵⁴ Cfr., *ex multis*, Corte giustizia UE, 10 dicembre 1991, *Commissione c. Grecia*, causa C-306/89, in *Racc.*, p. I-5863; Corte giustizia UE, 13 luglio 1993, *Thijssen*, causa C-42/92, in *Racc.*, p. I-4047; Corte giustizia UE, 26 aprile 1994, *Commissione c. Repubblica italiana*, causa C-272/91, in *Racc.*, p. I-1409.

maggior grado di fedeltà alla missione propria dell'amministrazione che si vorrebbe garantito dallo *status* di cittadino.

Di contro, nel settore dei pubblici appalti, la nozione di pubblica amministrazione subisce una sensibile espansione (di qui l'espressione "geometrie variabili" indicata in precedenza) dato che alla qualifica pubblicistica porta con sé la necessità che il soggetto giuridico in questione faccia uso delle procedure ad evidenza pubblica per selezionare le proprie controparti negoziali. L'obiettivo, dunque, è quello di favorire lo sviluppo di un mercato concorrenziale e, con esso, la parità delle *chances* competitive dei vari operatori economici, interessati ad essere *partners* commerciali delle pubbliche amministrazioni. Considerando, allora, che tale obiettivo è uno dei cardini su cui si è voluta costruire l'Unione, l'espansione della qualifica di ente pubblico anche nei confronti di soggetti che pur avendo natura privatistica sono sottoposti a direzione e controllo da parte dello Stato o di altri enti pubblici, si giustifica in ragione dell'esigenza di perseguire al massimo grado tale caposaldo comunitario. Più si espande la definizione di ente pubblico, infatti, meglio si garantiscono le libertà di circolazione e di stabilimento, presupposti indispensabili per la creazione di vere dinamiche concorrenziali.

Se queste sono le premesse (e si tratta di premesse non eludibili, in quanto provenienti dalle scelte del legislatore comunitario), non può sorprendere che anche nel diritto interno sia ormai possibile adottare una nozione di ente pubblico non cristallizzata e sempre valida, ma flessibile, da applicare a casi e settori specifici.

Le esigenze cui l'amministrazione deve far fronte, in un'economia globale e condizionata da vincoli provenienti da altri ordinamenti o imposti dal mercato, hanno determinato la scelta di trasformare gli apparati pubblici, dismettendo le vesti tradizionali di "autorità" e assumendo quelle di un

vero operatore di mercato, la cui attività è largamente disciplinata dal diritto privato.

La conclusione è dunque che l'amministrazione può istituire e servirsi di società private senza che tale qualificazione possa costituire un ostacolo rispetto all'inevitabile – doverosa – permanenza dell'interesse pubblico che rimane sottesa ad ogni attività della p.a., indipendentemente dalle regole che la disciplinano. Alla domanda che ci eravamo posti inizialmente, se possono esistere enti pubblici con struttura societaria, ritengo si debba rispondere che possono esistere società private che vanno settorialmente considerate degli enti pubblici.

La scelta di considerare le società derivanti dal processo di privatizzazione formale dei veri e propri enti pubblici, oltre ad essere troppo rigida sul piano dogmatico (e, in questo senso, parzialmente distonica rispetto alle categorie flessibili del diritto comunitario) porterebbe con sé ulteriori implicazioni, non auspicabili, relativi all'applicazione *tout court* delle regole cui soggiacciono le pubbliche amministrazioni⁵⁵. Se, infatti, si dovessero applicare tutte le regole dell'azione amministrativa verrebbe frustrata l'esigenza di maggiore efficienza ed efficacia dell'attività delle società che, come già rilevato, è stata una delle ragioni principali che ha portato alla privatizzazione e all'adozione di modelli organizzativi basati su regole tipicamente privatistiche. In più, e non è un dato da sottovalutare, voler considerare le società alla stregua di enti pubblici allontana sicuramente i possibili investimenti privati e, con essi, le positive

⁵⁵ Rileva sul punto G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 67 che *"l'atipicità delle figure soggettive pubbliche rende difficile postulare rapporti di corrispondenza biunivoca tra ente pubblico e ambito di applicazione soggettiva delle regole di diritto amministrativo. [...] Sovrapporre gli schemi pubblicistici, da un lato, finisce per forzare l'articolazione delle figure soggettive utilizzate dalla normazione amministrativa. Dall'altro, produce effetti rigidi e vincolanti, che contraddicono il ricorso a soluzioni differenziate"*.

sinergie che può innescare il partenariato pubblico – privato. Le società è bene che siano private, dunque, senza che ciò impedisca una regolamentazione della loro attività puntuale, settoriale e strettamente funzionale alle sole irrinunciabili finalità di interesse pubblico.

D'altro canto, la logica di tipo economico che deve ispirare l'azione delle società derivanti dal processo di privatizzazione formale si pone come condizione imprescindibile sia per poter considerare queste società come dei veri operatori di mercato, in concorrenza con gli altri, sia per poter considerare la loro posizione nel mercato compatibile con i principi del diritto comunitario e anche del diritto interno, stante l'obbligo di interpretare la nuova costituzione economica in coerenza con i principi dell'Unione. Di qui la difficoltà di poter coniugare questa posizione di soggetto tenuto al rispetto della disciplina che informa il libero mercato concorrenziale con la natura di ente pubblico *tout court* che, ontologicamente e teleologicamente si pone al di fuori della logica – economica, privatistica e lucrativa – che informa tale disciplina.

In più, la stessa considerazione in ordine al dovere di agire secondo logiche di tipo economico consente di render ragione dei limiti all'ingerenza della mano pubblica nella gestione e nell'attività delle società non solo formalmente ma anche sostanzialmente privatizzate e, conseguentemente, pone dei seri problemi in ordine alla legittimità dei numerosi poteri speciali riservati allo Stato.

1.2.4 – Le privatizzazioni sostanziali e i poteri speciali riservati allo Stato di dubbia compatibilità con l'ordinamento comunitario.

Completato il processo di privatizzazione formale, il decreto legge n. 332 del 1994, convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474, pose le basi per la successiva dismissione delle partecipazioni azionarie statali, nel tentativo di

portare a compimento il più generale progetto di disimpegno dello Stato nella gestione diretta (e indiretta) dell'economia nazionale. Gli obiettivi perseguiti dalla privatizzazione sostanziale sono almeno tre: la riduzione del debito pubblico, l'immissione di *assets* produttivi nel circuito dell'economia privata e l'implementazione dell'efficienza e della competitività delle *ex* imprese pubbliche⁵⁶.

Quanto alle modalità di dismissione, il decreto ha voluto sottrarre l'intera operazione di vendita delle partecipazioni dirette detenute da Stato ed enti locali alle rigidità imposte dalle norme di contabilità generale contenute nel R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (ostative ad una vera negoziazione e inadatte ad una rapida definizione della vicenda traslativa) ed ha previsto una serie di modalità alternative di alienazione⁵⁷: mediante offerta pubblica di vendita disciplinata dalla legge 18 febbraio 1992, n. 149, e relativi regolamenti attuativi⁵⁸; mediante cessione delle azioni sulla base di trattative dirette con i potenziali acquirenti ovvero mediante il ricorso ad entrambe le procedure. Appare evidente come la possibilità di optare per la trattativa diretta sacrifichi sull'altare della speditezza l'esigenza di garantire la trasparenza della procedura e la parità di *chances* a tutti gli investitori potenzialmente interessati. Di qui l'ineludibile necessità di adeguare il dettato normativo ai canoni comunitari per mezzo della legge 24 dicembre 2003, n. 350, il cui art. 4 va a sostituire la disposizione poc'anzi menzionata prevedendo che l'alienazione delle partecipazioni deve essere

⁵⁶ Così, sul punto, F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, tomo II, cit. p. 650 e F. BONELLI, M. ROLI, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 998.

⁵⁷ In base all'art. 1, comma 2, del decreto la scelta della modalità di alienazione è effettuata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del tesoro, di concerto con i Ministri dell'industria, del commercio e dell'artigianato e del bilancio e della programmazione economica.

⁵⁸ Oggi la disposizione citata è stata sostituita dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo unico in materia di intermediazione finanziaria.

*“effettuata con modalità trasparenti e non discriminatorie, finalizzate anche alla diffusione dell’azionariato tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali. Dette modalità di alienazione sono preventivamente individuate, per ciascuna società, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle attività produttive”*⁵⁹. Di particolare interesse risultano poi le disposizioni che si riferiscono alla dismissione di partecipazioni relative a società esercenti pubblici servizi⁶⁰. Da un lato, l’art. 1-*bis* stabilisce che le dismissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici siano “subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico”⁶¹. Dall’altro l’art. 2 prevede che tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore dei pubblici servizi, siano individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell’economia e finanze, di intesa con il Ministro delle attività produttive, nonché con i Ministri

⁵⁹ La norma presenta una certa elasticità, consentendo la libertà di scegliere modalità di vendita non standardizzate e imponendo, invece, un generico obbligo di rispettare i principi di trasparenza e non discriminazione imposti dall’ordinamento comunitario.

⁶⁰ Peraltro v’è da rilevare come la determinazione di cosa si debba intendere per pubblici servizi ai fini dell’applicazione della norma è molto insoddisfacente. Si citano espressamente i settori dei trasporti, delle telecomunicazioni, della difesa, delle fonti di energia e poi si citano, in via residuale “gli altri pubblici servizi”. Considerando l’intensità del dibattito che nel corso degli anni si è sviluppato attorno al concetto di servizio pubblico, una maggiore precisione da parte del legislatore avrebbe evitato di esporre la norma ad evidenti dubbi interpretativi.

⁶¹ Il Consiglio di Stato, nel parere 20 settembre 1995, n. 330, (in *Foro it.*, 1996, III, c. 209) ha precisato che la creazione dell’organismo indipendente deve ritenersi necessaria solo nel caso in cui, assieme alla cessione delle partecipazioni di controllo, vengano previsti nello statuto della società poteri speciali riservati al Ministero del tesoro. L’istituzione di autorità indipendenti, quindi, vuole evitare che si sostituisca al monopolio pubblico un pericoloso monopolio privato e, nel contempo, è strumentale al necessario temperamento dei poteri speciali di controllo che lo Stato vuol mantenere.

competenti per settore, previa comunicazione alle competenti Commissioni parlamentari, quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuisca al Ministro dell'economia e delle finanze la titolarità di poteri speciali da esercitare di intesa con il Ministro delle attività produttive. Poteri speciali, dunque, sulla falsa riga di quanto già previsto nell'ordinamento inglese con la "golden share" o in quello francese con l'"*action spécifique*"⁶², non connessi ai normali poteri dell'azionista ma strumentali alle prerogative che l'autorità vuol mantenere in settori in cui vengono in rilievo interessi pubblici particolarmente sensibili.

La norma procede con una precisa elencazione di questi poteri. Il primo consiste nel gradimento all'assunzione di partecipazioni rilevanti verso quei soggetti che, ai sensi del successivo art. 3, non possono detenere più del 5% del capitale sociale. Il secondo riguarda la possibilità di opporsi alla stipula di patti parasociali che riuniscano almeno il 5 % del capitale sociale con diritto di voto in assemblea. Il terzo contempla il diritto di veto nei confronti delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifiche dello statuto che sopprimono o modificano i poteri speciali riservati al Ministro dell'economia. Il quarto, infine, prevede la possibilità di nominare almeno

⁶² Per un approfondimento sul tema si rinvia a T. BALLARINO - L. BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, in *Riv. società*, 2004, 2 ss.; S. GOBBATO, *Golden share ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, 427 ss.; G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione (saggio di diritto pubblico dell'economia)*, Torino, 2006; E. FRENI *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 145.

un amministratore (o più amministratori, comunque in numero non superiore ad un quarto del totale) e un membro del collegio sindacale.

Tali poteri speciali pongono un duplice problema di compatibilità: da un lato, con l'autonomia che deve caratterizzare l'attività di gestione da parte degli organi sociali, così come previsto dalle norme privatistiche in materia, e, dall'altro, con la disciplina comunitaria del mercato unico, basata su libertà di concorrenza, libertà di stabilimento e libertà di circolazione dei capitali. In relazione a quest'ultimo profilo, il legislatore italiano si è adoperato a più riprese⁶³ nel tentativo di superare i possibili rilievi e le possibili censure da parte della Corte di giustizia dell'Unione ma, ciò nonostante, la Commissione (in prima battuta) e poi gli stessi giudici del Lussemburgo hanno stigmatizzato il contrasto delle norme nazionali in materia con i surriferiti principi cardine dell'ordinamento comunitario.

La Corte di giustizia, con sentenza pronunciata il 23 maggio 2000⁶⁴, ha dichiarato la normativa relativa ai poteri speciali contenuta nel decreto

⁶³ Basti qui ricordare come un D.P.C.M. del 4 maggio 1999 abbia indicato gli obiettivi che potevano giustificare l'inserimento delle prerogative riservate al Ministro dell'economia negli statuti delle società interessate dal d.l. n. 332 del 1994: salvaguardia di interessi vitali dello Stato, con particolare riguardo all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza, alla sanità pubblica e alla difesa. Inoltre nel medesimo provvedimento si stabiliva i criteri in base ai quali si sarebbero dovuti esercitare i poteri in questione. In particolare, tale esercizio non avrebbe dovuto presentare carattere discriminatorio nei confronti degli investitori privati e, sul versante positivo, avrebbe dovuto essere idoneo, proporzionato e strettamente strumentale alla salvaguardia degli interessi di carattere generale precedentemente indicati come obiettivi dell'azione pubblica. In seguito, nell'estremo tentativo di evitare la formale condanna da parte della Corte di giustizia, la legge 23 dicembre 1999, n. 488, all'art. 66, ha affermato che i poteri speciali riservati al Ministro dell'economia "sono posti nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario", ribadendo, poi, i contenuti del D.P.C.M. testé citato. Le precisazioni introdotte, tuttavia, sono state ritenute troppo generiche per sottrarsi alla censura comunitaria. Di qui la prima sentenza di condanna nel maggio del 2000.

⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia UE del 23 maggio 2000 nella causa C-58/99, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1967.

legge n. 332 del 1994 in contrasto con le disposizioni del Trattato CE relative al diritto di stabilimento (art. 43 Trattato CE, ora art. 49 TFUE), alla libera prestazione dei servizi (art. 49) e alla libera circolazione dei capitali (art. 56, ora art. 63 TFUE).

In un secondo tempo, con riferimento alla normativa modificata successivamente alla prima procedura di infrazione (si veda l'articolo 66, comma 3 della legge n. 488/1999, di cui alla nota 58, e il relativo D.P.C.M. 11 febbraio 2000), la Commissione ha di nuovo inviato, nel febbraio 2003, una lettera di messa in mora al Governo italiano, nella quale è stata nuovamente prospettata la violazione degli articoli 43 e 56 del Trattato CE relativi, specificamente, al diritto di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali. Il Governo italiano, nelle osservazioni inviate alla Commissione il 4 giugno 2003, si era, quindi, impegnato a procedere in tempi rapidi a una modifica della regolamentazione nazionale in materia di esercizio dei poteri speciali, così da restringere la portata di tali poteri e renderli pienamente conformi ai principi del diritto comunitario e alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale assunzione di impegni è sfociata nelle previsioni contenute nell'art. 4, commi 227 – 231 della legge finanziaria per il 2004 (legge n. 350 del 2003), volte, in estrema sintesi, a rendere i poteri speciali da strumenti di controllo preventivo a strumenti eventuali di controllo (successivo), esercitabili esclusivamente in caso di anomalie nel processo di formazione delle delibere societarie o in presenza di un pregiudizio per interessi vitali dello Stato⁶⁵.

⁶⁵ In base a quanto disposto dalla novella del 2005 l'esercizio del potere di veto all'adozione di delibere relative ad operazioni straordinarie o, comunque, di particolare rilevanza deve essere motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato e, in ogni caso, viene garantito ai soci dissenzianti dalle deliberazioni che introducono questo potere speciale il diritto di recesso (articolo 2, comma 2). Il potere di nomina riservato all'azionista pubblico, invece, viene ridimensionato avendo ad oggetto un solo

La disciplina della *golden share*, tuttavia, è stata nuovamente oggetto di censure da parte della Commissione europea. In particolare, in data 13 ottobre 2005, la Commissione ha adottato un parere motivato nei confronti dello Stato italiano, nel quale, pur riconoscendo che la normativa di riforma *“sostituisce la precedente procedura (...) con un diritto di opposizione meno restrittivo”*, ha ritenuto *“ingiustificati i restanti controlli sull’assetto proprietario delle società privatizzate e sulle decisioni di gestione, valutandoli sproporzionati rispetto al loro scopo e costituenti ingiustificate limitazioni alla libera circolazione dei capitali e al diritto di stabilimento (articoli 56 e 43 TCE)”*. Ha pertanto invitato l’Italia a modificare nuovamente la legislazione e le autorità italiane, nel tentativo di interrompere la procedura d’infrazione, hanno presentato le proprie osservazioni difensive (come previsto dall’art. 258 TFUE) nel dicembre 2005. La Commissione, tuttavia, ritenendo non soddisfacenti le motivazioni addotte, in data 28 giugno 2006, ha deferito l’Italia dinanzi alla Corte di Giustizia, che si è pronunciata con sentenza 26 marzo 2009 (causa C-326/07)⁶⁶, giudicando l’Italia responsabile per essere venuta meno agli obblighi su di essa incombenti in forza dell’art. 56 TCE (libera circolazione dei capitali, ora art. 63 TFUE) ed in forza dell’art. 43 TCE (diritto di stabilimento, ora art. 49 TFUE), *“nella misura in cui i criteri e le condizioni per l’esercizio dei poteri speciali [disciplinati all’articolo 1, comma 2, del D.P.C.M. 10 giugno 2004] si applicano ai poteri previsti dall’art. 2, comma 1, lett. a) e b) e c) del D.L. n. 332/94”*⁶⁷.

amministratore, peraltro, senza diritto di voto (articolo 2, comma 1, lett. d)). In attuazione di tali disposizioni è stato adottato il D.P.C.M. 10 giugno 2004, che ha sostituito il precedente D.P.C.M. 11 febbraio 2000 ridefinendo i criteri per l’esercizio dei poteri speciali.

⁶⁶ Corte giustizia UE, 26 marzo 2009, causa 326/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, in <http://curia.europa.eu/>.

⁶⁷ Il riferimento va rispettivamente all’opposizione all’assunzione di partecipazioni rilevanti, all’opposizione all’assunzione di patti o accordi parasociali, nonché al potere di veto, in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato,

La Corte si è pronunciata, in prima battuta, sui criteri per l'esercizio dei poteri speciali di opposizione (all'acquisizione di partecipazioni rilevanti e alla conclusione di patti parasociali), ritenendo la normativa italiana non compatibile con le norme del Trattato sulla libera circolazione dei capitali, in quanto non rispettosa del principio di proporzionalità.

I giudici europei hanno infatti ricordato che la libera circolazione dei capitali nell'Unione può essere limitata da provvedimenti nazionali solo se giustificati da ragioni imperative di interesse generale e, in ogni caso, purché non esistano misure comunitarie di armonizzazione che indichino i provvedimenti necessari a garantire la tutela degli stessi interessi. In mancanza di sufficienti misure comunitarie, spetta agli Stati membri decidere il livello di tutela da garantire, nonché il modo in cui questo livello deve essere raggiunto, ma possono farlo soltanto nei limiti tracciati dal Trattato. Ineludibile appare, dunque, il rispetto del principio di proporzionalità in base al quale i provvedimenti adottati devono risultare congrui rispetto all'obiettivo di conseguire gli obiettivi perseguiti, ma, nel contempo, devono essere puntuali e strettamente aderenti alle necessità che li hanno giustificati. La Corte, sulla base di questi presupposti, ha (giustamente) ritenuto che l'applicazione dei criteri contenuti nell'articolo 1, comma 2 del DPCM del 10 giugno 2004, fossero generici ed imprecisi e, conseguentemente, in contrasto con il diritto dell'Unione. In più, la Corte ha avuto modo di rilevare che l'assenza di un preciso rapporto di causalità tra i criteri di esercizio dei poteri speciali e i poteri stessi finisce per accentuare il loro carattere ingiustificatamente discrezionale, rendendoli un mezzo del tutto sproporzionato in relazione agli obiettivi perseguiti.

all'adozione delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero.

Quanto ai criteri per l'esercizio del potere di veto, la Corte ha parimenti dichiarato inadempiente lo Stato italiano ai sensi del citato articolo 43 CE perché, da un lato, le circostanze per l'esercizio del potere stabilite dalle norme interne si presentavano imprecise e, dall'altro, la normativa in materia introduceva la possibilità di utilizzare strumenti sproporzionati rispetto all'obiettivo indicato. A parere della Corte, infatti, il decreto del 2004 non conteneva precisazioni sufficienti sulle circostanze concrete in cui poteva essere esercitato il potere di veto e i criteri da esso fissati non potevano dirsi fondati su condizioni oggettive e controllabili. L'analogica, generica e apodittica affermazione secondo cui il potere di veto dovesse essere esercitato soltanto in conformità con il diritto comunitario, nonché la sottoposizione al controllo del giudice nazionale, non potevano certamente bastare per rendere la normativa in esame compatibile con il diritto comunitario.

A seguito di tale pronuncia, i criteri per l'esercizio dei poteri speciali dettati dall'articolo 1, comma 2, del D.P.C.M. 10 giugno 2004 sono stati abrogati con un apposito D.P.C.M. 20 maggio 2010 ma, in mancanza di un deciso cambio di direzione nel senso auspicato dai giudici del Lussemburgo, la normativa sulla *golden share* è rimasta oggetto di vaglio da parte degli organismi comunitari.

Su di essa, in data 16 febbraio 2011, è stato inviato all'Italia un parere motivato da parte della Commissione europea e, ad oggi, è pendente la decisione di ricorso presso la Corte di giustizia. La Commissione, pur riconoscendo che gli interessi collettivi cui fa riferimento la normativa italiana⁶⁸ possono essere considerati, in astratto, come legittimi interessi la

⁶⁸ Tali interessi sono: l'approvvigionamento minimo di prodotti petroliferi, energetici, materie prime e beni essenziali alla collettività; un livello minimo nei servizi di telecomunicazione e di trasporto; la continuità della prestazione dei servizi pubblici; la

cui tutela potrebbe richiedere misure restrittive della libera circolazione dei capitali e della libertà di stabilimento, sostiene che le disposizioni in questione configurino restrizioni inadeguate e/o sproporzionate ai fini del conseguimento dei legittimi obiettivi. Ad avviso della Commissione, infatti⁶⁹:

- l'attribuzione allo Stato di poteri speciali operata dalla normativa italiana in oggetto avrebbe l'effetto di dissuadere i potenziali investitori stabiliti in altri Stati membri dall'investire o dall'accrescere la loro influenza sulla gestione e sul controllo delle società stesse, e sarebbe pertanto incompatibile con i principi di libera circolazione dei capitali e di stabilimento di cui agli articoli 63 e 49 del TFUE;
- l'obiettivo di salvaguardare gli interessi vitali dello Stato può essere raggiunto mediante misure più adeguate e meno restrittive rispetto al controllo degli assetti proprietari delle società strategiche e delle decisioni dei loro dirigenti;
- i criteri per l'esercizio dei poteri di opposizione da parte del Ministro dell'economia potrebbero comportare un'eccessiva discrezionalità da parte dello Stato in quanto sono limitati solo da un riferimento generico agli interessi vitali dello Stato e dai criteri enunciati nel decreto attuativo 10 giugno 2004, ora abrogato, che non precisano le circostanze specifiche ed obiettive in cui tali poteri devono essere esercitati;
- il potere di opporsi all'assunzione di partecipazioni e alla conclusione di patti da parte degli azionisti che rappresentino una determinata

difesa nazionale; la sicurezza militare; l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza; le emergenze sanitarie.

⁶⁹ Si riportano qui di seguito i punti fondamentali del parere inviato all'Italia, ripresi alla lettera dal dossier di documentazione redatto dal servizio studi del Dipartimento delle finanze e utilizzato dalla Camera dei deputati per la redazione della legge di conversione del d.l. 15 marzo 2012, n. 21, di cui si dirà *infra*. Il testo del dossier è consultabile nel sito internet <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/D12021.htm>.

percentuale dei diritti di voto non può ritenersi strumentale alla tutela di interessi vitali dello Stato, in quanto né l'assunzione di una partecipazione scarsamente significativa (anche limitata al 5% del capitale), né un accordo tra azionisti che rappresentano una percentuale analogamente bassa, possono in linea di principio essere considerati una reale minaccia per gli interessi vitali dello Stato;

La Commissione ha concluso, pertanto, che i poteri speciali previsti dalla normativa italiana risultano sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti e sono quindi incompatibili con la libertà di stabilimento e la libera circolazione invitando l'Italia a modificare le disposizioni contestate.

La modifica, inevitabile per evitare l'ennesima condanna, è intervenuta di recente con il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito in legge 11 maggio 2012, n. 56. L'articolo 1 del decreto in esame reca la nuova disciplina dei poteri speciali esercitabili dal Governo rispetto alle imprese operanti nei comparti della difesa e della sicurezza nazionale. L'articolo 2, invece, si riferisce alla disciplina dei poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

La principale differenza con la normativa previgente si rinviene nell'ambito operativo della nuova disciplina, la quale consente l'esercizio dei poteri speciali rispetto a tutte le società, pubbliche o private, che svolgono attività considerate di rilevanza strategica, e non più soltanto rispetto alle società privatizzate o in mano pubblica⁷⁰. Inoltre, per ottemperare agli obblighi imposti da Bruxelles ed esplicitati nel parere motivato inviato all'Italia, vengono maggiormente circoscritti i criteri per l'esercizio dei poteri speciali, in modo da ridurre la discrezionalità di cui

⁷⁰ Così si esprime il Servizio studi del Dipartimento delle finanze nel dossier di documentazione utilizzato dalla Camera dei deputati citato alla nota 64.

gode lo Stato nell'esercizio delle sue prerogative e, in questo modo, evitare la violazione delle libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali.

Nel comparto difesa e sicurezza, l'esercizio dei poteri speciali, che viene minuziosamente disciplinato, è subordinato alla sussistenza di una minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale⁷¹.

Quanto ai poteri speciali esercitabili nel settore dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, essi consistono nella possibilità: a) di far valere il veto dell'esecutivo rispetto alle delibere, agli atti e alle operazioni concernenti *assets* strategici, in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, ovvero imporvi specifiche condizioni; b) di porre condizioni all'efficacia dell'acquisto di partecipazioni da parte di soggetti esterni all'UE in società che detengono *assets* strategici e, in casi eccezionali, opporsi all'acquisto stesso. Anche in questo caso, la novella introduce criteri molto più precisi per l'esercizio di tali poteri che, in definitiva, viene circoscritto alle ipotesi di gravi pregiudizi per la sicurezza, il funzionamento delle reti e degli impianti e la continuità degli approvvigionamenti.

In entrambe le ipotesi, dunque, l'intervento dello Stato viene ricondotto ad evento eccezionale e successivo rispetto allo svolgersi delle dinamiche societarie; giustificabile solo nella misura in cui sia indispensabile per

⁷¹ Allo scopo di rendere evidente lo sforzo compiuto dal legislatore per superare i rilievi della Commissione, che aveva criticato l'eccessiva genericità delle modalità d'esercizio dei poteri speciali, mi limito ad indicare le circostanze che giustificano l'esercizio del potere di veto nei confronti di delibere particolarmente rilevanti: la rilevanza strategica dei beni o delle imprese oggetto di trasferimento; l'idoneità dell'assetto risultante dalla delibera o dall'operazione a garantire l'integrità del sistema di difesa e sicurezza nazionale, la sicurezza delle informazioni relative alla difesa militare, gli interessi internazionali dello Stato, la protezione del territorio nazionale, delle infrastrutture critiche e strategiche e delle frontiere; la possibilità che dell'acquisto di partecipazioni in imprese del settore derivi una minaccia effettiva di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale. Per la disciplina degli altri poteri rinvio alla lettura della norma.

salvaguardare esigenze di preminente interesse pubblico puntualmente individuabili. Il diritto comunitario ha imposto, quindi, una trasformazione radicale al ruolo dello Stato nella gestione delle attività economiche, in cui rimane coinvolto sia in veste di azionista, sia in veste di ineliminabile garante degli interessi vitali della collettività. Tuttavia, il corretto svolgimento di questo ruolo di garanzia impone che le prerogative pubblicistiche non siano utilizzate come strumento per esercitare un'inammissibile direzione sull'attività di diritto privato delle società partecipate; pena la puntuale violazione dei valori su cui si fondano l'Unione e il mercato unico⁷².

1.2.4 – Incompatibilità tra i poteri speciali riservati all'azionista pubblico dall'art. 2449 c.c. e l'ordinamento comunitario.

La tematica che ora si vuol affrontare, oltre a completare – ma senza esaurire – l'analisi delle prerogative pubblicistiche che possono collidere con i principi che regolano le libere dinamiche economiche, rappresenta in modo plastico il pragmatismo che contraddistingue il diritto dell'Unione e la sua interpretazione.

⁷² Un altro potere speciale che sembra porsi in contrasto con l'ordinamento comunitario è rappresentato dalla c.d. *poison pill*. Si tratta di una previsione statutaria (che può essere introdotta sulla base di quanto disposto dall'art. 1, commi 381 – 384, dalla legge finanziaria per il 2006, legge 23 dicembre 2005, n. 266) in base alla quale le società in cui lo Stato detenga una partecipazione rilevante possono emettere azioni e strumenti finanziari partecipativi che attribuiscono ai loro titolari il diritto a chiedere l'emissione in proprio favore di nuove azioni o strumenti partecipativi muniti di diritto di voto. Attraverso la possibilità di aumento del capitale sociale l'azionista pubblico (che vedrebbe aumentata la propria quota) sarebbe, così, in grado di neutralizzare eventuali tentativi di scalata non in linea con le esigenze della privatizzazione e la diffusione dell'investimento azionario. Questi due obiettivi, indicati espressamente dalla norma citata, sembrano troppo generici e potenzialmente in grado di giustificare un utilizzo troppo discrezionale della c.d. *poison pill*, con inevitabile, illegittima, compressione della libertà di circolazione dei capitali.

La Corte di giustizia, oltre ad aver censurato la disciplina speciale della *golden share* introdotta dal d.l. n. 332 del 1994, poi più volte modificata, si è pronunciata anche sulla compatibilità di una norma di “diritto comune”, l’articolo 2449 del codice civile, con l’articolo 56 del Trattato CE, a seguito di una serie di questioni pregiudiziali sollevate dal Tar Lombardia con ordinanza 29 settembre 2004⁷³.

In tale ordinanza, il giudice amministrativo aveva chiesto alla Corte di valutare la conformità dell’art. 2449 del codice civile con l’art. 56 del Trattato CE⁷⁴ in quanto la sua applicazione, combinata con il sistema del voto di lista⁷⁵ di cui all’art. 4 della legge n. 474/94, appariva “*idonea ad introdurre una severa limitazione alla possibilità di partecipazione effettiva alla gestione ed al controllo reale di una società per azioni al di fuori degli ambiti di esercizio legittimo dei poteri speciali*”.

L’art. 2449 c.c., infatti, prevedeva che in caso di detenzione di partecipazioni azionarie da parte dello Stato o di enti pubblici, lo statuto avrebbe potuto ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza⁷⁶. Tale previsione, assieme all’ulteriore possibilità di nominare

⁷³ La pronuncia in via pregiudiziale ex art. 234 del Trattato CE (oggi art. 267 TFUE) a cui ci si riferisce è Corte giustizia UE, sez. I, 6 dicembre 2007, procedimenti riuniti C-463/04 e C-464/04, nelle cause radicate dinanzi al Tar Lombardia *Federconsumatori + altri c. Comune di Milano*, in <http://curia.europa.eu>.

⁷⁴ La Corte in numerose occasioni si è pronunciata sull’interpretazione dell’articolo in questione. Si rinvia alle sentenze 23 maggio 2000, causa C-58/99, [*Commissione/Italia*]; 4 giugno 2002, cause C-503/99 e C-483/99, [*Commissione/Belgio e Commissione/Francia*]; 13 maggio 2003, cause C-98/01 e C-463/00, [*Commissione/Regno Unito e Commissione/Spagna*].

⁷⁵ Il meccanismo del voto di lista è stato previsto dalla norma citata al fine di una maggiore tutela delle minoranze, le quali, per questa via, possono comunque nominare un loro rappresentante in seno al consiglio di amministrazione.

⁷⁶ Per completezza di informazione si ricorda che l’art. 2450 c.c., certamente in contrasto con l’ordinamento comunitario in quanto prevedeva l’applicazione dello stesso

altri consiglieri di amministrazione grazie al meccanismo del voto di lista, avrebbe potuto garantire al socio pubblico di minoranza il controllo dell'organo di gestione. Questa eventualità si era verificata nel caso di specie, dove il Comune di Milano, socio al 33,4% della società Aem S.p.A.⁷⁷, era in grado di esprimere la maggioranza degli amministratori proprio grazie alla previsione statutaria introdotta sulla base dell'art. 2449 c.c.. L'articolo in parola consegnava nelle mani dell'azionista pubblico uno strumento che, da un lato garantiva la possibilità di esercitare un'influenza che va al di là dell'investimento effettuato, dall'altro, e specularmente, riduceva l'influenza degli altri azionisti che, pur avendo investito (e rischiato) un capitale maggiore, non avrebbero avuto la possibilità di indirizzare l'attività di gestione nel senso desiderato in vista di un maggiore ritorno economico.

Il Comune di Milano e lo Stato italiano (litisconsorte dinanzi alla Corte di giustizia) hanno evidenziato come tale prerogativa, prevista in astratto dal codice civile – e dunque rientrante nel diritto societario comune – doveva comunque essere attribuita all'azionista pubblico per mezzo di una delibera di assemblea capace di modificare lo statuto e, conseguentemente, non sarebbe stato possibile invocare la violazione dell'art. 56 del Trattato CE. In

meccanismo contemplato dall'art. 2449 anche nelle ipotesi in cui la legge o lo statuto attribuiva all'azionista pubblico la possibilità di nominare amministratori anche in assenza di partecipazione azionaria, è stato abrogato dall'art. 3 del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito in legge 6 aprile 2007, n. 46.

⁷⁷ Si tratta di una società costituita dal Comune di Milano nel 1996, che opera nel settore dei servizi pubblici di distribuzione del gas e dell'energia elettrica. Nel 1998, a seguito della quotazione in borsa dell'AEM, vi è stata una prima cessione di titoli azionari, pur continuando il Comune di Milano a detenere il 51% del capitale sociale. Successivamente, con delibera 17 febbraio 2004, n. 4, il Comune di Milano ha deciso di ridurre ulteriormente la sua partecipazione azionaria nell'AEM al 33,4%. Esso ha tuttavia subordinato tale riduzione alla preventiva modifica dello statuto della società (nel senso previsto dall'art. 2449 c.c.).

altre parole, non si sarebbe trattato di una manifestazione dell'agire autoritativo dell'amministrazione ma, piuttosto, di una libera manifestazione della volontà dei soci.

Il rilievo, per quanto ficcante, non ha impedito alla Corte di constatare la violazione del diritto comunitario. In primo luogo, infatti, il Comune aveva subordinato la cessione di parte della propria partecipazione (quando deteneva la maggioranza assoluta) proprio alla modifica statutaria in questione. In secondo luogo, pur riconoscendo che un tale diritto di nomina, una volta inserito nello statuto, non è immutabile, dato che può essere modificato o eliminato in occasione di un'ulteriore revisione dello statuto medesimo, esso tuttavia gode di una protezione relativamente intensa⁷⁸. Infatti, anche se l'azionista pubblico decidesse, in un secondo momento, di ridurre la propria partecipazione societaria, potrebbe comunque continuare a godere del privilegio fino a che una nuova maggioranza qualificata (non sempre facilmente raggiungibile) adottasse la delibera necessaria per eliminarlo.

Premessa, dunque, l'applicabilità nel caso di specie del parametro rappresentato dall'art. 56 del Trattato CE, la Corte non poteva che riconoscere il contrasto dell'art. 2449 c.c. con il diritto comunitario sia perché creava disparità di trattamento tra azionisti pubblici e privati, sia perché finiva per disincentivare l'investimento privato in società partecipate dallo Stato o dagli enti pubblici. Quanto al primo profilo, l'art. 2449 c.c. consentiva allo statuto di una società per azioni di conferire la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori solamente allo Stato o agli enti pubblici che in tale società avevano delle partecipazioni, mentre tale facoltà non poteva certo essere riconosciuta ad azionisti privati.

⁷⁸ Per le modifiche statutarie è necessaria una maggioranza qualificata.

Quanto al secondo profilo, un investitore privato avrebbe potuto avere la certezza di riuscire ad abrogare il diritto di nomina diretta degli amministratori solamente qualora l'investimento effettuato fosse stato di una rilevanza tale da assicurargli la maggioranza necessaria per le modifiche statutarie. Un simile investimento, tuttavia, almeno nella generalità dei casi, sarebbe stato molto più ingente di quello normalmente necessario per assicurarsi quegli stessi poteri di direzione dell'attività sociale che si sarebbero potuti ottenere in assenza del privilegio pubblicistico in questione.

Per questi motivi la Corte di giustizia ha sancito il contrasto della norma interna con il diritto comunitario affermando che *“l'art. 56 CE dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del codice civile, secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, la quale, di per sé o, come nelle cause principali, in combinato con una disposizione, quale l'art. 4 della legge n. 474/1994 [...] è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale delle detta società”*⁷⁹.

A seguito della pronuncia pregiudiziale, cui – come noto – segue un obbligo conformativo a carico dello Stato nell'ipotesi in cui venga rilevato un contrasto con il diritto comunitario, il legislatore nazionale ha provveduto a riscrivere l'articolo in questione. Nello specifico, si è precisato che il diritto di nominare amministratori o sindaci (o membri del consiglio di sorveglianza) può sì essere conferito dallo statuto ma, a differenza di prima, tali nomine dirette devono mantenersi in rapporto di

⁷⁹ La statuizione è tratta dal punto 43 della pronuncia in via pregiudiziale della Corte già menzionata alla nota 69.

proporzionalità con la partecipazione al capitale sociale detenuta dall'azionista pubblico.

Dalla lettura della norma emerge che parte dei rilievi formulati dalla Corte sono stati recepiti dalla novella ma, allo stesso tempo, si deve rilevare la permanenza di una chiara disparità di trattamento tra investitore pubblico e privato, dato che a quest'ultimo, anche nella sua nuova versione, l'art. 2449 c.c. non è certamente applicabile. Pertanto, alla domanda se la norma debba considerarsi limitativa rispetto alla libertà di circolazione dei capitali sembra doversi rispondere positivamente, anche perché il privilegio in questione⁸⁰ viene accordato non tanto ad una certa categoria di azioni o a determinati strumenti finanziari partecipativi, ma ad un particolare azionista, proprio in ragione della sua qualificazione soggettiva pubblicistica.

1.3 – Le società degli enti locali e i limiti imposti alla detenzione di partecipazioni sociali. (rinvio)

Si rinvia al capitolo II in cui verrà affrontata diffusamente la tematica delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali e, in quell'occasione, si avrà modo di approfondire le problematiche connesse all'utilizzo del modello societario da parte degli enti locali.

⁸⁰ L'art. 2449 c.c. si riferisce alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Se, invece, la società vi facesse ricorso, sarebbe comunque possibile riconoscere diritti speciali di nomina allo Stato o agli enti pubblici mediante attribuzione di strumenti finanziari partecipativi o azioni speciali ma, secondo autorevole dottrina, varrebbe in questo caso il limite numerico di un solo amministratore, analogamente a quanto previsto dall'art. 2351 c.c. (cfr. G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2011, p. 258).

1.4 – Lo Stato regolatore e l'avvento delle autorità amministrative indipendenti.

L'avvio del processo di privatizzazione sostanziale delle *ex* imprese pubbliche e, più in generale, la sempre maggiore apertura al mercato di rilevanti settori dell'economia, hanno determinato la necessità che lo Stato assumesse un nuovo ruolo nel quadro della politica economica comunitaria. Non più – o comunque sempre meno – un soggetto pronto ad intervenire con misure puntuali volte a favorire lo sviluppo o la ripresa di certi settori dell'economia nazionale, ma soggetto regolatore, il cui compito è quello di creare e mantenere le condizioni affinché possa svilupparsi il mercato e l'economia nazionale (intesa però non più come monade ma come parte di un intero sistema economico comunitario)⁸¹. A questo punto sarebbe facile affermare che il diritto comunitario ha imposto una concezione liberista dell'economia, a discapito di forme incisive di tutela del *welfare* che hanno caratterizzato la politica economica di alcuni importanti paesi membri. Tale conclusione, se pur corretta nei limiti in cui rileva un deciso favore nei confronti di politiche liberiste, è sostanzialmente sbagliata nei presupposti. Non si tratta di una scelta imposta da una preferenza ideologica per un determinato modello economico; tale scelta, piuttosto, è la conseguenza di una necessità primaria: creare l'Unione europea. Quest'ultima non avrebbe potuto nascere come il risultato della volontà comune di creare legami di tipo politico; troppe le implicazioni in termini di cessione di sovranità e, soprattutto, troppo inconciliabili con la

⁸¹ Con ciò non si vuol dire che lo Stato perda la funzione di prendere decisioni strategiche in materia di politica industriale ma tali decisioni devono essere rispettose degli equilibri imposti dalle norme comunitarie che, come noto, vietano interventi statali diretti a favorire determinate imprese nazionali (ad esempio gli *ex* monopolisti pubblici) che, sostanzialmente, rappresentano degli ostacoli all'ingresso di nuovi operatori economici comunque provenienti dal mercato unico.

secolare differenziazione (e conflittualità) tra gli Stati nazionali del vecchio continente⁸². Si è deciso, quindi, di iniziare da un'unione di tipo economico, uniformando i mercati nazionali al fine di renderli parte integrante di un più ampio mercato unico, senza frontiere e senza restrizioni discriminatorie. La creazione del mercato unico, quindi, ha imposto che venissero messi alla base dell'ambiziosa architettura delineata dai trattati comunitari alcuni valori irrinunciabili quali la tutela della concorrenza, le libertà di stabilimento, di prestazione dei servizi, di circolazione delle merci, dei lavoratori e dei capitali, oltre al principio trasversale della non discriminazione e quello ancor più basilare della libertà dell'iniziativa economica. Questi valori sono certamente espressione di un'impostazione liberista dell'economia ma, nella dimensione europea, sono in primo luogo i valori fondamentali di una comunità che ha voluto essere unita sotto il profilo economico, prima ancora che da un punto di vista politico.

In questa cornice fornita dal diritto comunitario non stupisce, allora, che si sia fatta sentire sempre più pressante l'esigenza di garantire un intervento pubblico regolatorio di natura imparziale, in funzione di garanzia più che di indirizzo. Garanzia, ben s'intende, proprio di quei valori cui poc'anzi si faceva cenno e che sono stati alla base di quel complesso (e mai del tutto completato) processo che ha portato lo Stato a mutare il proprio ruolo nelle dinamiche economiche.

Il venir meno dell'interventismo diretto garantisce, infatti, maggiori spazi all'iniziativa privata ma, nel contempo, priva il mercato - e in particolare i suoi operatori più deboli e gli utenti / consumatori - di un'efficace tutela nei confronti di pratiche commerciali scorrette e di una possibile (e probabile) riduzione delle garanzie offerte dallo stato sociale. Come giustamente è

⁸² In questo senso S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., p. 293.

stato rilevato⁸³, è innegabile che la piena apertura al mercato in settori nevralgici dell'economia, come è quello dei servizi, rischia di favorire la nascita di pericolosi e aggressivi monopoli privati, in grado di danneggiare l'utenza (in prima battuta) e, più in generale, il mercato stesso in termini di minore efficienza dei servizi offerti e di aumento delle tariffe. Di qui la necessità di dar vita ad autorità di garanzia indipendenti dal potere politico, che è stata puntualmente recepita proprio dalle norme che hanno disciplinato la c.d. privatizzazione sostanziale delle ex imprese pubbliche⁸⁴.

Ciò chiarito, ci si potrebbe però domandare perché queste autorità devono essere indipendenti dal potere politico. Non potrebbe, forse, la stessa amministrazione pubblica – nelle sue forme tradizionali – farsi carico di tale funzione garantista? Consapevoli dell'ampio dibattito dottrinale che si è sviluppato sul punto⁸⁵, in questa sede mi limito ad alcune sintetiche considerazioni.

In primo luogo l'indipendenza delle autorità in questione rappresenta una condizione indispensabile affinché settori della vita sociale in cui il bilanciamento dei contrapposti interessi risulta particolarmente delicato siano regolati senza il dovere istituzionale (tipico di ogni organo amministrativo di tipo tradizionale) di perseguire un particolare interesse pubblico primario, sia pur con il minor sacrificio possibile per gli interessi

⁸³ Il riferimento è a F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo I, cit., p. 999.

⁸⁴ Sul punto vedi *supra*, par. 1.2.4.

⁸⁵ Tra i moltissimi contributi si segnalano: M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1995; ID, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 172; A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 23 ss; G. NAPOLITANO, *Regole e mercati nei servizi pubblici*, Bologna, 2005 ; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, p. 645 ss; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna 1996, p. 39 ss.

secondari coinvolti. Il condizionamento della scelta politica che è sottesa all'attribuzione di un potere autoritativo per mezzo di una norma di legge, in altre parole, impedirebbe la tutela, in veste neutrale, dell'interesse obiettivo dell'ordinamento che, nella materia economica, si compendia nei principi di derivazione comunitaria sopra menzionati. Non a caso, infatti, si parla di neutralità e non di imparzialità delle autorità indipendenti. Solo la prima è sinonimo di una posizione di indifferenza rispetto agli interessi da regolare e, soprattutto, rispetto ai soggetti che ne sono portatori. L'imparzialità, diversamente, esprime il dovere dell'amministrazione di non discriminare le posizioni soggettive di chi è coinvolto dalla sua azione che, come detto, è comunque volta a perseguire la cura degli interessi (primari) ad essa affidati dalla legge⁸⁶.

L'altra fondamentale ragione che giustifica la necessaria indipendenza delle autorità in questione risiede in una generale sfiducia nei confronti dell'amministrazione tradizionale, ritenuta, da un lato, incapace di svolgere con sufficiente obiettività il delicato ruolo di soggetto regolatore di settori in cui è molto forte la pressione di *lobbies* e gruppi di potere, dall'altro, sfornita di quelle adeguate competenze che risultano indispensabili per poter pienamente comprendere – e consapevolmente gestire – le dinamiche che caratterizzano materie ad elevato tasso di tecnicismo⁸⁷.

A questo punto, non potendo affrontare le pur interessanti tematiche riconducibili alla mancanza di una formale copertura costituzionale che giustifichi la peculiarità di un'amministrazione sottratta al principio

⁸⁶ Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, p. 48.

⁸⁷ Si pensi alle materie del credito, della finanza, delle telecomunicazioni o, più in generale, alla difficoltà di cogliere le conseguenze di particolari strategie societarie (ad esempio un progetto di fusione tra due società appartenenti allo stesso *relevant market*).

d'ispirazione cavouriana secondo cui ogni p.a. deve far capo al Governo⁸⁸, ritengo maggiormente funzionale alla presente trattazione introdurre il tema di come le funzioni affidate alle *authorities* possano influenzare il mercato e l'autonomia negoziale dei suoi protagonisti.

1.4.1 – Il condizionamento dell'autonomia negoziale derivante dall'esercizio dei c.d. "poteri regolatori" delle autorità amministrative indipendenti.

Alle autorità amministrative indipendenti è stato affidato un fondamentale compito di garanzia, che si manifesta nell'adozione di atti tipicamente regolatori (laddove una norma di rango primario attribuisca all'autorità poteri regolamentari) o atti, come quelli sanzionatori, che rientrano nell'ampia figura della cd. funzione giurisdicente; senza, peraltro, dimenticare il ruolo svolto in termini di impulso nei confronti del legislatore ad adottare discipline maggiormente coerenti con la cura degli interessi cui le stesse *authorities* sono preposte (cd. funzione di *advocacy*).

Naturalmente, l'intervento delle autorità indipendenti è legittimo e doveroso nel momento in cui si presenti un'ipotesi di *market failure*⁸⁹, che consiste in uno sviluppo anomalo del rapporto tra domanda e offerta e determina una situazione in cui i mercati non sono in grado di organizzare

⁸⁸ L'orientamento maggioritario è nel senso di riconoscere un elevato grado di indipendenza dal Governo in ragione della stessa funzione che sono chiamate a svolgere e che non potrebbe essere svolta correttamente se il potere politico potesse condizionare il loro operato. Naturalmente, non si deve dimenticare che le amministrazioni indipendenti trovano pur sempre nella legge la fonte attributiva dei loro poteri e l'indicazione dei criteri che debbono presiedere all'esercizio di tali poteri. In più, la natura amministrativa delle autorità ne impone la soggezione al controllo giurisdizionale. Controllo tanto più indispensabile data la non configurabilità di poteri governativi di direttiva e di annullamento dei relativi atti.

⁸⁹ Per un approfondimento si rinvia a H. S. ROSEN – T. GAYER, *Scienza delle finanze*, Milano, 2010, p. 69 ss.; T. COWEN, *Public goods and market failures*, New Brunswick, 1988, p. 27 ss..

la produzione in maniera efficiente, o non sanno allocare efficientemente beni e servizi ai consumatori. Le cause di tali fallimenti del mercato sono state tradizionalmente individuate nell'assenza di un mercato concorrenziale (o nell'imperfezione della concorrenza in esso presente), nelle asimmetrie informative e nella presenza di esternalità negative: interventi, cioè, provenienti da soggetti terzi (ad esempio lo Stato) che condizionano e sbilanciano gli equilibri del libero mercato. Equilibri che, evidentemente, possono determinare un assetto efficiente del mercato solo se il rapporto tra domanda e offerta, tra consumatore e produttore, è il risultato di un'effettiva libertà negoziale, che è condizione indispensabile per raggiungere quel livello di efficienza denominato dalla scienza economica "ottimo paretiano"⁹⁰.

Si capisce, dunque, che la mancanza di una vera libertà negoziale, determinata principalmente da squilibrati rapporti di forza tra soggetti produttori (o fornitori di servizi) e soggetti consumatori (o utenti), porta con sé il sacrificio della *par condicio* dei protagonisti dei rapporti economici e l'alterazione delle regole del mercato concorrenziale (che, ricordiamolo ancora una volta, sono valori irrinunciabili per tutti i paesi membri dell'Unione europea). La libertà – o autonomia – negoziale può dirsi realmente sussistente solo laddove le parti possono trattare e costruire, in

⁹⁰ L'ottimo paretiano o efficienza paretiana è un concetto introdotto dall'economista italiano Vilfredo Pareto, largamente applicato in economia, teoria dei giochi, ingegneria e scienze sociali. Si realizza quando l'allocazione delle risorse è tale che non è possibile apportare miglioramenti paretiani al sistema, cioè non si può migliorare la condizione di un soggetto senza peggiorare la condizione di un altro. La condizione di partenza per un mercato efficiente in senso paretiano è la concorrenza pura. Un mercato concorrenziale rifletterà nei prezzi dei beni la loro scarsità in natura secondo il principio della domanda e dell'offerta.

condizioni di parità⁹¹, il contenuto del rapporto negoziale, secondo lo schema tradizionale delineato dagli artt. 1321 e 1322 del codice civile. Nei rapporti contrattuali di massa, tuttavia, si assiste ad una progressiva erosione di questo spazio di autonomia decisionale data la crescente necessità (e convenienza) per i soggetti “professionisti” di predisporre unilateralmente modelli contrattuali standardizzati cui il consumatore – utente può solamente aderire o meno, senza nessuna possibilità di incidere nella formulazione delle sue clausole⁹². Di qui la necessità dell’intervento tutorio da parte dello Stato, tra i cui compiti rientra anche la protezione della libertà negoziale e, con essa, della libertà dell’iniziativa economica. Tale intervento si è tradotto, in primo luogo, nella particolare disciplina delle c.d. clausole vessatorie e, più in generale, nella disciplina riservata ai rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori contenuta nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo). In secondo luogo, l’intervento si è manifestato anche con l’introduzione di norme assai specifiche e settoriali destinate a disciplinare alcuni elementi del rapporto contrattuale tra professionista e consumatore (imponendo, ad esempio obblighi informativi o tempi precisi per l’esercizio del diritto di recesso o un obbligo a contrarre) e in grado di prevalere sulle difformi clausole stipulate dalle parti in virtù degli artt. 1339 e 1419 c.c..

Questi importanti correttivi introdotti dal legislatore, tuttavia, proprio perché previsti da puntuali norme di legge non sono sufficienti a garantire adeguata tutela nell’ambito del settore degli scambi commerciali e in quello

⁹¹ Secondo R. SACCO, in *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. privat.*, I, p. 517, autonomia significa facoltà di autoregolamentare i propri interessi. Risulta, perciò, essere autonomo chi può decidere sul se e sul come perseguire e raggiungere un certo scopo mediante il contratto (così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 775).

⁹² Cfr., sul punto, M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GITTI, Bologna, 2006, p. 71.

dei servizi. La rigidità delle norme, infatti, non permette il necessario e continuo adeguamento dei rimedi ai sempre mutevoli pericoli che incombono sulla concorrenzialità del mercato, sulla sua efficienza e sulla libertà negoziale dei suoi attori. Maggiormente rispondenti a questa esigenza di rapidità e puntualità sono invece i provvedimenti amministrativi adottati, però, da autorità indipendenti dai vincoli imposti dalla concezione piramidale della p.a., proprio perché, come già detto⁹³, l'indipendenza è condizione indispensabile per lo svolgimento della funzione regolatoria. Per questo motivo sono state introdotte diverse disposizioni di legge che attribuiscono ad un'autorità indipendente, di volta in volta individuata in relazione al settore d'intervento, il potere di adottare provvedimenti con lo scopo di creare condizioni uniformi per la stipula di determinati contratti. Considerando, poi, che tali provvedimenti finiscono per imporre un determinato contenuto al negozio privatistico, non appare fuori luogo parlare di vera e propria eteronomia delle fonti del regolamento contrattuale⁹⁴.

Analizziamo alcuni esempi per capire meglio gli esatti contorni di questa peculiare forma di intervento dello Stato nelle dinamiche del libero mercato.

Prendiamo in considerazione il caso dell'Isvap, l'autorità indipendente che si occupa della vigilanza nel settore delle assicurazioni private. In armonia con quanto prescritto dalla direttiva 92/1996/CE, il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 174 (che ne costituisce attuazione) e, successivamente, il d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 "*codice delle assicurazioni private*", hanno attribuito

⁹³ Vedi *supra*, par. 1.4.

⁹⁴ Di eteronomia delle fonti, naturalmente, si può parlare anche in relazione alle disposizioni di legge, prima richiamate, che introducono clausole contrattuali in sostituzione di quelle difformi previste dalle parti. Per un approfondimento sul tema si rinvia a S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.

all'Isvap il potere di disciplinare il contenuto della nota informativa che l'impresa di assicurazione deve consegnare al cliente prima della stipula. Questo potere potrebbe sembrare non particolarmente significativo, considerando che si riferisce ad un obbligo di informazione precontrattuale, tuttavia, si comprende pienamente la sua rilevanza in termini di condizionamento dell'autonomia negoziale facendo attenzione al ruolo che la nota informativa svolge, in particolare nel settore delle assicurazioni sulla vita. L'art. 185 del codice delle assicurazioni private afferma che l'Isvap deve disciplinare, con regolamento, *“il contenuto e lo schema della nota informativa in modo tale che siano previste, oltre alle indicazioni relative all'impresa, le informazioni sul contratto con particolare riguardo alle garanzie e alle obbligazioni assunte dall'impresa, alle nullità, alle decadenze, alle esclusioni e alle limitazioni della garanzia e alle rivalse, ai diritti e agli obblighi in corso di contratto e in caso di sinistro, alla legge applicabile ed ai termini di prescrizione dei diritti, alla procedura da seguire in caso di reclamo e all'organismo o all'autorità eventualmente competente”*. L'ampiezza delle prescrizioni che la nota informativa deve prevedere aumenta ancor di più nel settore delle assicurazioni sulla vita dove si devono specificare anche le informazioni essenziali relative ai costi ed ai rischi del contratto ed alle operazioni in conflitto di interesse. In più, il regolamento Isvap deve indicare anche quali ulteriori informazioni devono essere comunicate al contraente in corso di rapporto in merito a costi, spese e risultati della gestione delle attività in cui è investito il capitale assicurato.

Il contenuto della nota informativa, in altre parole, finisce per descrivere puntualmente quello che deve essere il contenuto del regolamento contrattuale e, dunque, le caratteristiche dei singoli prodotti assicurativi, determinando così una chiara etero – regolamentazione del rapporto negoziale. A fronte di una tale pervasività dell'atto regolamentare, la

disciplina codicistica relativa al contratto di assicurazione appare ormai come residuale o, se vogliamo, come un catalogo di principi⁹⁵ riferibili ad un particolare tipo negoziale.

Le stesse riflessioni possono essere svolte, a maggior ragione, anche in riferimento al recentissimo regolamento Isvap 3 maggio 2012, n. 40, per la definizione dei contenuti minimi del contratto previsto dall'art. 28, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012, n.1, in relazione all'ipotesi in cui le banche e altri intermediari finanziari condizionino l'erogazione di un mutuo immobiliare o di un credito al consumo proprio alla stipulazione di un contratto di assicurazione sulla vita. A differenza dell'ipotesi sopra delineata, in questo caso il regolamento si spinge sino a prevedere direttamente, e in via eteronoma, la disciplina fondamentale del contratto, il suo oggetto e le sue clausole. Il sacrificio dell'autonomia privata non potrebbe apparire più netto.

Nel settore dei servizi d'investimento, sin dal 1991⁹⁶, il legislatore ha attribuito alla Consob il potere di disciplinare l'organizzazione e le modalità di svolgimento delle negoziazioni dei contratti a termine su strumenti finanziari collegati a valori mobiliari quotati nei mercati regolamentati, compresi quelli aventi ad oggetto indici su tali valori mobiliari (i cd. *futures* e *options*). In conseguenza di tale potere la Consob ha

⁹⁵ Così G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 94, il quale ritiene che la mancata consegna della nota informativa o la sua lacunosità rispetto al modello delineato nel regolamento Isvap determini la nullità del contratto di assicurazione per indeterminatezza dell'oggetto. Tale comunicazione precontrattuale, infatti, avrebbe la funzione di rendere intelligibile al futuro assicurato il contenuto stesso del prodotto assicurativo che intende acquistare. La qualità e la quantità di informazioni in essa contenute sembrano giustificare la riflessione proposta dall'autore.

⁹⁶ Il riferimento è all'art. 23, comma 2, della legge 2 gennaio 1991, n. 1, poi abrogato dal d. lgs. 23 luglio 1996, n. 415.

sostanzialmente tipizzato i contratti in questione e l'autonomia degli operatori del mercato mobiliare si è ridotta alla scelta di immettere (da un lato) e di acquistare (dall'altro) questi prodotti finanziari, senza poter incidere in senso dispositivo sulla relativa disciplina.

Passando al settore del credito, l'art. 117, comma 8, del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, ha previsto che *“la Banca d'Italia [anch'essa autorità indipendente] può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato”*, sanzionando, poi, con la nullità i contratti e i titoli difformi. Il testo unico bancario, quindi, ha attribuito alla Banca d'Italia il potere di tipizzazione di alcune forme contrattuali (dando un'interpretazione *“forte”* alla norma) o, quanto meno di *“connotazione”*⁹⁷, intesa come il potere di indicare quali debbano essere i contenuti e le caratteristiche essenziali di un contratto affinché questo possa rientrare in un determinato tipo negoziale (e possa, quindi, essergli attribuito un certo *nomen iuris*). Secondo la prima interpretazione, peraltro minoritaria, l'art. 117, comma 8, garantirebbe alla Banca d'Italia il ruolo di unico soggetto in grado di stabilire il contenuto dei contratti bancari allo scopo di assicurarne la massima trasparenza⁹⁸. Una simile impostazione, tuttavia, finirebbe per penalizzare l'autonomia contrattuale delle parti oltre misura, dal momento che il testo unico bancario non attribuisce alla Banca d'Italia un potere di regolamentazione generalizzato in funzione della trasparenza; l'art. 117, comma 8, si limita a proteggere l'uniformità dei linguaggi informativi⁹⁹.

⁹⁷ L'espressione è di G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 935.

⁹⁸ Tra i sostenitori di questa teoria M. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1993, p. 583.

⁹⁹ In questo senso A.A. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 40 del 1999, p. 27.

Ha prevalso, dunque, la seconda interpretazione della norma in commento secondo cui le parti, da un lato, possono dar vita a contratti non tipizzati ma, dall'altro, non possono inserire nei contratti tipici presi in considerazione dal potere regolamentare della Banca d'Italia clausole difformi da quelle stabilite dall'autorità di vigilanza¹⁰⁰. Anche questa interpretazione "debole" della disposizione, in ogni caso, rende palese il condizionamento esercitato dall'autorità indipendente sull'autonomia privata, tanto più che la legge sanziona con la nullità ogni contenuto negoziale difforme dal modello proposto. A tale nullità, secondo l'opinione di chi scrive, non può, tuttavia, far seguito il meccanismo di sostituzione automatica previsto dall'art. 1339 del codice civile, anche se tale conseguenza sarebbe certamente coerente con la finalità di garanzia nei confronti dell'investitore privato, il quale si trova nella condizione di poter contrarre solo alle condizioni della banca (che, come detto, rendono invalido il contratto)¹⁰¹. Questa conclusione sembra imposta da ragioni di ordine letterale - l'art. 1339 c.c. richiede che sia una norma imperativa di legge a imporre il contenuto del regolamento contrattuale cui non si è conformata la volontà negoziale delle parti - e di ordine sistematico. Nel medesimo art. 117 del T.U.b., infatti, mentre nell'ottavo comma non si fa cenno ad un meccanismo di integrazione del regolamento contrattuale o di modifica dello stesso secondo quanto previsto dall'opera di tipizzazione / connotazione della Banca d'Italia, il comma 7 ha introdotto proprio tale meccanismo in relazione ad altre ipotesi di nullità del contratto. Come ricorda l'antico brocardo, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Nell'ipotesi analizzata, dunque, il contrasto del regolamento contrattuale voluto dalle

¹⁰⁰ Si legga in proposito R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994, p. 481, richiamato da A.A. DOLMETTA, op. cit., p. 23.

¹⁰¹ In questo senso anche G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, cit., p. 940; contra A.A. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, cit., p. 27.

parti (*rectius*, imposto dalla banca, che si trova in posizione dominante rispetto all'investitore) con quanto previsto dall'atto regolatorio della Banca d'Italia avrà l'effetto di determinare la nullità del contratto stipulato senza che residui spazio per eventuali eterointegrazioni. Nullità che sarà rilevabile d'ufficio dal giudice e che, analogamente ad una nullità di protezione del codice del consumo, opererà solo a vantaggio del cliente, così come previsto dall'art. 127 del T.U.b..

Concludo questa serie di esempi, che dimostrano la penetrante efficacia degli atti delle autorità indipendenti in termini di limitazione dell'autonomia negoziale privata, con quello che ritengo un caso particolarmente significativo e che coinvolge i poteri delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

La legge 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva di queste amministrazioni indipendenti (tra cui si annoverano l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e quella per le telecomunicazioni), ha previsto l'attribuzione in favore di questi organismi di numerosi poteri funzionali all'attività di regolazione, tra i quali spicca quello di adottare *“direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione”*¹⁰². Inoltre, il comma 37 dello stesso articolo dispone che il contenuto di tali direttive, adottate a seguito di un'attività di concertazione con i rappresentanti dei soggetti protagonisti del settore economico interessato, vada ad integrare o a modificare il regolamento di servizio che il soggetto gestore deve predisporre nel rispetto della legge in questione e delle

¹⁰² Si tratta del potere indicato all'art. 2, comma 12, lettera h), della legge n. 481 del 1995.

convenzioni o accordi di programma stipulati con l'amministrazione concedente. Il regolamento di servizio, è bene precisarlo, costituisce una sorta di negozio normativo unilaterale¹⁰³ in base al quale l'esercente predispone la disciplina dei futuri contratti individuali d'utenza e si impegna a non discostarsene in modo che sia maggiormente garantita la posizione del contraente debole da eventuali mutamenti in senso peggiorativo o discriminatorio. Le direttive adottate dall'autorità garante, pertanto, si presentano come fonti eteronome del regolamento di servizio e, in seconda battuta, anche dei singoli contratti d'utenza che riflettono il contenuto del regolamento.

L'autorità che più di altre ha esercitato in modo penetrante il potere attribuito dalla legge è l'Autorità per l'energia elettrica e il gas che, nello specifico, ha adottato la direttiva n. 229 del 2001 (poi ripetutamente modificata e integrata) con cui ha determinato in modo assai dettagliato le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali attraverso reti di gasdotti locali. Ciò premesso, e a conferma della bontà di quanto sostenuto in merito alla natura di fonte eteronoma dei contratti d'utenza attribuita alle direttive delle autorità garanti, la Corte di cassazione ha affermato che *"il potere normativo secondario (o, altrimenti, il potere di emanazione di atti amministrativi precettivi collettivi) dell'Autorità per l'energia elettrica ed il Gas (A.e.e.g.) ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h, l. 14 novembre 1995 n. 481, si può concretare anche nella previsione di prescrizioni specifiche, che non lascino al destinatario margini di scelta sul quando e sul "quomodo", le quali, tramite l'integrazione del regolamento di servizio, di cui al comma 37 dello stesso art. 2 citato, possono in via riflessa integrare, ai sensi*

¹⁰³ Per un approfondimento sulla qualificazione del regolamento di servizio in termini di negozio normativo si richiama G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, 1994, p. 233 ss.

dell'art. 1339 c.c., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti"¹⁰⁴. Come giustificare, tuttavia, la pur corretta applicazione dell'art. 1339 c.c.? Si potrebbe sostenere che le eventuali clausole difformi dei contratti individuali debbano essere sostituite da quelle previste nel regolamento perché l'esercente si è vincolato a non disporre diversamente, tuttavia, questa lineare ricostruzione non appare, in prima battuta, convincente. Se analizziamo la questione con gli occhi del civilista e consideriamo il regolamento di servizio un negozio normativo (per quanto unilaterale), è facile rilevare che i negozi normativi fissano la disciplina dei futuri contratti ma non tolgono alle parti la possibilità di accordarsi in modo diverso. Se, invece, le clausole difformi del contratto individuale voluto dalle parti venissero sostituite da quelle del negozio normativo, a quest'ultimo dovrebbe riconoscersi carattere legale e non negoziale¹⁰⁵. Ma, nel nostro caso, è proprio questa la chiave di volta che giustifica l'applicabilità dell'art. 1339 c.c.. Il regolamento di servizio può essere considerato un particolare negozio normativo avente carattere legale. Da un lato costituisce manifestazione di autonomia privata del soggetto esercente il servizio (e, dunque, almeno in parte, è riconducibile alla sua volontà negoziale) ma, dall'altro, recepisce al suo interno, per volontà della legge, il contenuto delle direttive dell'autorità garante relative alle condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas. Condizioni che sono, evidentemente, imposte dalla legge e che fanno rientrare la fattispecie nell'ambito di applicazione dell'art. 1339 c.c..

¹⁰⁴ Cass. civ., sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401, in *Giust. civ.* 2011, 9, I, p. 1967.

¹⁰⁵ In relazione all'impossibilità di applicare l'art. 1339 c.c. ai c.d. contratti normativi si richiama F. GAZZONI, op. cit., p. 895. Per un'analisi completa dell'istituto si rinvia a F. MESSINEO, *Contratto normativo*, in *Enc. giur.*, 1962, p. 122; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 527.

1.4.2 – (segue) Analisi della natura del potere regolatorio delle autorità amministrative indipendenti, tra categorie e forme del diritto amministrativo ed effetti che incidono nel campo del diritto privato.

La regolazione affidata alle autorità indipendenti ha la funzione di garantire le condizioni per l'esercizio dell'autonomia contrattuale e, più in generale, garantire la libertà dell'iniziativa economica. L'affermazione, dopo quanto detto nelle pagine che precedono in tema di eterointegrazione dei contratti e di condizionamento dell'autonomia negoziale, potrebbe sembrare contraddittoria o, quanto meno, provocatoria. Escludendo la provocazione, che certo non si addice ad uno scritto giuridico, sono necessarie alcune riflessioni per fugare anche l'apparente contraddizione.

Il potere esercitato dalle autorità indipendenti rientra a pieno titolo nella più ampia categoria del potere amministrativo ma, almeno per certi versi, risulta eccentrico rispetto al tradizionale schema che vede contrapposti autorità pubblica e soggetti privati¹⁰⁶. Gli atti per mezzo dei quali tale potere si esplica spesso sono il frutto di dialogo e concertazione con i soggetti interessati dall'intervento regolatorio e, talvolta, l'intervento è richiesto proprio da quei soggetti (privati) la cui posizione nel mercato risulta pregiudicata dallo squilibrio della forza contrattuale o dalla presenza dominante dei c.d. soggetti *incumbents*. Si pensi, ad esempio agli ex monopolisti pubblici che godono indubbiamente di una posizione privilegiata rispetto a quegli operatori – *new comers* – che intendono entrare nel loro mercato. Parte della dottrina si è spinta sino a parlare di atti amministrativi negoziati¹⁰⁷ ma, per quanto il procedimento per la loro adozione possa talvolta coinvolgere i rappresentanti dei soggetti interessati

¹⁰⁶ In questo senso si legga L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, p. 428 ss..

¹⁰⁷ Così G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, cit., p. 106.

dall'azione dell'autorità, ritengo che quest'ultima rimanga fondamentalmente una risposta autoritativa ai c.d. fallimenti del mercato. Peraltro, esistono ipotesi in cui l'esercizio del potere amministrativo potrebbe sembrare ancor più negoziato – si pensi agli accordi sostitutivi del provvedimento *ex art. 11* della legge n. 241 del 1990 – ma, anche in relazione ad essi, le peculiari forme procedimentali non determinano il prevalere del diritto privato su quello amministrativo¹⁰⁸.

Nel caso in esame, piuttosto, la peculiarità sta nel fatto che il potere amministrativo va ad incidere su atti privatistici e, in particolare, sui contratti, sottraendoli alla dinamica dei rapporti di forza tra le parti. Questo condizionamento, come abbiamo visto, si avvicina al meccanismo di sostituzione automatica delle clausole contrattuali previsto dall'art. 1339 c.c. e, talvolta, ne costituisce applicazione¹⁰⁹. L'unica vera differenza con l'istituto civilistico consiste nel fatto che la norma imperativa di rango primario non prevede puntualmente le clausole da inserire nel regolamento contrattuale ma, dopo aver imposto la sostituzione automatica o l'integrazione del contratto, affida questo compito alla discrezionalità (tecnica) delle autorità indipendenti, in modo da assicurare la dinamicità dell'intervento regolatorio ed evitare pericoli di cristallizzazione della disciplina. La libera negoziazione, dunque, cede il passo all'autoritatività

¹⁰⁸ L'accordo sostitutivo, proprio perché alternativo al provvedimento, non può che partecipare della sua stessa natura pubblicistica. In più la possibilità generalizzata di recedere, accordata dalla legge alla pubblica amministrazione, si avvicina molto di più alla fattispecie della revoca del provvedimento *ex art. 21-quinquies*, che non al recesso dai contratti di cui all'art. 21-*sexies*. Per un approfondimento si rimanda a G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988.

¹⁰⁹ Il riferimento è all'ipotesi descritta nel paragrafo precedente, relativa ai poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

degli atti di regolazione e, in questa prospettiva, altra parte della dottrina¹¹⁰ ha affermato che l'azione delle autorità indipendenti andrebbe correttamente collocata tra quelle forme di intervento pubblico nell'economia previste dall'art. 41, comma 3, della Costituzione.

La conclusione, se pur basata su premesse corrette (natura sostanzialmente amministrativa dell'attività di regolazione), non può essere condivisa nella sua radicalità.

Ciò che differenzia l'intervento regolatorio delle autorità indipendenti dal comune agire provvedimentale è la particolarità dell'interesse pubblico che giustifica l'attribuzione del potere in questione. Questo non consiste tanto nel perseguimento di precisi e predeterminati obiettivi di politica economica, quanto nella promozione della concorrenza e la tutela dei consumatori¹¹¹. Tra gli interessi in gioco – quelli degli esercenti e degli utenti – non vi è una differenziazione in termini di interesse primario e interessi secondari. Essi sono equiordinati e vanno temperati in funzione del più generale interesse pubblico consistente nella creazione o nel mantenimento delle condizioni che rendono efficiente e concorrenziale il mercato¹¹². Se questo è l'obiettivo – poi variamente declinato a seconda del raggio d'azione dell'autorità indipendente – la funzione regolatoria deve essere neutrale rispetto sia agli interessi particolari degli operatori di

¹¹⁰ Cfr. E. SCOTTI, *Il servizio pubblico. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, p. 100 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 153 ss..

¹¹¹ Così, autorevolmente, G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 130.

¹¹² Si legga G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, cit., p. 131, in cui si afferma che il tratto caratteristico della regolazione appare “quello di conciliare principi e valori «di sistema», in una prospettiva market oriented, con diritti e interessi contrapposti, ma equiordinati, dei privati”. Cfr. anche G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, cit., p. 659.

quel mercato, sia all'interesse politico – economico ad un certo sviluppo dell'economia nazionale. Se, infatti, gli uni o l'altro assurgessero ad interesse primario dell'azione amministrativa, la regolazione sarebbe solo il nome per una nuova declinazione del tradizionale dirigismo che ha caratterizzato la vecchia costituzione economica.

Poiché, dunque, l'azione regolatoria deve essere intesa come risposta ai fallimenti del mercato, diviene di primaria importanza l'applicazione del principio di proporzionalità, in modo che l'intervento si mantenga nei limiti strettamente necessari per ridare efficienza al mercato, senza sacrificare il primato della libertà d'iniziativa economica e dell'autonomia negoziale. Proporzionalità che, sul piano operativo, può essere perseguita anche mediante il confronto dell'autorità¹¹³ con le categorie di quegli attori economici, la cui autonomia negoziale è destinata a subire i condizionamenti dell'atto regolatorio.

Ritornando all'affermazione che ha introdotto queste riflessioni, dunque, non è affatto contraddittorio ritenere che la limitazione dell'autonomia privata che discende dall'operato delle autorità indipendenti sia funzionale proprio alla garanzia di tale autonomia. E questo perché l'azione amministrativa di regolazione vuol consentire alla libertà economica di svilupparsi in armonia con il principio di uguaglianza¹¹⁴.

1.4.3 – Il caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In particolare, il potere di accettare impegni di cui all'art. 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287, tra discrezionalità tecnica e amministrativa.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è un'amministrazione

¹¹³ Cfr. S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nel procedimento davanti alle autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, p. 37 ss.

¹¹⁴ In questo senso anche F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 45.

indipendente non di tipo settoriale ma trasversale. Gli interessi affidati alla sua cura si compendiano nel valore della concorrenzialità del mercato (o meglio, di tutti i mercati) e, dunque, non sono propri di un particolare settore dell'economia.

Per poter svolgere la propria missione l'Autorità (d'ora in poi Agcm) è stata dotata dal legislatore di numerosi poteri.

In primo luogo, per quanto non si tratti di un vero e proprio potere che rientri nell'ambito dell'agire amministrativo in funzione di regolazione tipico delle autorità indipendenti, l'Agcm è dotata di un importante potere di segnalazione, che le è stato attribuito dall'art. 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287. In base alla citata norma, l'Autorità ha il potere di segnalare al Parlamento e al Governo tutti quei casi in cui atti legislativi, regolamentari o anche atti amministrativi di carattere generale determinano conseguenza dannose per l'assetto concorrenziale dei mercati. In più, oltre alla segnalazione, è possibile indicare anche i possibili rimedi, sollecitando un pronto intervento da parte del potere (legislativo o esecutivo) di volta in volta interessato. Questa funzione viene tradizionalmente indicata con il nome di *advocacy* e consente all'Agcm di svolgere quella funzione d'impulso necessaria per adeguare l'ordinamento interno agli *standards* di concorrenzialità richiesti dalla normativa comunitaria, evitando, così, il rischio di sanzioni da parte della Commissione e favorendo un costruttivo dialogo con il potere politico al fine di dar vita a riforme strutturali in chiave pro-concorrenziale.

Il secondo, e più tipico, potere dell'Agcm si concreta nell'attività di repressione degli illeciti anticoncorrenziali¹¹⁵ che, per larga parte, trova la

¹¹⁵ Ai sensi dell'art. 101 TFUE, costituiscono illeciti anticoncorrenziali innanzi tutto le c.d. intese che possono assumere la triplice connotazione di accordi tra imprese, pratiche commerciali concordate e decisioni di associazioni di imprese che abbiano per oggetto o

sua disciplina nel regolamento CE n. 1 del 2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (oggi artt. 101 e 102 TFUE). L'art. 5 del regolamento, nello specifico, attribuisce alle autorità garanti dei vari paesi membri gli stessi poteri di cui dispone la Commissione¹¹⁶, fermo restando il potere di coordinamento delle funzioni antitrust spettanti alla stessa Commissione che si manifesta in una serie di obblighi gravanti sulle autorità nazionali: obbligo di informazione circa le istruttorie aperte e i provvedimenti che si intendono adottare; obbligo di astenersi dal procedere se la Commissione ha già avviato un procedimento sulla medesima infrazione; obbligo di non adottare provvedimenti in contrasto con quanto deciso dalla Commissione¹¹⁷.

Prima di occuparci in maniera diffusa del potere di accettare impegni, che rientra nell'ambito dell'attività repressiva degli illeciti anticoncorrenziali, ritengo opportuno analizzare brevemente un ulteriore, interessante, potere recentemente attribuito all'Agcm dall'art. 35 del d.l. n. 201 del 2011, convertito con legge 22 dicembre 2011, n. 214. La norma in questione ha introdotto nella legge n. 287 del 1990, istitutiva dell'Agcm, l'art. 21-*bis* che attribuisce all'autorità la legittimazione ad agire in giudizio *“contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”*. Laddove l'Agcm, a seguito di un'apposita attività istruttoria,

per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza. A questa figura di illecito deve poi aggiungersi l'abuso di posizione dominante da parte di una o più imprese nell'ambito del mercato interno o di una sua parte sostanziale (c.d. *relevant market*).

¹¹⁶ Le autorità nazionali possono, infatti, adottare le seguenti decisioni in esito ad un'istruttoria su illeciti antitrust: a) ordinare la cessazione di un'infrazione; b) disporre misure cautelari; c) accettare impegni; d) comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale; e) decidere di non aver motivo di intervenire.

¹¹⁷ Sul punto si veda L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, p. 227 ss..

ritenesse che un atto emanato da qualsiasi p.a. sia in contrasto con le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato, potrebbe quindi adottare un parere motivato contenente le ragioni che sostengono la sua valutazione negativa e, nell'ipotesi in cui l'amministrazione in questione non si dovesse conformare al parere entro sessanta giorni, sarebbe legittimata ad agire in giudizio nei successivi trenta giorni. Questo potere, al di là dei numerosi problemi che solleva sul piano strettamente processuale¹¹⁸, rappresenta un formidabile strumento per garantire, in concreto, una puntuale vigilanza su tutti i provvedimenti amministrativi e specialmente su quelli – anche a contenuto particolare – che producono effetti nelle relazioni economiche tra amministrazione e operatori di mercato. Si pensi alle ipotesi in cui venisse aggiudicato un appalto o affidata la gestione di un servizio pubblico locale in esito ad una procedura di gara non rispettosa dei principi dell'evidenza

¹¹⁸ Il più rilevante tra questi problemi consiste nella difficoltà di individuare una posizione giuridica soggettiva riferibile all'autorità garante che giustifichi il suo interesse ad agire in giudizio. Poiché l'Agcm non farebbe valere in giudizio situazioni giuridiche proprie, la norma aprirebbe la strada ad una giurisdizione di diritto oggettivo, a tutela dell'interesse alla legalità e non a tutela delle posizioni soggettive eventualmente lese dall'azione amministrativa, in contrasto con quanto previsto dagli artt. 103 e 113 Cost. (così F. CINTOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *www.federalismi.it* n. 12/2012, p. 3 ss.). Una prima soluzione interpretativa in grado di superare il pericolo di una pronuncia di illegittimità costituzionale potrebbe essere quella di riconoscere in capo all'autorità garante la titolarità di una posizione sostanziale riconducibile all'interesse "di sistema" all'assetto concorrenziale del mercato, assimilabile, proprio perché si tratta di un bene della vita appartenente a tutti gli operatori di mercato, alla categoria degli interessi diffusi. Questi ultimi, infatti, pur non essendo del tutto equiparabili ad un interesse legittimo perché privi di uno specifico titolare, cioè un soggetto portatore di una posizione differenziata rispetto alla massa indistinta dei consociati, sono certamente tutelabili dinanzi al giudice amministrativo. Si è schierata a favore del riconoscimento in capo all'Agcm di un interesse sostanziale M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2012, p. 8.

pubblica o, in ogni caso, violando il divieto di non discriminazione tra gli operatori economici. In questi casi il provvedimento di aggiudicazione e tutti i provvedimenti della procedura, illegittimi perché contrari alle regole poste a tutela della concorrenza, sarebbero esposti al peculiare potere di impugnazione riconosciuto all'Agcm. In più, considerando che il concorrente leso dall'atto viziato potrebbe anche non averlo impugnato autonomamente nel termine di decadenza di trenta giorni (termine dimezzato in quanto, nell'esempio proposto, sarebbe applicabile il rito speciale degli appalti di cui all'art. 120 c.p.a.) l'azione dell'autorità garante, magari sollecitata proprio dal concorrente incorso nella decadenza o da un soggetto escluso dalla procedura competitiva, finirebbe per consentire l'annullamento degli atti di gara anche in un momento successivo rispetto ai pochi giorni che la legge processuale mette a disposizione per la tutela delle posizioni soggettive dinanzi al giudice amministrativo. L'impugnazione promossa dall'Agcm, pertanto, anche se finalizzata alla tutela di un interesse obiettivo (giuridicamente rilevante e non di mero fatto¹¹⁹) come quello della concorrenzialità del mercato, si affianca e implementa, sia pur indirettamente, gli strumenti di difesa che l'ordinamento riconosce ai soggetti che vengono pregiudicati nelle loro posizioni soggettive dall'azione amministrativa.

Rimane da analizzare un ulteriore e assai particolare potere che l'art. 14-ter della legge n. 287 del 1990 attribuisce all'autorità garante: quello di accettare gli impegni presentati da imprese che sono coinvolte in

¹¹⁹ Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *www.giustiziamministrativa.it*, secondo cui "l'interesse al corretto funzionamento del mercato non è un mero interesse di fatto, ma un interesse giuridicamente rilevante, la cui violazione consente, appunto, l'attivazione dei rimedi giurisdizionali. Se si trattasse un interesse di mero fatto, invero, esso non potrebbe essere mai fatto valere in giudizio, perché la lesione di interessi di fatto non è fonte di danno ingiusto ex art. 2043 c.c. e non giustifica la proposizione di ricorsi innanzi al giudice amministrativo".

un'istruttoria antitrust, nei limiti in cui siano in grado di far venir meno i profili anticoncorrenziali che giustificerebbero l'irrogazione di una sanzione.

Un esempio concreto potrà essere d'aiuto per comprendere meglio in cosa consista il potere in questione. Nell'ottobre del 2008 l'Agcm ha avviato un'istruttoria nei confronti dell'Enel e delle sue società controllate Enel Servizio Elettrico S.p.a. ed Enel Distribuzione S.p.a., volta ad accertare la violazione dell'art. 82 del Trattato CE (abuso di posizione dominante). Il gruppo facente capo all'Enel, ex monopolista pubblico, aveva ostacolato il passaggio degli utenti ad altro gestore (nel caso di specie Exergia S.p.a.) fornendo a quest'ultimo, in modo incompleto o errato, informazioni che, tuttavia, erano indispensabili per portare a termine l'operazione¹²⁰. L'autorità garante invece di sanzionare Enel S.p.a., ha reso obbligatorio l'impegno proposto da quest'ultima a comunicare ai propri concorrenti, con tempistiche e modalità adeguate, tutte le informazioni indispensabili per la fornitura di energia elettrica agli utenti¹²¹. La decisione dell'Agcm ha quindi ottenuto, in tempi rapidi, l'effetto di consentire ai gestori concorrenti dell'Enel la possibilità di entrare nel mercato dell'energia elettrica senza subire limitazioni alle proprie *chances* competitive e, agli utenti, di godere di un vantaggioso regime concorrenziale.

L'esempio riportato consente di comprendere quanto il potere di accettare impegni consenta all'autorità garante di influire sui rapporti di forza tra gli operatori di mercato e, conseguentemente, di condizionare i loro rapporti negoziali e gli equilibri del settore economico in cui si trovano ad operare.

¹²⁰ Per un'analisi diffusa del caso in questione si rinvia a L. AMMANNATI, A. CANEPA, F. CARFI, *La tutela della concorrenza nei mercati regolati: le decisioni dell'Agcm in materia di servizi di interesse economico generale (secondo semestre 2009 e 2010)*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 214 ss..

¹²¹ Agcm, provv. n. 20549 del 10 dicembre 2009 (*Exergia/Enel – Servizio di salvaguardia*).

Ciò premesso, la domanda che l'interprete deve porsi è se il potere in questione può essere esercitato facendo uso di sola discrezionalità tecnica o se vi sia spazio per l'esercizio di vera e propria discrezionalità amministrativa. A seconda della risposta saranno ben diverse le conseguenze in termini di capacità di condizionamento dell'autonomia privata.

L'art. 14-ter della legge n. 287 del 1990 non offre indicazioni sufficienti per poter dare una risposta univoca; si limita ad affermare che l'autorità valuta l'idoneità degli impegni a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria e che può renderli obbligatori nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario. Visto il richiamo dell'ordinamento comunitario, l'analisi dei procedimenti dinanzi alla Commissione, peraltro non molto numerosi, fa emergere un uso molto accurato della discrezionalità nel valutare gli impegni, tanto che la decisione finale viene sottoposta ad un iter procedimentale aperto nel quale viene effettuato un minuzioso *market test* con l'audizione degli operatori di mercato interessati.

Alla luce della vaghezza dei criteri indicati dal diritto interno ai quali si dovrebbe ispirare l'azione dell'Agcm, potrebbe sembrare ragionevole una ricostruzione della discrezionalità di cui gode in termini di discrezionalità amministrativa. Tuttavia, nel caso in cui si propendesse per questa impostazione, sarebbe ineludibile affrontare il problema di quale sia l'interesse pubblico sottostante, dal momento che laddove c'è discrezionalità amministrativa vi è anche un fine da perseguire corrispondente alla causa del potere attribuito dalla norma di legge (che giustifica l'esercizio della discrezionalità).

Scartato il fine meramente sanzionatorio, così come quello di operare una *restitutio in integrum* in relazione alla lesione inferta alla concorrenza e al danno subito dagli operatori economici interessati, si potrebbe pensare che

L'autorità garante sia chiamata a realizzare il più ambizioso compito di regolare il mercato in senso pro-concorrenziale anche usando il potere di cui all'art. 14-ter. L'interesse sottostante, quindi, dovrebbe individuarsi proprio nella più generale esigenza di dar vita ad un assetto concorrenziale del mercato che, tuttavia, verrebbe perseguita accettando e rendendo vincolanti degli impegni aventi una rilevanza oggettiva e non limitata al mero superamento di una puntuale vicenda di illecito antitrust.

Secondo una ricostruzione dottrinale che ritengo di condividere¹²² non è possibile riconoscere una finalità di questo tipo al potere di cui si discute. Gli impegni, infatti, devono essere pertinenti alla singola fattispecie e devono neutralizzare il disvalore in termini di violazione delle regole a tutela della concorrenza che di volta in volta viene preso in considerazione dall'istruttoria dell'autorità garante. Gli impegni, in altri termini, non possono essere utilizzati per determinare un assetto concorrenziale del mercato in un'ottica di sistema che vada al di là della singola fattispecie. La dottrina cui ho fatto riferimento, tuttavia, pur negando che il potere possa essere utilizzato nel senso descritto, ammette che, in ogni caso, si debba riconoscere in capo all'autorità una discrezionalità di tipo amministrativo, funzionale al superamento della violazione commessa nella singola fattispecie. Ad avviso di chi scrive, invece, si dovrebbe parlare di discrezionalità tecnica.

Diversi gli argomenti a sostegno di questa impostazione. In primo luogo, il potere di accettare impegni viene esercitato nelle stesse ipotesi in cui l'autorità garante, dopo aver condotto un'adeguata attività istruttoria, ritenga di dover adottare dei provvedimenti sanzionatori. Le valutazioni che è chiamata a compiere, pertanto, sono le stesse e, in entrambi i casi, si impone l'applicazione del principio di proporzionalità nell'esercizio dei

¹²² Il riferimento è a F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 80 ss.

diversi poteri. Nel caso delle sanzioni, queste devono essere commisurate all'entità della violazione; nel caso degli impegni, questi devono essere coerenti con l'ipotizzato illecito e le sue conseguenze economiche. L'Agcm, assumendo un ruolo per certi versi notarile, deve allora compiere una valutazione tecnico – economica e decidere di rendere obbligatorio l'impegno solo se questo si dimostri idoneo a superare i profili di anticoncorrenzialità senza alterare oltre quanto necessario le dinamiche del libero mercato. La discrezionalità, dunque, è soltanto tecnica perché la valutazione cui è chiamata l'autorità garante deve essere condotta facendo uso di cognizioni tecnico – scientifiche di carattere specialistico riconducibili, in particolare, alla materia della scienza economica. Questo non significa che l'attività di valutazione sia sostanzialmente vincolata o in grado di fornire risultati certi e univoci. Anzi, l'apprezzamento di fattispecie quali possono essere l'abuso di posizione dominante o gli effetti economici di un impegno sul mercato di riferimento può certamente dar luogo a dei risultati opinabili (secondo la classica definizione di discrezionalità tecnica¹²³). Tuttavia, l'opinabilità del risultato di una valutazione effettuata facendo uso di parametri tecnici è cosa ben diversa dall'opportunità di una scelta che coinvolge la valutazione comparativa di interessi primari e secondari, tipica della discrezionalità amministrativa. Quest'ultima, infatti, proprio perché strumentale alla cura dell'interesse pubblico, impedisce all'organo che agisce di porsi in posizione neutrale

¹²³ Per un approfondimento si rimanda a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 161 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II, p. 492 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1021 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 369.

rispetto agli interessi in gioco; il che è del tutto incompatibile con l'attività tipica delle autorità indipendenti¹²⁴.

Un secondo argomento a sostegno della tesi della discrezionalità tecnica va individuato nella mancanza di copertura costituzionale di un'autorità amministrativa che si sottrae al tradizionale modello delineato dall'art. 95 Cost. secondo cui ogni amministrazione deve rispondere al Governo. La dipendenza nei confronti del Governo, infatti, è principio irrinunciabile se l'autorità in questione svolge un'attività di ponderazione degli interessi pubblici e, dunque, se fa uso di discrezionalità amministrativa. Volendo considerare il potere di accettare impegni come connotato da questo tipo di discrezionalità è evidente che non possa essere esercitato da un'autorità indipendente ma, al contrario, debba essere appannaggio esclusivo di amministrazioni che facciano capo al Governo e che siano tenute al rispetto del relativo indirizzo. Se ne deduce, pertanto, che solo nel caso in cui il potere in questione sia esercitato dall'Agcm in veste neutrale, senza compiere alcuna valutazione funzionale alla cura di un superiore interesse pubblico (quale potrebbe essere la regolazione del mercato secondo un particolare indirizzo politico - economico), l'attività dell'autorità garante può dirsi coerente con l'attuale assetto costituzionale.

Ulteriori indicazioni circa la reale "estensione" del potere che stiamo analizzando provengono dalla giurisprudenza comunitaria dal momento che anche (e soprattutto) la Commissione può esercitarlo, in base a quanto disposto dall'art. 9 del Regolamento CE n. 1 del 2003.

Il Tribunale di primo grado dell'Unione, nel caso *Alrosa c. Commissione*¹²⁵, ha annullato la decisione della Commissione di rendere vincolante un

¹²⁴ In merito al rapporto tra attività delle autorità indipendenti e discrezionalità tecnica si veda F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, 4, p. 793.

impegno proposto dalla società De Beers perché i suoi effetti andavano ben oltre l'obiettivo di impedire la creazione di un'esclusiva della stessa De Beers nell'acquisto di diamanti grezzi dalla società Alrosa¹²⁶. Il Tribunale ha affermato che *“il rispetto del principio di proporzionalità esige che l'istituzione, qualora esistano misure meno restrittive di quelle che intende rendere obbligatorie, e siano ad essa note, esamini la loro idoneità a rispondere alle preoccupazioni che giustificano la sua azione, prima di optare, qualora esse dovessero rivelarsi all'uopo inidonee, per la formula più restrittiva”*. Nel caso di specie, le società Alrosa e De Beers avevano, in precedenza, presentato degli impegni meno restrittivi ma la Commissione li aveva rifiutati senza giustificare la propria scelta. In questo modo ha costretto la De Beers a presentare un impegno molto più restrittivo dei precedenti e, di fatto, sproporzionato rispetto all'obiettivo che intendeva inizialmente perseguire la stessa Commissione, con grave pregiudizio per l'attività commerciale di Alrosa.

Se ne deduce che, secondo l'interpretazione offerta dal giudice comunitario, il potere di accettare impegni deve essere esercitato in coerenza con la singola fattispecie di illecito antitrust rilevata, senza condizionare oltre quanto strettamente necessario la libertà negoziale dei soggetti che ne subiscono gli effetti.

¹²⁵ Trib. P.G., IV sez., 11 luglio 2007, causa T 170/06, *Alrosa c. Commissione*, in <http://curia.europa.eu>.

¹²⁶ Le due società avevano, in un primo tempo, proposto degli impegni in cui si stabiliva di ridurre progressivamente i rapporti commerciali, in modo da agevolare l'apertura di un importante mercato di diamanti grezzi anche agli altri operatori economici interessati. La Commissione, tuttavia, ha rifiutato di accettare questi impegni limitandosi ad affermare (senza alcuna dimostrazione) la loro inidoneità a superare i profili di anticoncorrenzialità rilevati. Successivamente la De Beers ha proposto l'impegno di interrompere qualsiasi rapporto commerciale con Alrosa e la Commissione ha accettato tale impegno rendendolo obbligatorio.

In ambito nazionale si è pronunciato in modo non dissimile il T.a.r. per il Lazio¹²⁷ in riferimento al medesimo potere che l'art. 14-ter della legge n. 287 del 1990 attribuisce all'Agcm. Nella sua pronuncia il giudice amministrativo ha annullato la decisione di accettazione degli impegni offerti dalle parti che, nel caso specifico, avrebbero dovuto eliminare gli effetti anticoncorrenziali rilevati dall'Agcm nel mercato del soccorso autostradale meccanico. Ciò che, tuttavia, maggiormente rileva ai fini del nostro discorso è l'importanza attribuita allo stretto legame esistente tra l'illecito antitrust rilevato e gli impegni resi obbligatori dall'autorità di garanzia. Un legame che vede la decisione di accettazione servente, strumentale, rispetto alla primaria esigenza di superare la violazione delle norme poste a tutela della concorrenza. Per questo motivo si deve ritenere preclusa *“l'adottabilità di una determinazione con la quale vengano resi “obbligatori” impegni la cui portata contenutistica (e le cui ricadute effettuali) esulino dai profili di (sospetta) anticoncorrenzialità che avevano indotto l'Autorità ad attivare i poteri istruttori ad essa spettanti”*¹²⁸. Se così non fosse, secondo il giudice amministrativo, verrebbe ad introdursi nell'ordinamento la possibilità di esercitare, ad opera dell'Agcm, un potere “regolativo” del mercato che, prendendo spunto da elementi (o “sospetti”) di eventuale condotta anticompetitiva, finisce per essere un potente mezzo in grado di introdurre una vera e propria disciplina di settore, dettando prescrizioni

¹²⁷ T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 22 aprile 2009, n. 5005, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²⁸ Nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, in *Foro it.*, 2003, III, c. 3 ss. che, nell'affrontare la questione relativa all'adottabilità di misure correttive della concorrenza a carattere strutturale, ha dato atto dell'immanenza, in materia, del principio di proporzionalità, *“espressamente richiamato dal Regolamento 4064/89 CE ed affermato dalla Corte di Giustizia”* secondo cui è necessaria non solo *“la dimostrazione dell'idoneità della misura a raggiungere lo scopo perseguito, ma anche la dimostrazione della sua adeguatezza”*.

orientative dell'agere degli operatori (anche, o soprattutto, prescindendo dalla mera esigenza di pervenire all'eliminazione dei singoli illeciti)¹²⁹.

All'equilibrata e condivisibile impostazione circa lo scopo e la portata del potere di accettare impegni fornita dal giudice comunitario di primo grado e dalla giustizia amministrativa nazionale, si contrappone, tuttavia, un nuovo orientamento espresso in sede comunitaria dalla Corte di giustizia.

Il riferimento è alla sentenza con cui è stata annullata la pronuncia del Tribunale di primo grado relativa al caso *Alrosa c. Commissione*¹³⁰. La Corte ha affermato che la Commissione non era affatto tenuta a valutare se fosse possibile adottare soluzioni meno onerose o più moderate rispetto agli impegni sottoposti alla sua attenzione; infatti, *“l'attuazione da parte della Commissione del principio di proporzionalità nel contesto dell'art. 9 del regolamento n. 1/2003 si limita alla sola verifica che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che essa ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni”*. Tuttavia, considerando che nella pronuncia in questione viene anche affermato che la Commissione non era comunque tenuta a giustificare il suo rigetto degli impegni congiunti, e meno gravosi, proposti in precedenza dalle società De Beers e Alrosa, si ricava che la Commissione, nell'esercizio del potere in questione, godrebbe di una discrezionalità ampia al punto da poter costringere le imprese a presentare impegni che vanno ben al di là di quanto strettamente necessario per superare i profili di anticoncorrenzialità. E le imprese si

¹²⁹ In questo senso anche T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 7 aprile 2008 n. 2902, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹³⁰ Corte giustizia UE, grande sez., 29 giugno 2010, causa C-441/07 P – *Commissione c. Alrosa*; per un commento critico si legga: C. PEPE, *Il caso DE Beers / Alrosa alla Corte di giustizia: la presentazione di impegni nella disciplina antitrust e nuovi sviluppi in tema di autorità garanti e sindacato giurisdizionale*, in *www.federalismi.it*; R. CAPONIGRO, *Interessi e regole di tutela negli ambiti nazionale e comunitario*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

troverebbero nella condizione di dover scegliere tra un impegno sostanzialmente sproporzionato e la chiusura del procedimento con un provvedimento sanzionatorio. Pertanto, se per qualsiasi ragione (anche solo di velocità nella definizione della vertenza) le imprese proponessero un impegno eccessivamente gravoso, la decisione di accettazione avrebbe l'effetto di modificare innaturalmente gli equilibri di mercato alla stregua di un vero e proprio atto di regolazione, quando – evidentemente – né alla Commissione, né all'autorità garante nazionale è stato affidato uno specifico mandato in tal senso dalle norme attributive del potere.

Deve, quindi, ritenersi maggiormente equilibrata la posizione espressa dal giudice amministrativo laddove ha affermato che la decisione di accettazione di impegni *“non deve introdurre all'interno delle regole di funzionamento del mercato un quid novi rispetto all'assetto che quest'ultimo avrebbe assunto in difetto della condotta suscettibile di essere stigmatizzata per effetto della rilevabile violazione delle regole concorrenziali”*¹³¹.

1.4.4 – L'eccesso di attività regolatoria porta ad un nuovo dirigismo nell'economia.

L'analisi degli interventi legislativi che hanno introdotto numerosissime norme a tutela della concorrenza e l'analisi appena compiuta dei poteri che l'ordinamento riconosce alle autorità amministrative indipendenti, sia a quelle tipicamente settoriali, sia a quelle che hanno un raggio d'azione trasversale come l'Agcm, permette di intravedere un possibile corto circuito. L'attività di regolazione è, in estrema sintesi, diretta a garantire le condizioni per lo sviluppo e il mantenimento di un mercato concorrenziale, tuttavia ci si potrebbe chiedere se esista un modello di mercato

¹³¹ Così T.a.r. Lazio, sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 353, con nota di G. COLANGELO.

concorrenziale cui tale attività si rivolge. Il rischio cui si faceva cenno consiste proprio in questo. Nata per supplire ai fallimenti del mercato e per coniugare la libertà d'iniziativa economica con il principio di uguaglianza, la regolazione potrebbe degenerare in un nuovo interventismo, in una nuova programmazione economica in funzione della concorrenza e della liberalizzazione.

Il voler raggiungere un determinato assetto del mercato finirebbe per tradire, in una curiosa eterogenesi dei fini¹³², la *ratio* ispiratrice dell'intero progetto che affonda le proprie radici nei valori fondamentali dell'Unione europea. I numerosissimi obblighi imposti agli operatori di mercato, che si traducono in altrettante limitazioni dell'autonomia negoziale, in prima battuta vogliono essere gli strumenti per creare la concorrenza anche dove non c'è o dove è forte il rischio di una sua menomazione ma, complessivamente considerati, creano le condizioni affinché si delinei per via autoritativa il quadro di un astratto assetto concorrenziale del mercato che, nonostante l'impeto legislativo e regolatorio, è destinato alla cristallizzazione o all'immobilismo.

L'attività di regolazione, pertanto, se si vuol scongiurare questo rischio, dovrebbe sempre mantenersi coerente con la propria finalità originaria: salvaguardare l'autonomia privata in modo che tutti possano svolgere il ruolo di attori economici senza subire discriminazioni. L'unico modo per raggiungere questo obiettivo è indirizzare gli interventi regolatori verso il sostegno della libertà del mercato che, tuttavia, va intesa in funzione del primato della persona¹³³ e delle libertà individuali riconosciute dalla Costituzione. In quest'ottica, maggiore importanza dovrebbe essere assunta

¹³² In questo senso si è espresso F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 16.

¹³³ ID, op. cit., p. 27.

dalle valutazioni di tipo sostanziale e pragmatico (*market oriented*), a garanzia dell'interesse concreto degli operatori e dell'efficienza del mercato.

CAPITOLO II: I SERVIZI PUBBLICI TRA ESIGENZE PUBBLICISTICHE E TUTELA DELLA CONCORRENZA.

2.1 – I servizi pubblici quale settore del diritto amministrativo che intercetta esigenze di tipo privatistico. Analisi delle scelte effettuate e dei metodi adottati nello studio di questa tematica.

L'obiettivo di questa ricerca consiste nell'analizzare i principali profili problematici che coinvolgono l'azione amministrativa nel momento in cui deve confrontarsi e rapportarsi con i soggetti privati nell'ambito delle diverse attività di tipo economico che rappresentano, sempre più, una porzione assai cospicua dell'agire del soggetto pubblico.

I servizi pubblici rappresentano il caso forse maggiormente paradigmatico dell'intreccio e dell'interdipendenza tra interessi pubblici e privati, il cui giusto bilanciamento garantisce il perseguimento dei primi con il minor sacrificio per i secondi e, sul piano pratico, l'erogazione di prestazioni in grado di soddisfare i bisogni delle comunità di riferimento. Lo stesso concetto di servizio pubblico si colloca in una zona di confine tra il diritto pubblico e il diritto privato e lo sforzo definitorio cui è chiamato il giurista si complica ulteriormente laddove si tenga nella dovuta considerazione l'istanza comunitaria secondo cui anche nel mercato dei servizi devono essere garantite la libertà di concorrenza e la non discriminazione tra gli operatori economici. L'intreccio tra diritto pubblico e diritto privato si fa, dunque, ancora più fitto in ragione della forza catalizzatrice immessa nell'ordinamento nazionale dal diritto dell'Unione europea.

Ciò premesso, è innegabile che i servizi pubblici siano, in larga parte, manifestazione della funzione amministrativa. Questa, infatti, viene in rilievo sia sotto il profilo dell'individuazione dei bisogni collettivi cui

L'amministrazione è chiamata a dare risposta, sia nelle modalità di organizzazione, che riflettono il rapporto di strumentalità tra il servizio da erogare e le finalità d'interesse pubblico ad esso sottese.

In ragione di questa caratterizzazione pubblicistica, per lungo tempo le norme del Trattato CE dirette a tutelare il valore della concorrenza nel nascente mercato unico sono state interpretate in modo da garantire agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità nel disciplinare e nel gestire le attività riconducibili al settore dei servizi pubblici. Le imprese incaricate di una "missione d'interesse economico generale" avrebbero potuto sottrarsi alla rigida applicazione delle norme pro-concorrenziali e, pertanto, il servizio pubblico ad esse affidato avrebbe potuto essere svolto in regime di riserva, direttamente dalla mano pubblica o da imprese miste o private destinatarie di un provvedimento concessorio.

Con il progressivo, e sempre più largamente condiviso, rilancio dell'obiettivo di una piena integrazione del mercato unico¹³⁴, a partire dagli anni novanta del secolo scorso il settore dei servizi pubblici è entrato nella sfera di applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza. Ai primi interventi della Corte di Giustizia e della Commissione hanno fatto seguito numerosi regolamenti e direttive che hanno segnato una svolta definitiva nel senso poc'anzi richiamato, disponendo la liberalizzazione di numerose attività rientranti nell'orbita dei servizi pubblici: la distribuzione dell'energia elettrica e del gas, la diffusione delle telecomunicazioni, il servizio postale, il trasporto aereo e marittimo.

La pubblica amministrazione, in questo scenario di progressiva, ma decisa, apertura al mercato ha dovuto fronteggiare l'esigenza di trovare il giusto equilibrio tra esigenze ed obiettivi apparentemente in contrasto. Da un lato il dovere di assicurare la soddisfazione di interessi generali

¹³⁴ Cfr. G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in *La nuova costituzione economica*, cit., p. 135

mediante l'erogazione di servizi pubblici; dall'altro la necessità di assicurare la concorrenzialità del mercato dei servizi che, tuttavia, avrebbe diminuito l'ingerenza pubblicistica nelle attività d'interesse economico generale con possibili pericoli per la salvaguardia degli obiettivi di qualità, efficienza e universalità dei servizi stessi.

Queste esigenze di interesse pubblico differenziano nettamente il ruolo dell'amministrazione rispetto a quello di un mero operatore di mercato interessato a svolgere una certa attività e, proprio per questo, la regolamentazione pro-concorrenziale conosce nella materia dei servizi pubblici alcune deroghe che riflettono la necessità di andare oltre la mera tutela del mercato e dei suoi equilibri.

Il mercato dei servizi, infatti, non può che essere un mercato particolarmente sensibile ai bisogni dei suoi utenti e al suo interno è il soggetto pubblico che deve svolgere un ruolo chiave sia in un'ottica di garanzia dell'erogazione delle prestazioni, sia in chiave di tutela della concorrenza, in modo che possa svilupparsi una naturale, e conveniente, offerta dei servizi di cui la collettività necessita.

In quest'ottica, le pagine che seguono non vogliono rispondere all'ambizioso progetto di ricostruire *funditus* l'intera disciplina dei servizi pubblici ma vogliono focalizzare l'attenzione del lettore sugli aspetti che coinvolgono in senso problematico il non facile rapporto tra esigenze di pubblico servizio e libertà d'iniziativa economica; tra diritto amministrativo e diritto comunitario; tra diritto pubblico e diritto privato.

In particolare, dopo aver ripercorso brevemente l'evoluzione della disciplina nazionale in parallelo al crescere dell'influenza comunitaria e, più in generale, l'evoluzione del ruolo del soggetto pubblico nei confronti della titolarità e della gestione dei servizi, ci si soffermerà sulla tematica dell'apertura del mercato dei servizi alle dinamiche concorrenziali.

Apertura che può avvenire, ed è avvenuta, secondo diverse modalità che hanno dato luogo agli altrettanto diversi fenomeni delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni dei servizi.

Partendo da questi presupposti sarà quindi possibile analizzare perché alcuni servizi pubblici hanno visto un maggior grado di apertura al mercato rispetto ad altri e, successivamente, si approfondiranno in modo via via crescente le questioni maggiormente problematiche relative al particolare settore dei servizi pubblici locali che, più di tutti, si è dimostrato refrattario alle istanze di liberalizzazione. Anche in questo caso, si procederà ad un'analisi intensiva ma puntuale, rivolta cioè solo alle tematiche da cui emergono criticità e spunti di riflessione coerenti con l'obiettivo della ricerca che si vuole svolgere¹³⁵.

Naturalmente, l'ampia tematica non può che essere introdotta da qualche considerazione sulla nozione di servizio pubblico, non tanto per riproporre un *excursus* dottrinario fine a se stesso, quanto piuttosto per un'esigenza di definizione del campo d'indagine che tenga conto delle categorie teoriche classiche e di quelle più moderne; queste ultime provenienti in massima parte dall'elaborazione giurisprudenziale nazionale e, soprattutto, comunitaria.

2.2 – L'incerta nozione di servizio pubblico. Teoria soggettiva, teoria oggettiva e teoria funzionale. La definizione del concetto di servizio

¹³⁵ Per quanto sia interessante un'analisi più ampia che dia conto del vorticoso impeto riformatore che si è abbattuto sulla materia dei servizi pubblici locali si ritiene opportuno limitarsi ad una sommaria descrizione del quadro legislativo di settore, preferendo evidenziare di volta in volta quegli aspetti della disciplina, passata e presente, che si dimostrano funzionali alla necessità di garantire il giusto equilibrio tra interesse pubblico e tutela della concorrenza o che, viceversa, determinano effetti distorsivi della concorrenza, con danno sia per la soddisfazione delle esigenze di servizio, sia per le relazioni economiche tra operatori di settore ed utenti.

pubblico rappresenta, da sempre, nell'ordinamento italiano un enigma di non facile soluzione¹³⁶. Se, da un lato, il legislatore non ha mai saputo fornire una formulazione soddisfacente, dall'altro, la dottrina non ha, conseguentemente, potuto darne un'interpretazione univoca, vista la mancanza di precisi riferimenti normativi¹³⁷. Qualora si cerchi di andare oltre una troppo generica definizione di attività di interesse generale, alla quale può essere preposto un soggetto pubblico o privato, si corre il rischio di ampliare a dismisura il concetto o di prendere in considerazione solo alcuni settori del fenomeno e non la globalità della categoria giuridica. Nonostante le difficoltà definitorie, tuttavia, la nozione di servizio pubblico viene ampiamente utilizzata dal legislatore nazionale e, sia pur con qualche sfumatura diversa, anche da quello europeo.

La nozione in parola, dunque, appare necessaria pur a fronte di una caratterizzazione sfuggente che riflette il polimorfismo connaturato alla categoria del servizio pubblico, poco incline ad essere sottoposto a stabili vincoli definitivi perché soggetto ad un'evoluzione che va di pari passo con i mutamenti delle politiche economiche e dei livelli di *welfare*.

In origine nel nostro ordinamento prevalse l'idea che per aversi un servizio pubblico, questo avrebbe dovuto essere fornito ai cittadini / utenti dalla mano pubblica, senza che, ai fini qualificatori, potesse rilevare la funzione concretamente svolta in termini di utilità sociale, laddove il prestatore fosse un soggetto privato. In altre parole, secondo la c.d. teoria soggettiva¹³⁸, il servizio pubblico consiste in qualsiasi attività non avente

¹³⁶ Si legga M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 537 ss..

¹³⁷ Osserva F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario*, 2001, Milano, p. 84: "Nella nozione di servizio pubblico, come nelle tavole di Tico Brahe, c'è dentro di tutto, il vero e il falso, e ognuno ci pesca quello che gli fa più comodo".

¹³⁸ La concezione del servizio pubblico in senso soggettivo viene fatta risalire allo studio di A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*,

forma autoritativa rivolta a terzi la cui titolarità è assunta da un ente pubblico. Si tratta di una nozione imperniata sull'idea che l'attività, per essere pubblico servizio, deve essere assunta da un pubblico potere e, dunque, ciò che risulta determinante è la decisione dell'amministrazione pubblica di ricondurre alla propria sfera di competenza una certa attività ritenuta di interesse collettivo. In assenza di una tale decisione, l'attività in questione non può farsi rientrare, neppure dal punto di vista teorico, tra i compiti istituzionali dell'amministrazione¹³⁹.

Tuttavia, questa teoria che si basa sull'idea, peraltro piuttosto risalente e non più attuale, secondo cui lo Stato individua tutte le finalità di interesse pubblico da perseguire e l'amministrazione risulta essere monopolista dell'interpretazione dei bisogni sociali, è stata affiancata e poi superata dalla più recente teoria oggettiva, la cui autorevolezza è cresciuta contemporaneamente all'evoluzione del concetto di amministrazione introdotto dalla Costituzione repubblicana. Questa teoria fonda la nozione di pubblico servizio su caratteri oggettivamente riscontrabili e, in particolare, sulla presenza dell'interesse pubblico quale elemento caratterizzante dell'attività, al di là della sua diretta riferibilità all'amministrazione¹⁴⁰. Il servizio pubblico inizia così ad essere inteso non più come un'attività necessariamente nella disponibilità di un soggetto

Milano, 1930, volume IV, parte I, p. 377 ss., secondo cui *"il carattere discrezionale fra attività pubbliche e private è quello generale, per cui è pubblico ciò che direttamente o indirettamente appartiene allo Stato, altri criteri non si possono adottare, e solo sarà da vedere caso per caso quando un servizio sia dallo Stato riconosciuto come proprio oppure no: ma questa ricerca, da compiersi con l'analisi delle singole disposizioni positive, non infirma il principio generale"*.

¹³⁹ La nozione soggettiva si presentava coerente all'ideologia dello Stato liberale, risolvendo, almeno apparentemente, quella *"profonda contraddizione che si manifestava nella proclamazione teorica del principio del non intervento e nella contestuale attuazione, invece, del rilevante ruolo dello Stato nel settore dell'economia"* (così M. A. STEFANELLI, *La tutela dell'utente di servizi pubblici*, 1994, p. 66).

¹⁴⁰ Cfr. L. IEVA, *Tutela delle utenze e qualità del servizio pubblico*, Milano, 2002, p. 53 ss..

pubblico ma come un'attività destinata a soddisfare fini sociali e soggetta a programmi e controlli ai sensi dell'art. 41, comma 3, della Carta fondamentale, secondo cui "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali"¹⁴¹.

È proprio il nuovo testo costituzionale a fornire gli spunti interpretativi necessari ad una nuova configurazione della nozione di cui ci stiamo occupando. In particolare, un importante contributo viene dall'art. 43 secondo cui la legge, ai fini di utilità generale, può riservare originariamente o trasferire allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali. La norma in parola è feconda di spunti sia per ciò che dice, sia per ciò che apparentemente non dice.

In positivo l'art. 43 Cost. riconosce tra i possibili destinatari della riserva o del trasferimento dei soggetti quali le comunità di lavoratori o di utenti che, senza dubbio, sono privati e, conseguentemente, si esclude un regime di esclusiva in favore della mano pubblica.

¹⁴¹ Si legga a riguardo U. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 155, in cui si evidenzia "come il nuovo ordinamento costituzionale abbia tolto ogni validità alla teoria nominalistica del servizio pubblico", in quanto "a caratterizzare il regime giuridico dell'attività economica che realizza un servizio pubblico interviene un corpus di disciplina comune, quella di cui all'art 41, 3 comma, qualunque sia il soggetto (privato o pubblico) che l'esercita".

Peraltro, un primo segnale dell'inadeguatezza della teoria soggettiva può essere colto già nell'opera del suo teorizzatore laddove introduce il concetto di servizio pubblico improprio, destinato a fornire un sostegno teorico a quelle attività pur dirette al soddisfacimento di interessi generali che non vengono gestite in prima persona dalla pubblica amministrazione ma che vengono assoggettate ad un regime autorizzatorio, implicante un sistema di controlli pubblici e la contestuale sottoposizione del gestore privato a specifici obblighi di servizio. Si legga, sul punto, A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., p. 613 ss. e, per un approfondimento, S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, p. 12 ss..

In negativo si può agilmente dedurre dalla lettera della disposizione che i servizi pubblici esistono in quanto tali anche prima della riserva o del trasferimento allo Stato o ad altri enti pubblici delle imprese che li erogano in favore dell'utenza. La riserva o il trasferimento, infatti, sono previsti solo come una possibilità e non come una necessità ontologica e, pertanto, appare corretto concludere in favore dell'esistenza di servizi pubblici erogati anche da soggetti estranei all'area di pertinenza pubblicistica¹⁴². Come sostenuto da autorevole dottrina, si percepisce un vero e proprio cambiamento del ruolo dello Stato, non più gestore monopolista di qualsiasi attività rivolta alla soddisfazione di interessi pubblici, che permette di riconoscere, in un'ottica di pluralismo istituzionale, anche altre organizzazioni in grado di provvedere alla cura di insopprimibili esigenze sociali¹⁴³.

L'elemento in grado di caratterizzare la pubblicità del servizio dovrebbe essere riconosciuto nella funzione da questo svolta in termini di utilità per la collettività che ne può fruire, fermo restando il ruolo centrale dell'amministrazione, sia pure in chiave strumentale¹⁴⁴ e di garanzia per la soddisfazione di interessi che, in quanto pubblici, non possono, se non incidentalmente, rientrare nella missione di un operatore economico privato. In primo piano si colloca lo stretto rapporto funzionale tra impresa (pubblica o privata che sia) e servizio pubblico, testimoniato

¹⁴² La formulazione del testo costituzionale in termini di possibilità della riserva o del trasferimento fu l'esito di una precisa volontà dei costituenti di non imprimere alla disposizione un carattere "così rigido da esprimersi in senso assolutamente obbligatorio". Cfr. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, p. 145.

¹⁴³ F. BENVENUTI, *Evoluzione dello Stato moderno*, in *Jus*, 1959, p. 160 ss., richiamato anche da S. MONZANI, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁴ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubb. comp.*, 2002, p. 947.

emblematicamente dalla collocazione dell'art. 43 Cost. nel titolo III della prima parte della Costituzione, dedicato alla disciplina dei rapporti economici. Proprio questa connessione tra attività economica e funzione pubblica costituisce tutt'ora il fondamento della disciplina positiva che caratterizza il settore dei servizi pubblici e, nell'ottica di questa ricerca, rende l'argomento di centrale interesse laddove si fa più evidente ora la sovrapposizione, ora la complementarità, di diritto amministrativo e diritto privato. Non a caso, infatti, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha coinvolto la tematica di cui ci stiamo occupando ha visto emergere come capisaldi irrinunciabili sia i principi di imparzialità e universalità (riconducibili alla funzione amministrativa sottesa ai servizi pubblici), sia la libertà d'iniziativa economica e la tutela della concorrenza (presupposti dell'autonomia negoziale privata). Principi che non è facile valorizzare contemporaneamente in una disciplina unitaria del fenomeno. Basti pensare che nel momento in cui una pubblica amministrazione decide di affidare la gestione di un pubblico servizio ad un'impresa privata selezionata con procedura competitiva, oltre a fornirle il titolo legittimante per porre in essere una data attività, le riconosce (e le impone con obblighi di servizio rispondenti alle citate esigenze di imparzialità, universalità e non discriminazione) un innegabile rilievo pubblicistico che, in una certa misura, va ad incidere sulla libertà d'iniziativa economica del privato gestore.

La teoria oggettiva, tuttavia, pur avendo il merito di aver spostato l'attenzione sulle caratteristiche sostanziali del servizio affinché possa definirsi pubblico, conduce ad una perimetrazione della nozione sin troppo ampia, al punto da risultare di scarsa utilità¹⁴⁵. L'interprete giustamente

¹⁴⁵ E' evidente che non può dirsi soddisfacente una definizione che, pur non essendo errata, è sicuramente sovrabbondante. Tale si presenta la nozione di servizio pubblico

finisce per domandarsi se ogni attività avente una qualche rilevanza in termini di utilità sociale debba per ciò solo essere considerata servizio pubblico. Ovviamente così non è e si impone la necessità di approfondire l'analisi del complesso fenomeno.

Considerando, allora, che la teoria oggettiva è insoddisfacente perché non consente di attribuire al concetto di servizio pubblico un sufficiente grado di specificità che si riflette, poi, sul grado di tutela che deve essere assicurato agli interessi degli utenti, risulta di fondamentale importanza valorizzare ciò che necessariamente distingue un'attività che assurge al rango di servizio pubblico da altre omologhe attività imprenditoriali.

L'elemento discrezionale in parola va identificato nella scelta, compiuta a monte dal soggetto pubblico, di assicurare determinate prestazioni alla collettività secondo livelli predeterminati e secondo canoni volti a garantire imparzialità, continuità, uguaglianza e universalità delle prestazioni stesse¹⁴⁶. Secondo questa impostazione l'attività può, allora, identificarsi come servizio pubblico solo se, oltre ad essere sottoposta a programmi e controlli, rappresenta la concreta attuazione di uno specifico fine preventivamente individuato dal soggetto pubblico, che va perseguito

come attività assoggettata a programmi e controlli finalizzati al relativo indirizzo e coordinamento per scopi *lato sensu* sociali, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto gestore.

¹⁴⁶ In questo senso R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici*, Milano, 2004, p. 158; S. MONZANI, *op. cit.*, p. 23. In giurisprudenza il concetto è stato chiaramente espresso da Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6574, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 2107, secondo cui "i fattori distintivi del pubblico servizio sono, da un lato la connotazione del servizio stesso, sul piano finalistico, dell'idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti e, dall'altro, la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata una comune attività economica".

nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali¹⁴⁷. L'attenzione va, dunque, focalizzata sul momento autoritativo e discrezionale di assunzione del servizio in capo all'ente pubblico¹⁴⁸, in assenza del quale non sarebbe possibile parlare di servizio pubblico ma solo di un'attività avente una qualche rilevanza sociale¹⁴⁹.

L'immediata conseguenza dell'atto di assunzione del servizio in capo all'ente pubblico rende il servizio stesso non solo pubblico ma, nel contempo, anche doveroso perché l'amministrazione l'ha riconosciuto come strumentale alla soddisfazione di interessi pubblici prevalenti¹⁵⁰. D'altro canto, se così non fosse, la determinazione amministrativa con cui si

¹⁴⁷ La tesi appare avvalorata da quanto sostenuto dal T.a.r. Lazio, sez. III, 18 febbraio 2008, n. 1422, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "per servizio pubblico si intende un'attività economica che per legge o in base ad essa [di qui la considerazione che il suo esercizio va ricompreso nelle funzioni istituzionali dell'ente] viene assunta da un ente pubblico oppure attribuita con atto concessorio anche ad altri soggetti".

¹⁴⁸ Per un approfondimento si rinvia a I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987, p. 57 ss. e in S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 371.

¹⁴⁹ Peraltro, si potrebbe pensare che una siffatta ricostruzione impedisca di riconoscere dei servizi come intrinsecamente pubblici, subordinando tale qualifica alla puntuale scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore o del singolo ente pubblico. Un modo per superare la criticità (laddove si volesse considerarla tale) potrebbe essere quello di leggere il concetto di servizio pubblico come strumentale alla realizzazione delle libertà fondamentali previste dalla costituzione. La doverosità di un servizio volto garantire il soddisfacimento di quanto la Carta fondamentale riconosce in termini di diritti e libertà all'individuo renderebbe superfluo l'atto pubblicistico di assunzione del servizio medesimo, che in sé e per sé, dovrebbe essere considerato pubblico. Chi scrive ritiene, tuttavia, che una siffatta posizione, per quanto corretta nei limiti in cui riconosce la pubblicità dei servizi strumentali all'attuazione delle libertà costituzionali, non fornisce alcun aiuto sul piano pratico. Data la molteplicità di modi con cui una libertà o un diritto possono essere assicurati, si rende necessaria la scelta autoritativa del soggetto pubblico, ad esito della quale si potrà concretamente individuare l'attività assunta al rango di servizio pubblico.

¹⁵⁰ In questo senso R. GAROFOLI, *L'art. 33 d.lgs. n. 80/1998 al vaglio della Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Urb e app.*, 2000, p. 602 ss..

decide di garantire un certo servizio sarebbe certamente illegittima per eccesso di potere.

Il servizio pubblico finisce allora per avere entrambe le caratteristiche che già erano state messe in luce, una alla volta, dalla teoria soggettiva e da quella oggettiva. Da un lato, il servizio deve essere comunque riconducibile all'opera di valutazione e di apprezzamento degli interessi della collettività operata dal soggetto pubblico, dall'altro, può essere erogato tanto da soggetti privati, quanto da soggetti pubblici. Ciò che conta veramente è che il servizio sia funzionalizzato alla soddisfazione di interessi della collettività e che l'apprezzamento di tali interessi da parte dell'ente pubblico abbia portato alla scelta autoritativa di garantirne l'erogazione.

Ecco allora emergere tra le righe anche un'altra connotazione rilevante: il servizio viene svolto in favore dell'utenza e, dunque, laddove non sia l'amministrazione a gestirlo in prima persona, si crea un rapporto trilaterale tra p.a. titolare del servizio, soggetto privato gestore e utenti del servizio. Tale peculiarità sarà oggetto di ulteriore approfondimento laddove si dovrà analizzare la differenza tra concessione di servizio pubblico e appalto di servizio¹⁵¹.

In conclusione, e prima di inquadrare il fenomeno nella più ampia cornice del diritto comunitario, si può dire che per identificare giuridicamente un servizio pubblico:

- a) non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione;

¹⁵¹ Vedi *infra*, par. 2.9.

- b) le regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico devono avere rilevanza pubblicistica e l'erogazione del servizio stesso assume il carattere della doverosità;
- c) le utilità che ne derivano sono dirette a vantaggio di una collettività più o meno ampia di utenti, in applicazione del principio di imparzialità. Tale dovere di imparzialità si traduce in una serie di obblighi gravanti sul gestore del servizio, tra cui quello di svolgere l'attività con carattere di continuità e regolarità e, soprattutto, di non operare alcuna forma di discriminazione, ammettendo al godimento delle prestazioni tutti coloro che ne abbiano titolo¹⁵².

2.3 – Il servizio pubblico nella dimensione europea e analisi dell'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione.

Inizialmente, il diritto dell'Unione europea non ha voluto prendere in considerazione il fenomeno dei servizi pubblici. Troppo diverse le tradizioni nazionali dei paesi membri e, soprattutto, troppo sensibili a condizionamenti di tipo politico. È evidente, infatti, che le decisioni in materia di servizi pubblici sono immediatamente percepibili dagli utenti e ne condizionano il giudizio sull'attività politica di chi le ha prese. Anche trascurando questa notazione non strettamente giuridica, l'Unione non ha comunque svolto, fin da subito, un ruolo attivo nell'attività di normazione e regolazione del settore a causa della difficoltà intrinseca di definirne gli esatti contorni. Difficoltà che, come abbiamo visto nelle pagine precedenti, emerge già a livello nazionale e, a maggior ragione, viene in rilievo quando bisogna prendere in considerazione numerose e differenti tradizioni

¹⁵² Cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol III, Milano, 1994, pp. 301 e ss. e, in giurisprudenza, Cons Stato, sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2021, in *Foro amm. CDS*, 2012, vol. 4, p. 974.

nazionali¹⁵³. Di qui la preferenza per la nozione più sfumata di servizi di interesse (economico) generale, nel cui ambito può essere collocata dall'interprete la categoria dei servizi pubblici (aventi rilevanza economica). Il carattere sfumato della nozione, peraltro, si giustifica in ragione dell'ampia discrezionalità che il diritto comunitario ha riconosciuto, almeno inizialmente, agli Stati membri di individuare le attività riconducibili a tale concetto e, per ciò solo, esentate dalla rigida applicazione della disciplina pro-concorrenziale che caratterizza il mercato unico. Fino agli anni ottanta del secolo scorso, in altri termini, i servizi pubblici vennero esclusi dal campo di applicazione delle regole a tutela della concorrenza e del libero mercato in quanto si volle riconoscere in capo agli Stati membri la possibilità di individuare con larghezza (fermo restando il limite dell'errore manifesto) le missioni di interesse generale corrispondenti ad interessi pubblici nazionali ritenuti, di conseguenza, prevalenti rispetto a quelli tutelati dalle norme comunitarie in campo economico¹⁵⁴.

A partire dagli anni novanta, la progressiva, e sempre più incisiva, opera di integrazione europea determina l'inclusione dei servizi pubblici nel quadro del mercato interno¹⁵⁵, con conseguente loro assoggettamento alle regole di quest'ultimo. In un primo tempo l'atteggiamento delle istituzioni comunitarie fu nel senso di impedire, salvo giustificate eccezioni, la

¹⁵³ Nel Libro verde sui servizi di interesse generale, COM (2003)270, in <http://europa.eu>, si afferma, al paragrafo 19, che il termine di servizio pubblico "può avere significati diversi, ingenerando quindi confusione. In alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio".

¹⁵⁴ Così E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Milano, 2003, p.154, citata anche da S. MONZANI, *op. cit.*, p. 34. In giurisprudenza si segnala Corte giustizia UE, 30 aprile 1974, c-155/73, *Sacchi*, in <http://curia.europa.eu>.

¹⁵⁵ Cfr. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 33.

creazione di diritti d'esclusiva e, in generale, regimi derogatori rispetto alle regole fondamentali a tutela del mercato e della concorrenza¹⁵⁶. Successivamente gli interessi sottesi alle attività economiche innalzate al rango di servizi pubblici vennero considerati dalle istituzioni comunitarie funzionali alla soddisfazione di esigenze collettive cui l'Unione non poteva disinteressarsi perché irrinunciabili in vista di un equilibrato sviluppo del modello europeo di società. Il dovere di dare risposta anche ad istanze di carattere sociale venne quindi fatto proprio anche dall'ordinamento comunitario¹⁵⁷ e sancito ufficialmente nel Trattato CE¹⁵⁸ firmato ad Amsterdam nel 1997. I servizi pubblici, dunque, non sono più considerati come attività rette da principi in larga parte confliggenti con quelli posti a base del mercato unico ma, in un'ottica di più ampio respiro, vengono visti come fattore di promozione della coesione sociale e territoriale dell'Unione, oltre che della competitività generale dell'economia europea¹⁵⁹.

L'esigenza di bilanciamento tra interessi pubblici e tutela della competitività concorrenziale nel settore dei servizi, che potenzialmente

¹⁵⁶ Cfr. Corte giustizia UE, 13 dicembre 1991, C- 18/88, *Regie des telegraphes et de telephone*, in *Riv. it. dir. pubb. comp.*, 1992. P. 1050. Non sorprende che alcuni autori videro tale atteggiamento con giustificata preoccupazione, essendo potenzialmente in grado di minare la stessa sopravvivenza della categoria del servizio pubblico. Si legga, sul punto, J. FOURNIER, *La teoria francese del servizio pubblico e il diritto comunitario*, in *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, p. 3 ss.; J. BELL, *The concept of public service under threat from Europe. An illustration from energy law*, in *European public law*, 1999, p. 189 ss..

¹⁵⁷ Si legga la comunicazione della Commissione sui servizi d'interesse generale in Europa, 11 settembre 1996, COM (96) 443, in <http://eur-lex.europa.eu>, in cui si riconosce che i servizi d'interesse generale offrono stabili punti di riferimento alla collettività, sono alla base dei legami di appartenenza dei cittadini a quest'ultima e, al tempo stesso, costituiscono un elemento dell'identità culturale per tutti paesi europei.

¹⁵⁸ Il riferimento è all'art. 16 del Trattato, in base al quale la Comunità europea e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze, sono chiamati ad assicurare le missioni di interesse generale proprie dei servizi di interesse economico generale.

¹⁵⁹ In questo senso si esprime la Commissione nella comunicazione sui servizi d'interesse generale in Europa 20 settembre 2000, COM (2000) 580, in <http://eur-lex.europa.eu>.

sono in grado di dare risposta a esigenze di carattere sociale della collettività, è alla base dell'interpretazione più attuale dell'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (già art. 86 Trattato CE). La norma in parola stabilisce al secondo comma che *“le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole della 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”*.

La norma sembra porre una regola e un'eccezione. La regola è il libero mercato e si applica ad ogni attività avente rilevanza economica. Libertà di concorrenza, di circolazione dei beni, dei servizi e dei capitali e libertà di stabilimento sono capisaldi irrinunciabili per uno sviluppo equilibrato e imparziale delle relazioni economiche nell'Unione.

La regola, come visto, subisce un temperamento laddove vengano in rilievo specifiche missioni di interesse generale affidate dallo Stato membro a determinate imprese. Tali missioni consistono nello svolgimento di attività che si traducono in prestazioni a favore dell'utenza dirette a soddisfare esigenze di primaria importanza e che, proprio per il rilievo sociale che assumono, devono essere garantite secondo idonei standard qualitativi e quantitativi sottratti alla libera iniziativa dell'impresa. L'obbligo di servizio, quindi, imporrebbe una deroga al regime della libera concorrenza dal momento che le prestazioni, almeno in parte, devono conformarsi alle esigenze di natura pubblica che rendono l'attività un servizio di interesse economico generale.

L'aver indicato che la presenza di una missione di interesse generale possa giustificare una deroga al regime pro-concorrenziale stabilito in via generale per tutte le attività economiche, tuttavia, non appare come una mera eccezione alla regola. Sarebbe più corretto sostenere che la disciplina

in parola costituisca il fondamento del regime giuridico dei servizi di interesse economico generale, avente dignità e vita propria. Partendo dal secondo comma dell'art. 106 TFUE, infatti, le istituzioni comunitarie hanno enucleato principi e regole che testimoniano come i servizi di interesse generale rappresentino dei valori meritevoli di una tutela avente importanza pari a quella assicurata alle libertà economiche¹⁶⁰.

Un tale cambiamento di prospettiva è testimoniato dalle comunicazioni ufficiali della Commissione di cui si è dato conto¹⁶¹, dall'introduzione nel Trattato CE di una norma come l'art. 16 che conferisce a Stati membri e Comunità la responsabilità di garantire servizi di interesse economico generale capaci di adempiere la missione pubblicistica cui sono sottesi e, non ultime per importanza, anche da alcune pronunce della Corte di giustizia che hanno aperto la via ad una nuova interpretazione della norma in questione.

La sentenza che più di altre merita di essere presa in considerazione riguarda il caso del servizio postale belga, gestito in regime di monopolio pubblico¹⁶². Partendo dal presupposto che il servizio di distribuzione della posta in tutto il territorio nazionale, alle stesse condizioni di qualità e con tariffe uniformi risponde ad un bisogno fondamentale della collettività, la Corte ha ritenuto giustificata l'esistenza di un monopolio legale, in grado di evitare le conseguenze negative derivanti da una gestione esclusivamente di tipo economico - imprenditoriale del servizio in questione. Secondo la Corte, il gestore del servizio che, è bene ricordarlo, deve essere garantito in

¹⁶⁰ Cfr. F. MUNARI, *La disciplina dei c.d. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Dir. un. eu.*, 2002, p. 39.

¹⁶¹ Il riferimento è alle citate comunicazioni sui servizi d'interesse economico in Europa del 11 settembre 1996 e del 20 settembre 2000.

¹⁶² Corte giustizia UE, 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau c. Regie de postes*, in *Foro amm.*, 1994, p. 1689.

condizioni di uguaglianza a prescindere da fattori di natura territoriale che ne possono alterare i costi, deve essere in grado di poter compensare i minori profitti o le perdite dovute a tali fattori con i profitti derivanti da quella parte dell'attività in grado di remunerare i costi. Ciò non potrebbe avvenire nel caso in cui altri operatori privati potessero svolgere il servizio concentrando la loro attività esclusivamente sui settori redditizi, offrendo quindi, le stesse prestazioni a condizioni migliori, giustificate dall'assenza di qualsiasi obbligo a garantire anche le prestazioni non economiche. In tal caso è evidente che questi operatori impedirebbero al soggetto tenuto agli obblighi di servizio di essere competitivo in relazione alle stesse prestazioni, privandolo di quella parte di mercato maggiormente remunerativa. Conseguentemente, l'impossibilità di compensare le perdite dovute all'attività anti-economica determinerebbe un grave ostacolo allo svolgimento del servizio di interesse generale. Di qui la conclusione a favore del monopolio legale e, dunque, a favore di una limitazione dell'iniziativa economica privata anche se, a rigore, parte del servizio avrebbe potuto essere gestito in regime di concorrenza. La Corte, in definitiva, abbandona l'idea che il libero incontro di domanda ed offerta (laddove possibile e, quindi, dove esista un mercato) possa sempre soddisfare i bisogni degli utenti e dei consumatori. A determinate condizioni, che ora analizzeremo, la protezione pubblicistica dei servizi di interesse economico generale si rende possibile e necessaria; in grado di rappresentare la soluzione migliore in termini di efficienza ed efficacia complessiva¹⁶³. La stessa Commissione¹⁶⁴, d'altro canto, ha riconosciuto che

¹⁶³ Che tenga conto, cioè, sia dell'interesse privato a gestire in regime concorrenziale una data attività, sia dell'interesse degli utenti ad usufruire di servizi soddisfacenti sia dal punto di vista qualitativo sia da quello economico.

¹⁶⁴ Il riferimento è alla già citata comunicazione sui servizi d'interesse generale in Europa del 20 settembre 2000.

i servizi d'interesse economico generale, il mercato interno e la politica in materia di concorrenza della Comunità, lungi dall'essere incompatibili, sono complementari e la loro interazione si risolve in un vantaggio di ogni cittadino e della società nel suo insieme. Questa impostazione è stata poi ripresa dal libro verde sui servizi d'interesse generale del 2003 e dal successivo libro bianco del 2004, in cui si ribadisce in modo esplicito che *"l'obiettivo di creare un mercato interno aperto e competitivo sia compatibile con l'obiettivo di sviluppare dei servizi di interesse generale accessibili, di alta qualità e a prezzi abbordabili"*¹⁶⁵.

Naturalmente, compatibilità tra mercato unico concorrenziale e servizi d'interesse economico generale non significa che tra le due realtà vi sia un rapporto di parallelismo e non influenza. Al contrario, le condizioni finalizzate al perseguimento dell'obiettivo primario di garantire l'accessibilità dei servizi condizionano le scelte imprenditoriali, indirizzandole verso obiettivi che avrebbero potuto essere trascurati in caso di rigorosa applicazione delle norme a tutela della concorrenza. Tale circostanza, tuttavia, non deve essere vista come rallentamento dell'integrazione economica europea ma come una sua fase necessaria, pena il sacrificio di valori aventi rilevanza sociale che l'Unione ha deciso di tutelare al pari delle libertà economiche.

Ciò premesso, analizziamo il secondo comma dell'art. 106 TFUE, cercando di capire come operi in relazione al delicato equilibrio tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico.

L'applicazione della norma è condizionata al rispetto di quattro condizioni, la cui sussistenza deve essere provata da chi la invoca (Stato

¹⁶⁵ La citazione è tratta da COM 374 del 12 maggio 2004, pubblicata in <http://eur-lex.europa.eu>.

membro o impresa)¹⁶⁶ al fine di giustificare la presenza di restrizioni alla concorrenza o di diritti speciali o d'esclusiva a favore di taluno degli operatori economici che si occupano dell'attività assunta al rango di servizio d'interesse economico generale.

La prima condizione è che l'attività svolta sia un'attività d'impresa avente contenuto economico e che, di conseguenza, il servizio cui è funzionale abbia pur esso rilevanza economica (sia cioè un servizio d'interesse economico generale). Rimangono fuori dal campo d'applicazione della norma i c.d. servizi d'interesse generale, non economici, aventi prevalentemente una rilevanza sociale, quali, ad esempio, il servizio sanitario e l'istruzione. La forte caratterizzazione sociale di tali servizi, legati strettamente alle esigenze fondamentali degli individui, non li rende suscettibili di una gestione tipicamente economica. Applicando anche ad essi le regole del mercato alcune prestazioni potrebbero non essere garantite solo perché anti economiche o poco redditizie e, in ogni caso, verrebbe sacrificata l'accessibilità a prezzi ragionevoli ad un servizio che, proprio per il rilievo che assume in termini di garanzia di diritti fondamentali, non può essere oggetto di una logica mercantile.

Certo, vi è da dire che non è semplice tracciare una netta linea di demarcazione tra i servizi aventi rilevanza economica e quelli privi di tale rilevanza. In particolare, alcuni dei servizi aventi una forte carica sociale non sono intrinsecamente incompatibili con un'organizzazione di tipo imprenditoriale e, per salvaguardare le esigenze d'interesse pubblico ad

¹⁶⁶ Sulla ripartizione dell'onere della prova tra la Commissione e gli Stati membri in merito all'applicazione dell'attuale secondo comma dell'art. 106 TFUE si legga ad, esempio, Corte giustizia UE, 30 aprile 1974, C-155/73, *Sacchi*, in *Raccolta*, 1974, p. 409 ss.; in dottrina basti il richiamo a C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009, p. 62 ss..

essi sottese, si potrebbe provvedere con alcune puntuali deroghe alle regole del libero mercato¹⁶⁷.

L'elaborazione giurisprudenziale sia della Corte di giustizia sia del giudice amministrativo nazionale forniscono un importante aiuto all'interprete mettendo al centro della distinzione alcuni indici rivelatori relativi alle condizioni in cui il servizio viene prestato. L'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, la mancata assunzione di rischi connessi all'attività e l'eventuale finanziamento pubblico della stessa fanno propendere per la non economicità del servizio¹⁶⁸. In particolare, non può qualificarsi come "attività economica" la produzione, sia da parte di un soggetto pubblico che di un soggetto privato, di beni o servizi erogati gratuitamente o a prezzo politico, facendo così venir meno la possibilità di coprire i costi con i ricavi. Come rilevato dal giudice contabile della Lombardia nell'ambito della sua attività consultiva¹⁶⁹, "*non è pertanto l'oggetto dell'attività ma la modalità di gestione che determina l'indice della sua economicità*". Sulla stessa linea si colloca anche la consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui può considerarsi privo di rilevanza economica il servizio che per sua natura o per le modalità con cui viene svolta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e, quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza¹⁷⁰. In

¹⁶⁷ Si pensi all'ipotesi in cui la mano pubblica decida di rimborsare le prestazioni erogate in favore dei non abbienti pur affidando al mercato il compito di provvedere alla gestione del servizio nel suo complesso.

¹⁶⁸ In questo senso Corte giustizia UE, 22 maggio 2003, C-18/2001, *Taitotalo Oy*, in <http://curia.europa.eu>, richiamata anche da Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2652 ss..

¹⁶⁹ Cfr. Corte conti, sez. reg. controllo Lombardia, parere 11 maggio 2009, n. 159, in http://www.corteconti.it/sezioni_regionali/attivita_controllo/lombardia.

¹⁷⁰ Cfr. T.a.r. Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729, in *Foro amm. – Tar*, 2005, p. 2618; T.a.r. Liguria, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527 in *Foro amm. – Tar*, 2005, p. 1022 ; T.a.r. Campania,

altre parole, proprio perché il settore d'attività non è competitivo e la libertà d'iniziativa economica non consente di conseguire gli obiettivi di interesse pubblico sottesi, il diritto comunitario, e con esso anche il diritto interno, sottraggono il servizio in questione al rispetto delle regole poste a tutela della concorrenza. Di qui il rilievo che le attività prive di rilevanza economica esulino dal campo d'applicazione dell'art. 106 TFUE.

Come secondo requisito, l'art. 106 richiede che l'impresa sia stata incaricata con atto della pubblica autorità del compito di svolgere una particolare missione d'interesse generale. Quanto all'individuazione della pubblica autorità, questa può essere rinvenuta a livello nazionale come regionale o locale; ciò che rileva è che l'incarico avvenga nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali.

Premesso che non sorgono dubbi circa la possibilità di conferire tale incarico con atto legislativo o amministrativo, ci si potrebbe chiedere se sia ugualmente utilizzabile anche un contratto di diritto privato stipulato tra p.a. e impresa affidataria del servizio d'interesse generale. Partendo dal presupposto che l'affidamento di una missione d'interesse generale risponde ad un'esigenza che l'amministrazione deve riconoscere come interesse pubblico prevalente rispetto agli interessi privati delle imprese che operano in un determinato settore economico, si potrebbe pensare che solo un atto avente natura autoritativa possa legittimare lo svolgimento dell'attività assunta come servizio pubblico a seguito della valutazione discrezionale della p.a.. Questa considerazione, per quanto corretta laddove riconduce all'attività amministrativa la scelta di istituire ed affidare il servizio pubblico avente rilevanza economica, finisce per essere troppo rigida nel momento in cui richiede per l'atto con cui si attribuisce

Napoli, sez. IV, 7 novembre 2003, n. 13382 in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Umbria, 24 ottobre 2003, n. 821 in *Foro amm. – Tar*, 2003, p. 2963.

concretamente la missione d'interesse generale (connaturata al servizio) una veste autoritativa. Non bisogna dimenticare, infatti, che anche un contratto può essere funzionale all'espletamento di prerogative aventi carattere pubblicistico. Anzi, più in generale, si può affermare che le funzioni amministrative possono essere esercitate utilizzando anche strumenti di natura privatistica¹⁷¹, ferme restando le necessarie garanzie procedurali a monte.

Quanto alle caratteristiche dell'atto di incarico, l'autorità pubblica deve definire con precisione il contenuto degli obblighi imposti all'impresa, nel quadro della missione affidata¹⁷². Non sarebbe sufficiente la mera previsione di un'estensione del controllo pubblico sulle imprese chiamate a svolgere il servizio d'interesse generale allo scopo di vigilare sul corretto adempimento della loro missione. Sono proprio gli obblighi di servizio pubblico che differenziano l'attività delle imprese incaricate da quella delle altre imprese afferenti allo stesso settore e, in quanto caratterizzanti il servizio, non possono essere pretermessi nel momento in cui quest'ultimo viene affidato.

Venendo alla terza, e forse più interessante, condizione per l'applicabilità del secondo comma dell'art. 106 TFUE, è necessario che sia dimostrata la sussistenza di un interesse generale che renda obbligatoria, potremmo dire necessitata, la prestazione del servizio e, soprattutto, l'attribuzione di diritti speciali o d'esclusiva.

La disposizione in parola, come si è già cercato di evidenziare, vuole ad un tempo promuovere la concorrenza e salvaguardare gli interessi generali. Di norma, secondo l'approccio comunitario, il mercato concorrenziale è in

¹⁷¹ Cfr. G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, p. 25; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 75-154; M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, Milano, 1967, p. 2 ss..

¹⁷² Così D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, 2010, p. 138.

grado di farsi carico anche della gestione efficiente dei servizi che tali interessi vogliono soddisfare ma, talvolta, questa convergenza di utilità non si può realizzare. Di qui l'assunzione di una certa prestazione quale servizio d'interesse economico generale e la definizione del suo regime con la previsione degli obblighi di servizio pubblico. Ebbene, per non tradire la *ratio* della norma comunitaria e non frustrare la pur presente esigenza di promuovere la concorrenza, è necessario circoscrivere tali obblighi ai casi nei quali una deroga agli equilibri del libero mercato sia effettivamente giustificata¹⁷³. Quando, tuttavia, la deroga può dirsi giustificata?

A partire dalla sentenza *Corbeau*¹⁷⁴ del maggio 1993, pur continuando a puntualizzare che la disposizione derogatoria deve essere interpretata in senso restrittivo, la Corte di giustizia ha assunto un atteggiamento meno rigoroso nel sancire l'incompatibilità dei diritti esclusivi con l'ordinamento comunitario¹⁷⁵. Naturalmente, l'espansione dell'ambito d'applicazione del regime derogatorio è dipesa da una nuova e più flessibile interpretazione del concetto di "ostacolo all'adempimento della missione di interesse generale". Inizialmente la Corte aveva associato questo concetto alla totale incompatibilità tra rispetto delle norme pro-concorrenziali *antitrust* e l'assolvimento della missione d'interesse generale. In altre parole, solo laddove le esigenze di pubblico interesse che avevano giustificato l'assunzione del servizio non avessero trovato alcuna soddisfazione tramite il ricorso al mercato, lo Stato avrebbe potuto ricorrere all'attribuzione di diritti speciali o d'esclusiva ad una o più imprese all'uopo incaricate. Successivamente, questa impostazione di estremo rigore ha lasciato il posto

¹⁷³ In questo senso F. CINTIOLI, *Concorrenza istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 163.

¹⁷⁴ Corte giustizia UE, 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau c. Regie de postes*, in *Foro amm.*, 1994, p. 1689, di cui si è dato conto *supra*.

¹⁷⁵ Cfr. Corte giustizia UE, 23 ottobre 1997, C-157/94 *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1997, p. 5699.

all'idea che il secondo comma dell'art. 106 TFUE si riferisca alle ipotesi in cui la missione d'interesse generale viene resa più difficile, e dunque meno efficace, dall'applicazione delle regole generali in punto di tutela della concorrenza. Tuttavia tra l'esigenza di superare la difficoltà di svolgere la missione e la misura introdotta per farvi fronte deve esserci un preciso rapporto di proporzionalità. Questo è un concetto imprescindibile, pena la violazione del dell'art. 106 TFUE e, proprio per sottolinearne l'importanza, parte della dottrina¹⁷⁶ ha parlato di "proporzionalità necessaria".

Non può ritenersi sufficiente che la restrizione della concorrenza sia idonea, in base ad una valutazione *ex ante*, a soddisfare l'interesse pubblico sotteso al servizio. Si dovrà, piuttosto, testare l'impatto sul mercato della misura derogatoria facendo applicazione dei principi di proporzionalità e di necessità. Conseguentemente, non solo dovrà sussistere uno stretto collegamento funzionale con gli interessi che si vogliono perseguire ma, in più, la misura restrittiva della concorrenza non dovrà eccedere lo scopo che si prefigge. In questo modo, essa sarà in grado di bilanciare la distorsione prodotta negli equilibri di mercato con adeguati vantaggi per la collettività e, nel contempo, il test di proporzionalità necessaria assicurerà che non esiste un'altra misura meno incisiva in grado di perseguire efficacemente i medesimi scopi di interesse pubblico.

A questo punto l'interprete, dopo aver compreso il meccanismo logico giuridico in grado di garantire la legittimità della misura restrittiva sotto il profilo del *quantum*, si deve chiedere se vi siano dei limiti all'individuazione di interessi pubblici per la cui tutela si può invocare l'applicazione dell'art. 106 TFUE. In applicazione del principio di sussidiarietà che, come noto, è un principio cardine nei rapporti tra Unione

¹⁷⁶ Il riferimento è a F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, pubblicato in *www.federalismi.it*.

e Stati membri¹⁷⁷, a questi ultimi viene riconosciuto il compito di stabilire quando una determinata attività rivesta un interesse collettivo e, dunque, ad essi spetta l'istituzione dei servizi d'interesse economico generale. Tuttavia, gli organi comunitari e, *in primis*, la Corte di giustizia sono investiti del compito di sindacare il potere di scelta che spetta in via originaria agli Stati e che, evidentemente, è connotato da un rilevante tasso di discrezionalità.

Fin da subito si percepisce l'importanza di un tale sindacato. La competenza della Corte a giudicare dell'esistenza dello specifico interesse generale addotto dagli Stati finisce per elidere uno dei profili maggiormente perspicui della nozione di pubblico servizio, quale appunto il carattere eminentemente politico della decisione di considerare tale una determinata attività economica¹⁷⁸. E ciò anche nell'ipotesi in cui la censura del giudice comunitario si limitasse ai casi di errore manifesto o illogicità della scelta compiuta¹⁷⁹.

Posto che la discrezionalità di cui gode l'autorità nazionale non è senza confini, proviamo a coglierne la portata facendo uso di quanto già emerso dalla lettura e dall'interpretazione dell'art. 106 TFUE. È fuor di dubbio che la qualificazione della missione di interesse pubblico spetti allo Stato ma, considerando che i giudici comunitari sono tenuti ad effettuare un controllo

¹⁷⁷ Il principio è solennemente sancito dall'art. 5 del Trattato UE dove, al terzo comma, si legge che *"in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale, né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione"*.

¹⁷⁸ In questo senso D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 391.

¹⁷⁹ La Corte, solitamente, si è limitata a questo tipo di sindacato "debole" proprio perché, come ricordato, il principio di sussidiarietà affida allo Stato membro il compito di decidere se e quanti servizi d'interesse generale istituire.

sulla proporzionalità delle misure nazionali restrittive del commercio intracomunitario, finalizzate allo svolgimento di tale missione, la scelta dello Stato deve necessariamente porsi in rapporto di compatibilità con il sindacato che su di essa potrà essere svolto.

Pertanto, volendo essere rigorosi nel ragionamento, si dovrebbe giungere alla conclusione che lo Stato possa affidare missioni d'interesse generale solo dove venga in rilievo la necessità di assicurare (andando oltre le logiche di mercato) prestazioni informate a principi quali la continuità, l'uguaglianza di trattamento e l'adattamento ai bisogni della collettività, garantendone, così, l'accessibilità ad ogni categoria di utenti. Solo laddove, in altri termini, l'intervento della mano pubblica sia necessario per sopperire ai c.d. *market failures* in relazione a quell'insieme di servizi volti a garantire l'accesso a determinate prestazioni essenziali, di qualità ed a prezzi abbordabili. Le altre prestazioni (non essenziali) non potrebbero beneficiare di alcuna deroga al regime concorrenziale.

Questa impostazione viene propugnata da quella parte della dottrina¹⁸⁰ che vuol far coincidere le nozioni di servizio d'interesse economico generale (suscettibile di beneficiare del regime derogatorio di cui al secondo comma dell'art. 106 TFUE) e di servizio universale. La categoria da ultimo citata corrisponde, infatti, a quello che potremmo definire come il nocciolo duro del servizio pubblico, che risponde all'esigenza di garanzia dell'utente inteso *uti singulus* e di salvaguardia per il gruppo sociale nel suo complesso¹⁸¹. Così, il sistema dei servizi pubblici potrebbe essere rappresentato come due cerchi concentrici¹⁸²: nella parte esterna il servizio

¹⁸⁰ In questo senso F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, n. 2, p. 535 ss.

¹⁸¹ Così F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 157.

¹⁸² L'immagine è tratta da F. SALVIA, *op. cit.*, p. 550.

economico concorrenziale e nella parte interna il servizio universale, dai marcati caratteri pubblicistici.

Secondo altra parte della dottrina¹⁸³, e anche secondo chi scrive, questa impostazione va respinta nella sua dogmaticità.

Il concetto di servizio universale rappresenta un ulteriore sviluppo della nozione di servizio pubblico tradizionalmente accolta nel nostro ordinamento e non si può pervenire ad un'integrale sovrapposizione tra i due concetti. In particolare, la nozione di servizio d'interesse economico generale (così come quella di servizio pubblico) ha una valenza prettamente descrittiva mentre quella di servizio universale assume un preciso rilievo contenutistico poiché indica l'insieme di esigenze di interesse generale cui devono essere assoggettate, nell'intera comunità, determinate tipologie di attività¹⁸⁴.

In realtà, anche al di fuori degli angusti confini del servizio universale possono sussistere i presupposti per l'individuazione di missioni d'interesse generale e, dunque, per l'applicazione del regime dettato dal secondo comma dell'art. 106 TFUE. Basti pensare che l'economicità di una determinata attività non esclude a priori la possibilità che sussista un interesse, di rilievo pubblicistico, al suo svolgimento secondo modalità che consentano di conseguire risultati di utilità sociale¹⁸⁵. A conferma della bontà di tale ricostruzione si può richiamare quanto sostenuto dalla

¹⁸³ M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 194.

¹⁸⁴ In questo senso L. DE LUCIA *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 66.

¹⁸⁵ Rileva, giustamente, F. CINTIOLI, *ult. op. cit.*, p. 161, che l'attività delle autorità indipendenti e l'adozione di provvedimenti in tema di Carte dei servizi, testimoniano un'attenzione del legislatore "estesa ben oltre lo zoccolo duro del servizio universale, agli standards di qualità, efficienza del servizio, nonché alla conservazione di costi controllati a beneficio degli utenti".

Commissione europea nella già citata comunicazione sui servizi d'interesse economico generale del 1996 a proposito possibilità di applicare limitazioni al regime concorrenziale anche al di fuori dei mercati gravati dagli obblighi di servizio universale. Secondo la Commissione *“nulla osta a che gli Stati membri definiscano delle missioni di interesse generale supplementari, che vadano al di là degli obblighi di servizio universale, a condizione che i mezzi utilizzati restino conformi al diritto comunitario”*. Se ne deduce che i singoli Stati membri possono fissare obiettivi di interesse generale ulteriori rispetto a quelli minimali individuati in sede comunitaria, fermo restando il rispetto del principio di proporzionalità necessaria in base al quale le restrizioni alla concorrenza e alle libertà del mercato interno non devono eccedere quanto strettamente necessario per garantire il buon adempimento della missione¹⁸⁶.

Infine, la quarta condizione per poter applicare il secondo comma dell'art. 106 TFUE va individuata nella necessità che gli scambi intracomunitari non siano pregiudicati, dalle misure limitative della concorrenza, in misura contraria agli interessi dell'Unione. Tale interesse va identificato con la realizzazione delle finalità enunciate dall'insieme delle norme dei trattati comunitari, aventi particolare incidenza sul rapporto tra Stati membri e Unione in materia di intervento pubblico nell'economia¹⁸⁷. Se questo è vero

¹⁸⁶ Che gli Stati abbiano ampia discrezionalità nell'identificare un'attività come portatrice di un interesse economico generale è dimostrato dalla giurisprudenza del Tribunale di primo grado e della Corte di Giustizia, dalla quale emerge che molto di rado non è stato ritenuto applicabile il secondo comma dell'art. 106 TFUE a causa dell'assenza di una missione d'interesse generale. Paradigmatica sul punto Trib. primo grado UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e altri c. Commissione*, in *GUUE* C 79 del 29 marzo 2008.

¹⁸⁷ Così G. RASQUIN, *La nozione di interesse della Comunità*, in *Rivista dir. industriale*, 1963, pp. 194-195. Cfr. anche D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 140, che richiama J.L. BUENDA SIERRA, *Exclusive Rights and other anti-competitive state measures*, in J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC law of competition*, Oxford, 2007, p. 343, il quale si sofferma sulla

da un punto di vista teorico, sul piano pratico è sulla Commissione che grava il compito di valutare tali interessi e, conseguentemente, di intervenire censurando la misura nazionale illegittima nel momento in cui ravvisi il rischio di un pregiudizio agli scambi intracomunitari tale da mettere in pericolo i valori fondamentali del mercato unico e della stessa Unione europea.

2.4 – (segue) Il concetto di aiuto di stato deve essere letto alla luce dell’art. 106 TFUE.

Una delle misure che possono incidere sulla concorrenzialità del mercato dei servizi e, nel caso che qui interessa maggiormente, di quello dei servizi d’interesse economico generale, è rappresentata dagli aiuti di Stato. Questi sono definiti dall’art. 107 TFUE come *“aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune prestazioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”*. L’aiuto, in altri termini deve rafforzare la posizione dell’impresa che ne è beneficiaria, a discapito delle altre imprese che operano nello stesso mercato¹⁸⁸. Poi, in concreto, questo può assumere la forma di un materiale trasferimento di risorse finanziarie in favore dell’impresa destinataria della misura, ma anche quella di un’esenzione fiscale¹⁸⁹ (cioè in una rinuncia ad un introito

natura politica della nozione di interesse dell’Unione: *“the interest of the Community, like any other interest, cannot be defined on the basis of principles. It is a subjective and changing concept, whose requires in each case an appreciation of a political nature”*.

¹⁸⁸ Naturalmente, si parla di aiuto di Stato anche nell’ipotesi in cui l’impresa beneficiaria operi esclusivamente nel mercato nazionale dal momento che, sia pur indirettamente, la misura in questione finirebbe per costituire una barriera all’ingresso di altri operatori stranieri nel tessuto economico interno (Cfr. Corte giustizia UE, 13 luglio 1988, *Francia c. Commissione*, C-102-87, in *Racc.*, p. 4067 e 14 settembre 1994, *Spagna c. Commissione*, C-278-279-280/92, in *Racc.*, p. 4103).

¹⁸⁹ Così in Corte giustizia UE, 15 marzo 1994, *Banco Exterior de España*, C-387-92, in *Racc.*, p. I-877.

da parte dello Stato membro) o, ancora, di una partecipazione nel capitale di imprese in difficoltà, specie laddove l'acquisto di quote sociali avvenga in presenza di condizioni che avrebbero dissuaso un investitore privato¹⁹⁰.

Ciò premesso, considerando che i servizi d'interesse economico generale si caratterizzano anche per la presenza di un c.d. "non profitable segment"¹⁹¹ che necessita l'introduzione di misure volte a compensare la scarsa o nulla redditività di alcune prestazioni, appare evidente la connessione tra la disciplina europea in materia di aiuti di Stato e l'art. 106 TFUE. Il diritto comunitario consente agli Stati membri di compensare i maggiori costi sostenuti dalle imprese incaricate di missioni d'interesse generale, al fine di renderne possibile la sostenibilità economica e, dunque, il loro svolgimento. Rimane da capire fino a che punto queste compensazioni possano essere compatibili con il Trattato sul funzionamento dell'Unione viste le potenziali ripercussioni in termini di distorsione dell'equilibrio concorrenziale.

Il nocciolo della questione va individuato nella difficoltà di stabilire se e quando la misura compensativa sia un aiuto di Stato e, conseguentemente, se la compatibilità debba essere valutata *ex ante* o *ex post*. In presenza di precise condizioni, che ora analizzeremo, la misura potrebbe porsi al di fuori della nozione stessa di aiuto di Stato; in tal caso l'art. 107 non sarebbe applicabile e la compatibilità col Trattato sarebbe assicurata *ex ante*. Nel caso di misura rientrante nel novero degli aiuti di Stato, viceversa, la compatibilità potrebbe ricavarsi solo facendo applicazione dell'art. 106, secondo comma TFUE e, quindi, *ex post*, visto l'obbligo per i Paesi membri

¹⁹⁰ *Ex multis*, cfr. Corte giustizia UE, 13 marzo 1985, *Papierwarenfabrik*, cause riunite C-296 e 318/82, in *Racc.*, p. 2321.

¹⁹¹ L'espressione è tratta da P. NICOLAIDES, *The economics of services of general economic interest*, in M.S. RYDELSKI, *The EC State aid regime: Distortive effects of State aid on competition and trade*, Londra, 2006, p. 575.

di comunicare in via preventiva alla Commissione le misure costituenti aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107.

Si impone, a questo punto un'analisi giurisprudenziale per comprendere a quali condizioni uno Stato membro può introdurre delle misure compensative nel settore dei servizi d'interesse economico generale senza violare il principio di tutela della concorrenza.

La Corte di giustizia, nella famosa sentenza *Ferring*¹⁹², ha affermato il principio secondo cui una misura statale costituisce un aiuto nell'ipotesi in cui garantisca al beneficiario un vantaggio economico che altrimenti non avrebbe ottenuto in normali condizioni di mercato. Il vantaggio economico, quindi, deve essere superiore rispetto a quanto necessario per coprire i costi relativi alla parte anti-economica dell'attività di fornitura dei servizi. Tale principio è stato poi ripreso e ulteriormente elaborato nell'altrettanto famosa sentenza *Altmark*¹⁹³ dove, parimenti, si esclude che ricadano nel campo d'applicazione dell'art. 107 TFUE le misure che non collocano le imprese beneficiarie "in una posizione concorrenziale più favorevole" rispetto a quelle che operano nel medesimo ramo d'attività. L'elemento di novità rispetto a quanto già affermato nella sentenza *Ferring*, tuttavia, risiede nell'aver precisato le condizioni che devono sussistere affinché tale fattispecie ricorra. In primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo obiettivo e trasparente. In secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente. In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto

¹⁹² Corte giustizia UE, 22 novembre 2001, C-53/00, *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale*, in Racc., p. I-9067.

¹⁹³ Corte giustizia UE, 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* in Racc., 2003, p. I-7747.

necessario per coprire integralmente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento. Infine, la scelta dell'impresa incaricata del servizio pubblico va effettuata nell'ambito di una procedura di appalto che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al "costo minore per la collettività". In assenza di tale procedura, l'ammontare della compensazione va determinato sulla base di un'analisi dei costi di un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi, tenendo conto dei relativi introiti e di un margine di utile ragionevole.

La dottrina¹⁹⁴ e, di recente, anche la giurisprudenza comunitaria successiva alla pronuncia presa in considerazione¹⁹⁵ hanno rilevato come tra l'art. 106, secondo comma, TFUE e le condizioni della sentenza *Altmark* vi sia una sostanziale sovrapposizione sotto un duplice profilo: quello della qualificazione dell'obbligo di servizio pubblico e delle caratteristiche dell'incarico in virtù del quale il servizio viene attribuito e quello del rispetto dei principi di proporzionalità e necessità nella determinazione del *quantum* della compensazione. Conseguentemente, al fine di valutare la legittimità di una misura di compensazione, bisognerà prima focalizzare l'attenzione sull'art. 107 TFUE e sulle c.d. condizioni *Altmark* e, solo in un secondo momento, sull'art. 106 TFUE.

Se le condizioni risultano rispettate non si potrà parlare di aiuto di Stato e la misura sarà legittima, oltre che, secondo parte della dottrina¹⁹⁶ ma non

¹⁹⁴ *Ex multis*, D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 705 ss.

¹⁹⁵ Tra le pronunce più rilevanti in questo senso si segnala Tribunale di primo grado UE, 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA e altri c. Commissione*, cit..

¹⁹⁶ In questo senso F. CINTIOLI, *Concorrenza istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 168 nonché l'Avvocato generale A. Tizzano nelle conclusioni presentate in ordine alla causa C-53/00,

secondo la giurisprudenza comunitaria, esentata dall'obbligo di notifica alla Commissione.

Se non risultano soddisfatte la prima o la terza condizione, che si sovrappongono al campo di applicazione del secondo comma dell'art. 106 TFUE, la misura dovrà considerarsi aiuto di Stato e, verosimilmente, la Commissione sancirà la sua incompatibilità con il Trattato dal momento che, rispetto ad essa, non si potrebbe nemmeno invocare l'applicazione della deroga rappresentata dal secondo comma dell'art. 106. Mancando, infatti, la determinazione degli obblighi di servizio o l'atto d'incarico della missione d'interesse generale o la sussistenza del rapporto di proporzionalità necessaria tra misura anticoncorrenziale e obiettivo d'interesse pubblico da perseguire, mancano delle condizioni fondamentali richieste per l'applicazione della norma da ultimo richiamata.

Ferring SA, in *Racc.*, 2001, p. I-9069, secondo cui la notifica alla Commissione non avrebbe la funzione di consentire a quest'ultima l'esercizio di un potere discrezionale di sua esclusiva competenza. Essa avrebbe invece *"il solo scopo di informare la Commissione per consentirle di verificare in tempo utile se gli aiuti sono effettivamente accordati per compensare extraoneri di servizio pubblico e se la compensazione non eccede quanto strettamente necessario a tal fine"*. Tuttavia, dal momento che la notifica preventiva non risulterebbe funzionale al rilascio di un'autorizzazione discrezionale, *"la sua eventuale omissione rappresenterebbe bensì un'autonoma violazione delle regole procedurali, ma non produrrebbe l'automatica conseguenza di rendere illegali gli aiuti che effettivamente risultassero ab origine compatibili con il mercato comune ex art. 90, n. 2"*. In senso contrario si deve rilevare che la diretta efficacia dell'art. 106 TFUE – condizione, questa, imprescindibile per evitare l'obbligo di preventiva notifica – dipende dalla diretta efficacia delle norme del trattato rispetto alle quali può fungere da deroga e, nel caso di specie, l'art. 107 TFUE non gode di tale prerogativa dal momento che riserva alla competenza esclusiva della Commissione la valutazione della compatibilità delle misure d'aiuto con il mercato comune. Sul punto cfr. Corte giustizia UE, 30 marzo 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, in *Racc.*, p. I-2941. L'unica deroga al regime di comunicazione obbligatoria è rappresentata dai casi rientranti, inizialmente, nel campo di applicazione della Decisione 2005/842/CE ed oggi in quello del Regolamento UE 25 aprile 2012, n. 360 c.d. *"de minimis"*, relativo all'individuazione di alcuni finanziamenti pubblici di portata limitata compatibili *ex ante* con il mercato unico.

Se, infine, non risultano soddisfatte la seconda o la quarta condizione *Altmark*, la misura sarà da considerare aiuto di Stato ma rimane un margine per salvarla dalla censura di illegittimità comunitaria. In questa ipotesi, infatti, laddove ne sussistessero i presupposti di applicabilità, si potrebbe utilizzare l'art. 106 TFUE e considerare la misura necessaria (oltre che proporzionata) all'assolvimento della missione d'interesse generale affidato all'impresa che ne è beneficiaria¹⁹⁷.

2.5 – I servizi pubblici economici tra privatizzazione e liberalizzazione, alla luce dei parametri comunitari che spingono per una decisa apertura al mercato concorrenziale.

Dopo aver analizzato il fenomeno del servizio pubblico (avente rilevanza economica) sotto il profilo statico, comprendente le problematiche sottese alla sua incerta nozione e al rapporto con le fonti comunitarie in materia di concorrenza e aiuti di stato, si impone qualche riflessione sotto il profilo

¹⁹⁷ Un'ulteriore possibilità per considerare la misura costituente aiuto di Stato compatibile con il diritto comunitario era rappresentata dalla sussistenza delle condizioni introdotte e disciplinate per la prima volta dal c.d. "pacchetto Monti - Kroes" (recentemente aggiornato, e quindi sostituito, tra il 2011 e il 2012) contenente: a) una decisione in cui si indicavano le condizioni alle quali la compensazione degli obblighi di servizio pubblico era ritenuta compatibile con le norme sugli aiuti di Stato e non doveva essere notificata alla Commissione; b) la disciplina specifica delle condizioni alle quali la Commissione poteva dichiarare compatibili le compensazioni non contemplate dalla decisione; c) la direttiva 2005/81/CE della Commissione, del 28 novembre 2005, che modificava la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese: questa modifica introduceva la separazione contabile per le imprese beneficiarie di compensazioni di obblighi di servizio pubblico, a prescindere dalla loro natura di aiuti di Stato. Attualmente, il pacchetto Monti - Kroes non è più in vigore ma v'è da dire che è stato sostituito da norme che in massima parte ne riprendono i contenuti. Merita un accenno il recentissimo Regolamento n. 360 del 2012 (c.d. *de minimis*) che fissa una soglia di valore al di sotto della quale la compensazione, a fronte di una fornitura di servizi d'interesse economico generale, non viene considerata distorsiva (500.000 euro nell'arco di tre esercizi finanziari).

dinamico. L'attenzione verrà, quindi, focalizzata sulle modalità attraverso le quali il legislatore nazionale ha rimodellato il mercato dei servizi pubblici nel tentativo di renderlo maggiormente coerente con i parametri imposti dall'Unione europea.

A questo proposito sono essenzialmente due i fenomeni da analizzare, quello delle privatizzazioni e quello delle liberalizzazioni.

Prima, però, di addentrarci nello studio del primo di essi, ritengo necessario sgombrare il campo da un possibile equivoco di fondo: non si tratta di modelli incompatibili. Privatizzazioni e liberalizzazioni possono coesistere in relazione al mercato di uno stesso servizio dal momento che le prime interessano la natura soggettiva della sua titolarità e/o della sua gestione, mentre le seconde hanno un'incidenza sulla dimensione e sul grado di apertura del settore interessato.

Le privatizzazioni riguardano la dismissione da parte dell'amministrazione della titolarità di un certo servizio pubblico o della sua gestione, intesa come esercizio dell'attività consistente nell'erogazione delle prestazioni agli utenti.

Le liberalizzazioni, operando su un piano diverso, consentono di svolgere agli operatori economici interessati la stessa attività in concorrenza tra loro; e questo indipendentemente dal fatto che tra di essi vi possa essere un ente pubblico o, più verosimilmente, una società in mano pubblica. Si tratta, pertanto, di un fenomeno neutro rispetto alle privatizzazioni. Ciò che si pone totalmente in contrasto con le liberalizzazioni, piuttosto, è il mantenimento di un diritto ad esercitare in esclusiva l'attività costituente servizio pubblico. Conseguentemente, la privatizzazione potrebbe dirsi incompatibile con l'obiettivo della liberalizzazione solo laddove si inserisse nel più ampio disegno volto a creare un siffatto regime di riserva. In ogni altra ipotesi, privatizzazioni e liberalizzazioni possono convivere e, per

certi versi, possono anche dirsi complementari, se non altro perché l'assenza della p.a. tra i soggetti attivi del mercato dei servizi consente un più equilibrato confronto tra gli operatori privati, funzionale allo sviluppo di una concorrenza matura, in grado di apportare benefici agli utenti in termini di qualità e convenienza dell'offerta.

2.5.1 – (segue) Le privatizzazioni: privatizzazione della titolarità e privatizzazione della gestione del servizio pubblico.

Per effetto delle privatizzazioni, lo Stato e, in generale, l'autorità pubblica, ha mutato il proprio ruolo in campo economico. Mutamento, come detto, imposto dalle regole del mercato unico ma anche dalla crescente incapacità dell'operatore pubblico di garantire servizi efficienti e di qualità, mantenendo tariffe ragionevoli.

Le privatizzazioni (ed in parte anche le liberalizzazioni) rappresentano la risposta in termini operativi e organizzativi all'esigenza di garantire gli investimenti necessari per raggiungere e generalizzare standard europei di qualità della vita promuovendo, nel contempo, la coesione sociale e la crescita dell'economia.

I servizi pubblici (soprattutto quelli locali) svolgono un ruolo di centrale importanza in vista degli obiettivi testé citati. Garantiscono una rete di infrastrutture e prestazioni funzionali alla produttività e alla qualità della vita e, in più, rappresentano un fattore determinante per assicurare omogeneità di condizioni nelle vare aree del Paese, sia sul piano dei diritti individuali, sia sul piano della competitività¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Cfr. C. DE VINCENTI, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, in C. DE VINCENTI, A. VIGNERI, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Roma, 2011, p. 24. Per un approfondimento si rinvia a F. BASSANINI, L. TORCHIA (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Firenze, 2005.

Naturalmente, perché i servizi pubblici possano svolgere queste funzioni irrinunciabili è necessario che siano efficienti ed abbiano costi sostenibili. Tuttavia, nel caso dell'Italia (sia pur in presenza di sensibili differenze qualitative che, in ogni caso, testimoniano un'inefficienza complessiva del settore servizi nel sistema Paese) le dotazioni infrastrutturali strumentali ai servizi sono troppo spesso carenti e, nel contempo, la gestione di questi ultimi non è in grado di assicurare il giusto compromesso tra qualità e prezzo (*rectius*, tariffa). Solo per fare qualche esempio, basti pensare alle condizioni del servizio idrico integrato che, in base ai dati forniti dalla più recente relazione annuale dell'autorità garante di settore (Conviri)¹⁹⁹, si caratterizza per la presenza di perdite di rete talmente consistenti da avere un sensibile effetto sulla qualità del servizio e sulla capacità di gestire responsabilmente il bene acqua. La perdita di rete a livello nazionale si attesta sul 36%; percentuale che sale al 39,1% nelle regioni del centro e al 55% nel sud e nelle isole. Altro caso emblematico del ritardo infrastrutturale del nostro paese è rappresentato dal servizio di smaltimento rifiuti, dove la percentuale di raccolta differenziata è ancora troppo bassa rispetto ai principali Stati europei e lo smaltimento in discarica rappresenta ancora la principale modalità di gestione del prodotto "rifiuto"²⁰⁰ che, invece, se adeguatamente trattato, potrebbe rappresentare persino una risorsa in termini di riconversione dei materiali usati, di risparmio energetico e anche di risparmio economico, visti gli elevati costi di uno smaltimento "indifferenziato" eco-compatibile.

¹⁹⁹ I dati sono tratti dalla relazione del dicembre 2011 "Rapporto sullo stato dei servizi idrici", p. 210 ss., pubblicata sul sito internet dell'Autorità <http://www.conviri.it>.

²⁰⁰ L'affermazione è sorretta da quanto riportato nel "rapporto rifiuti urbani 2012" predisposto dall'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) e pubblicato sul suo sito internet <http://www.isprambiente.it>.

Una delle principali cause di queste carenze (che si traducono in bassa qualità dei servizi) va rinvenuta negli elevati costi di gestione dei servizi, che sottraggono risorse agli investimenti e che possono essere compensati solo da uno speculare aumento delle tariffe. Costi elevati che, a loro volta, dipendono da forme di organizzazione dei processi produttivi dei servizi caratterizzate da una logica non imprenditoriale. Laddove, infatti, è il soggetto pubblico il titolare e il gestore del servizio si assiste molto spesso a operazioni di ripiano delle perdite che non stimolano la crescita dei livelli di efficienza e produttività. In più, al sovradimensionamento dell'organico degli enti e delle imprese chiamate a svolgere il servizio, si accompagna un loro sottodimensionamento in termini di ambito di operatività che impedisce di sfruttare le economie di scala.

Per superare questo circolo vizioso che denota una certa autoreferenzialità delle aziende di servizio pubblico²⁰¹, a partire dagli anni novanta, e poi sempre con maggiore decisione, si è scelta la via delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni²⁰². Le prime, in particolare, permettendo l'ingresso nel settore dei servizi pubblici di ingenti capitali privati, quanto mai necessari per un deciso rinnovamento, consentono di indirizzare l'attività da svolgere verso modalità organizzative e operative improntate a criteri di redditività ed efficienza.

²⁰¹ Sulle deficienze della p.a. nella gestione dei pubblici servizi concorrono una molteplicità di fattori. Tra questi i bizantinismi della burocrazia, il caos normativo, l'assenza di adeguate professionalità, la mancanza di spirito imprenditoriale e, a monte, una gestione della cosa pubblica (compresi i servizi) finalizzata al conseguimento del consenso politico, prescindendo dall'obiettivo primario della tutela degli utenti. Le prestazioni che costituiscono oggetto dei servizi pubblici, invece, possono essere realmente efficaci solo se l'amministrazione che decide di erogarli si pone realmente al servizio dei cittadini.

²⁰² Sulle ragioni sottostanti il fenomeno delle privatizzazioni si è già parlato diffusamente nel capitolo precedente, parr. 1.2 e seguenti.

La privatizzazione (sostanziale) della titolarità del servizio può avvenire in modi diversi: attraverso la dismissione e cessione a soggetti privati delle aziende pubbliche incaricate o attraverso la vendita delle azioni in mano pubblica corrispondenti al capitale sociale di enti solo formalmente privatizzati. Inoltre, v'è da rilevare come la privatizzazione può essere anche solo parziale. Il soggetto pubblico, in questo caso, mantiene parte del capitale sociale e continua a svolgere un ruolo di garanzia in relazione all'assolvimento della missione d'interesse pubblico, lasciando al privato, contitolare, la gestione operativa del servizio²⁰³.

La privatizzazione, come detto, finisce per collocare il servizio pubblico – o meglio, l'attività che ne costituisce l'oggetto – nel campo dell'attività imprenditoriale e allenta il legame, storicamente molto forte, tra politica e servizi. Questa circostanza consente alle imprese che producono servizi di prendere decisioni che sacrificano i localismi e garantiscono un orizzonte produttivo più adatto all'obiettivo di massimizzare l'efficienza. Non è un caso, allora, se il diffondersi delle privatizzazioni sia andato di pari passo con un interessante processo di aggregazioni e fusioni tra imprese che si occupano di servizi pubblici aventi rilevanza economica.

Naturalmente, alla privatizzazione della titolarità del servizio non si accompagna la perdita della qualifica dell'attività svolta come servizio pubblico, essendo ormai superata la nozione soggettiva dello stesso²⁰⁴ e, dunque, non coglie nel segno la possibile obiezione che per curare interessi della collettività il servizio debba essere necessariamente gestito con strumenti pubblicistici. Anche laddove la privatizzazione ha portato alla totale esclusione del soggetto pubblico dal capitale sociale dell'impresa

²⁰³ Per un approfondimento sul partenariato pubblico privato nella gestione dei servizi pubblici si rinvia al paragrafo 2.8.5.

²⁰⁴ Già si è parlato delle diverse nozioni di servizio pubblico e pertanto si rimanda ai paragrafi 2.2 e ss..

deputata allo svolgimento del servizio, infatti, l'assolvimento della missione d'interesse generale è stata garantita dalla creazione di autorità indipendenti e, più in generale, dall'attività regolatoria e di vigilanza comunque spettante alla mano pubblica.

Quanto alla privatizzazione della gestione del servizio, essa si riferisce alla decisione di affidarne la cura a soggetti privati, pur lasciando la titolarità dello stesso all'ente pubblico affidante.

In questa definizione molto sintetica, persino banale, si può cogliere la caratteristica fondamentale della privatizzazione della gestione. L'ente pubblico *può affidare* l'attività di erogazione delle prestazioni ad *un soggetto* privato. L'affermazione tradisce l'esistenza un regime di riserva creato dall'ente pubblico per consentire al privato di assolvere la missione d'interesse pubblico in virtù dell'atto di affidamento, senza che nessun altro operatore economico possa rappresentare un "pericolo concorrenziale". Naturalmente, per evitare che l'ente pubblico decida discrezionalmente chi deve occuparsi del servizio, in spregio alle basilari regole del mercato unico in materia di tutela delle *chances* competitive degli operatori economici, l'incarico dovrà essere preceduto da una procedura competitiva ad evidenza pubblica. In questo modo si ottiene un surrogato del confronto concorrenziale che, solitamente, viene chiamato concorrenza *per* il mercato. Che si tratti di una forma effettiva di tutela della concorrenza viene sostenuto anche dalla Corte costituzionale²⁰⁵, secondo cui questa non consiste esclusivamente nella protezione di un assetto concorrenziale del mercato già esistente, ma anche nello sviluppo di un contesto economico in cui potranno stabilirsi condizioni concorrenziali.

Così, ragionando in un'ottica di lungo periodo e in riferimento a mercati ancora "immaturi", non in grado cioè di dare una risposta adeguata alla

²⁰⁵ Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272, in *Foro amm.* – CDS, 2004, p. 1971.

richiesta di determinate prestazioni, l'indizione di gare per l'affidamento del servizio assicura, da un lato, un confronto tra operatori che possono mettere in campo le proprie professionalità ad armi pari e, dall'altro, una forma di protezione per il vincitore, cui viene garantita la possibilità di accrescere le proprie competenze e fare investimenti senza il pericolo di perdere la sfida nella competizione, questa volta sul piano operativo, con altri soggetti. Naturalmente, per conseguire l'obiettivo di una crescita dell'intero settore in vista di una più marcata apertura al mercato, sarà necessaria la presenza di numerose gare e, nel contempo, gli affidamenti non dovranno avere una durata superiore a quanto necessario per garantire al vincitore di ammortizzare gli investimenti fatti. In caso contrario, al posto di stimolare la crescita qualitativa dell'offerta si otterrebbe il risultato di selezionare a mezzo gara un pericoloso monopolista che, verosimilmente, sarà anche l'unico soggetto in grado di competere nelle successive gare, stante l'indubbio vantaggio derivante dal precedente, magari pluridecennale, affidamento. Queste condizioni, evidentemente, scoraggerebbero la concorrenza e, dunque, ad avviso di chi scrive, è da considerare con qualche riserva e molte precisazioni l'affermazione che la concorrenza per il mercato sia una reale forma di tutela del mercato concorrenziale.

Sul punto ritorneremo in occasione dell'analisi delle recenti riforme in materia di servizi pubblici locali.

2.5.2 – (segue) Le liberalizzazioni nel settore dei servizi pubblici. La libertà d'iniziativa economica deve comunque porsi al servizio degli utenti.

Un mercato liberalizzato è un mercato accessibile a tutti, retto dai principi della concorrenza e della parità di *chances* tra i vari operatori economici. La

liberalizzazione appare, quindi, il modello organizzativo dei servizi maggiormente coerente con i principi del mercato unico europeo.

La premessa è sicuramente corretta in linea teorica, tuttavia, non bisogna dimenticare due questioni di cruciale importanza che precedono logicamente qualsiasi affermazione sull'argomento che si intende affrontare in queste pagine. In primo luogo devono sussistere le condizioni affinché un mercato liberalizzato sia realmente efficiente; la liberalizzazione in sé connota un modo di essere del mercato e non assicura, sol perché sussiste giuridicamente, che quest'ultimo funzioni meglio di prima. In secondo luogo, liberalizzare un servizio pubblico non è cosa affatto banale perché tale operazione potrebbe compromettere il perseguimento dell'interesse di rilevanza pubblicistica che pur rimane sotteso all'attività in questione.

Iniziamo da quest'ultimo punto. La liberalizzazione mira al superamento dei regimi di riserva e consente ad una pluralità di operatori privati di entrare in un determinato mercato, operando in pieno regime concorrenziale secondo il modello lucrativo dell'attività d'impresa²⁰⁶, anche se l'attività concretamente svolta concorre a realizzare specifici interessi primari che giustificano la qualificazione di un servizio come pubblico.

Come si traduce, tuttavia, il concetto di liberalizzazione in termini giuridici? Il superamento del regime di riserva che caratterizza un certo servizio implica il venir meno di quell'attività amministrativa volta a contemperare libertà d'iniziativa economica e missione d'interesse pubblico. Tutto ciò sottintende il superamento non solo dello strumento concessorio, mediante il quale la p.a. affida ad un terzo soggetto la gestione del servizio, ma anche di quella forma attenuata di regime concorrenziale rappresentata dalla c.d. concorrenza per il mercato di cui si è detto in precedenza. Consentire agli operatori economici di partecipare ad una

²⁰⁶ Sul punto F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, cit., p. 894.

procedura ad evidenza pubblica per ottenere l'affidamento in esclusiva del servizio non è vera liberalizzazione. Tuttalpiù si potrebbe parlare di liberalizzazione dell'accesso al mercato ma, evidentemente, il mercato in questione non potrebbe dirsi aperto al confronto competitivo tra le imprese visto il regime di monopolio che discende dall'aggiudicazione del servizio al solo vincitore della gara. La concorrenza, infatti, dispiegherebbe i propri effetti esclusivamente a monte della scelta compiuta dalla p.a. in seguito alla valutazione delle offerte.

La liberalizzazione, al contrario, impone che la concorrenza avvenga nel mercato, tra operatori che svolgono, o possono svolgere, concretamente l'attività in questione, senza che per farlo si renda necessario un atto della pubblica autorità.

Questa impostazione, rigorosa nel delineare un ruolo pressoché marginale per la pubblica amministrazione²⁰⁷, presenta forti criticità se applicata al settore dei servizi pubblici. La nozione stessa e la funzione del servizio pubblico verrebbero, infatti, fortemente snaturate. A fronte di un'attività non più gestita secondo modalità previste dall'amministrazione in funzione della cura di interessi primari, il servizio pubblico verrebbe comunque garantito solo se l'assetto concorrenziale del mercato fosse in

²⁰⁷ La p.a. potrebbe certamente individuare certe attività come necessarie per la salvaguardia di interessi fondamentali dei cittadini / utenti ma, di fatto, si troverebbe sfornita di poteri giuridici per imporre il loro perseguimento. Solo le autorità amministrative indipendenti di settore potrebbero continuare a svolgere un ruolo di garanzia ma, è bene precisarlo, i loro interventi "regolatori" sarebbero comunque di tipo economico, finalizzati a tutelare "il funzionamento del mercato e a proteggere i consumatori, non a perseguire fini pubblici". Così G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 42. Nello stesso senso si esprime anche F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000, p. 92, secondo cui "lo strumento regolatorio mira a definire in concreto, con la sola eccezione del servizio universale, le sole condizioni per lo svolgimento di attività anche private, e non anche i fini (pubblici, sovrapposti alle regole del mercato) per i quali debbano essere svolte".

grado di perseguire i medesimi fini di utilità generale in precedenza garantiti dal regime di riserva. Tuttavia, a ben vedere, una tale eventualità potrebbe anche non verificarsi e, in ogni caso, essa sarebbe il frutto di dinamiche estranee alle funzioni istituzionali della pubblica autorità. Proprio per questo, ad avviso di chi scrive, non sarebbe comunque corretto parlare di servizio pubblico ma solo di servizio di pubblica utilità. Il primo, infatti, è frutto di una precisa scelta dell'ente pubblico di garantire determinate prestazioni ritenute di primaria importanza per la collettività. Il concetto di servizio di pubblica utilità, invece, ha una connotazione che rispecchia l'idoneità oggettiva di una certa attività a fornire un'utilità di carattere sociale ai suoi beneficiari, senza che venga in rilievo la determinazione pubblicistica che sola è in grado di rendere tale utilità un effetto non sacrificabile.

Per evitare, allora, l'inaccettabile sacrificio del servizio pubblico in senso proprio, si è sostenuto che, pur a fronte di un'attività liberalizzata, sarebbe possibile assoggettare a precisi obblighi alcune prestazioni ritenute essenziali ma che il mercato non è in grado di assicurare in ragione di una remuneratività insufficiente o nulla. In questo modo, nonostante la liberalizzazione dell'attività, la pubblica amministrazione sarebbe comunque in grado di assicurare l'universalità della fruizione, un prezzo accessibile e una certa qualità anche nei casi di fallimento del mercato²⁰⁸. Naturalmente, si capisce che in questo modo si finirebbe per restringere il concetto di servizio pubblico sovrapponendolo a quello di servizio

²⁰⁸ A questo proposito F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2007, p. 83 ss., dove si parla di "prestazioni di servizi pubblici senza riserva", cioè nell'ambito di un settore economico oggetto di liberalizzazione, in cui il servizio non viene affidato con gara, e in esclusiva, ad uno specifico operatore economico.

universale²⁰⁹. Questa conseguenza, tuttavia, non solo appare eccessivamente limitativa del ruolo che possono svolgere gli enti pubblici nella determinazione di cosa sia e debba essere servizio pubblico ma, a ben vedere, non è imposta nemmeno dal diritto comunitario. Secondo la Commissione²¹⁰, infatti, gli Stati membri rimangono liberi di individuare *“delle missioni di interesse generale supplementari, che vadano al di là degli obblighi di servizio universale”*, fermo restando il rispetto del principio di proporzionalità necessaria tra misure limitative della concorrenza e obiettivi d’interesse pubblico.

L’equivoco di fondo sta nel considerare la liberalizzazione come una via obbligata nel settore dei servizi d’interesse economico generale. In realtà non è così. Laddove esista un mercato concorrenziale dei servizi, in cui molti operatori, in competizione tra loro, siano in grado di offrire servizi efficienti e a prezzi ragionevoli, la liberalizzazione rappresenta il modo migliore per implementare la qualità dei servizi offerti. È facilmente intuibile, infatti, che l’ingresso di sempre più numerosi *competitors* stimoli il rinnovamento gestionale e la massimizzazione del rapporto qualità - prezzo. Questo, tuttavia, non preclude la possibilità né di declinare in senso maggiormente temperato il concetto di liberalizzazione in vista del perseguimento di precisi obiettivi di interesse generale (nel rispetto del ricordato principio di proporzionalità necessaria), né di optare per una meno ambiziosa *“concorrenza per il mercato”* laddove non vi siano ancora le condizioni che consentano all’utenza di ottenere servizi di qualità, e a

²⁰⁹ Cfr. F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell’amministrazione*, cit., p. 91, in cui si evidenzia come ciò che viene definito servizio di pubblica utilità non sembra possedere le caratteristiche tipiche del servizio pubblico, le quali, invece, *“appaiono conservate nell’ambito delle prestazioni di servizio universale”*. In relazione al concetto di servizio universale si rimanda a quanto già detto *supra*, p. 115 ss..

²¹⁰ Il riferimento è alla già citata comunicazione della Commissione sui servizi d’interesse generale in Europa, 11 settembre 1996, COM (96) 443.

prezzi ragionevoli, in base al mero rapporto tra domanda e offerta. Ciò che, in definitiva, l'ordinamento europeo richiede non è una liberalizzazione obbligatoria e improvvisa, ma una progressiva apertura al mercato, tanto più intensa quanto maggiore è il grado di competitività che questo è in grado di offrire, in termini di pluralità di operatori interessati a svolgere una certa attività e di qualità delle prestazioni.

Ciò premesso, parte della dottrina e della giurisprudenza sono rimaste comunque piuttosto prudenti nel consentire l'esercizio di prerogative pubblicistiche nell'ambito dei settori "liberalizzati" dei servizi d'interesse economico generale. Basti pensare che il sistema autorizzatorio (che ha preso il posto di quello concessorio) viene ritenuto ammissibile e compatibile con la liberalizzazione del mercato solo se si traduce in una mera verifica di idoneità tecnica dell'operatore, senza che possa venire in rilievo qualsiasi considerazione su come dovrà svolgersi l'attività che l'amministrazione riconosce d'interesse pubblico²¹¹.

Tuttavia, proprio perché le nostre riflessioni si inseriscono nel quadro dei servizi pubblici, non sempre la liberalizzazione si può tradurre in semplice libertà di erogare le prestazioni che ne costituiscono l'oggetto. Di qui l'esigenza di maggiore spazio per la dimensione pubblicistica del fenomeno.

²¹¹ In dottrina il riferimento va, tra i tanti, a F. BELLOMO, *Manuale*, cit., p. 938. In giurisprudenza questa posizione è stata espressa recentemente da Cons. Stato, sez. cons., parere 11 giugno 2012, n. 2805, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, in cui si legge che "in un regime completamente liberalizzato e, quindi, di piena concorrenza, l'accesso al mercato dovrebbe essere libero o, al più, caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all'esercizio della relativa attività economica — qualora sia necessario che gli operatori presentino determinati requisiti — in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori". Che l'autorizzazione possa essere uno strumento di liberalizzazione parziale è sostenuto anche da W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *www.giustamm.it* n. 5-2012.

Non si deve dimenticare, infatti, che vi sono obblighi di servizio pubblico e universale che vanno osservati dagli esercenti. Conseguentemente, vi saranno anche delle compensazioni economiche, necessarie per bilanciare il dovere di perseguire determinati obiettivi anche in spregio alla logica lucrativa dell'attività d'impresa. Infine, vi sono, precisi standard minimi di qualità delle prestazioni che vanno assicurate nello svolgimento del servizio²¹².

Tutti questi obblighi e peculiarità dell'attività connotata come servizio pubblico dovranno caratterizzare il contratto di servizio da stipularsi con l'esercente e, in ogni caso, dovranno essere concordati "a monte" con l'amministrazione perché essenziali per il compimento di quanto necessario per la soddisfazione dell'interesse pubblico. Poi, vista la sussistenza di precisi obblighi in capo all'esercente, l'amministrazione potrà (e dovrà) svolgere un'indispensabile funzione di controllo che, in quanto tale, rappresenta un'ulteriore forma di limitazione necessaria ai principi del libero mercato²¹³.

La liberalizzazione dei servizi pubblici, dunque, si pone come regola per la loro erogazione e fruizione ma tenendo ben presenti quei necessari (e proporzionati) temperamenti che consentono di coniugare la libertà d'impresa con l'esercizio di prerogative pubblicistiche nell'interesse degli utenti a cui va offerto e garantito il servizio.

²¹² Così C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge "crescita": la produzione normativa non ha mai fine*, in *www.giustamm.it*, n. 7-2012.

²¹³ Sempre secondo C. VOLPE, *ult. op. cit.*, un apposito regime di s.c.i.a. potrebbe far superare anche la necessità della stipula del contratto di servizio nel caso in cui gli obblighi dell'esercente, predefiniti dall'amministrazione, si facessero rientrare, "sotto forma di preventiva accettazione da parte dello stesso, tra i requisiti e i presupposti richiesti per l'esercizio dell'attività da autocertificare".

2.5.3 – (segue) Le condizioni necessarie per un’efficace liberalizzazione. Breve analisi del caso dei servizi a rete in tema di *third party access*, tariffe per l’accesso alla rete e *unbundling*.

Le liberalizzazioni presuppongono l’esistenza delle condizioni che consentono a più operatori economici di competere in uno stesso mercato. In altre parole, è necessario che più imprese possano concretamente, oltre che giuridicamente, svolgere una determinata attività economica d’interesse generale.

Esistono, tuttavia, delle attività che sono storicamente caratterizzate per l’esistenza di monopoli naturali, che dipendono dalla presenza di economie di scala tali da rendere efficiente la presenza di un solo operatore economico all’interno del mercato, rispetto ad ogni altra configurazione strutturale possibile²¹⁴. Conseguentemente, se nello stesso mercato vi operassero anche altre imprese, ciascuna di esse dovrebbe sopportare costi di produzione più elevati, a tutto svantaggio per il cliente – utente finale del servizio.

Questa condizione diviene evidente nel caso dei sistemi a rete, come le linee telefoniche, le linee elettriche ad alta tensione o nel caso della distribuzione del gas naturale. In questi casi, la duplicazione delle infrastrutture strumentali allo svolgimento del servizio, in seguito all’ingresso nel mercato di un secondo operatore, richiederebbe uno sforzo economico controproducente in un’ottica di sistema produttivo e, in ogni caso, non sopportabile né ammortizzabile da parte del soggetto *new comer* che si troverebbe in una posizione di palese inferiorità competitiva rispetto

²¹⁴ Per un approfondimento sul concetto di monopolio naturale si rinvia a G. BROSIO, *Economia e finanza pubblica*, cit., p. 313 ss., nonché G. CERVIGNI, M. D’ANTONI, *Monopolio naturale, concorrenza, regolamentazione*, Bari, 2001.

al soggetto *incumbent* che già dispone della rete perché, verosimilmente, “ereditata” dalla precedente gestione pubblica in regime di monopolio.

Si pone, dunque, un problema di non poco momento allorquando si voglia aprire alla concorrenza un settore economico caratterizzato dalla presenza di monopoli naturali. La difficoltà di ordine pratico ed economico può, tuttavia, essere minimizzata attraverso l’uso di precisi accorgimenti di carattere giuridico.

Analizzando le normative (nazionali e comunitarie) di liberalizzazione si nota come venga imposto ai gestori delle reti non duplicabili a costi economicamente sostenibili un duplice ordine di obblighi. In primo luogo, quello di garantire il buon funzionamento della rete stessa e la possibilità di conoscere le informazioni necessarie affinché gli operatori che se ne servono possano correttamente interfacciarsi con essa. In secondo luogo, quello di garantire egualmente a tutte le imprese interessate a svolgere il servizio la possibilità di servirsi della rete, senza la quale, evidentemente, l’attività non potrebbe essere svolta.

Questi obiettivi vengono perseguiti sia mediante disposizioni riguardanti l’accesso regolato (c.d. *third party access*) e gli obblighi di separazione tra attività deputate al funzionamento della rete e attività di gestione del servizio (c.d. *unbundling*), sia attraverso l’attività di regolazione e vigilanza assegnata alle autorità garanti²¹⁵.

Naturalmente, questi correttivi vengono in rilievo allorquando non sia possibile moltiplicare le reti e, dunque, si renda necessario l’utilizzo plurisoggettivo della medesima infrastruttura in condizioni di parità che

²¹⁵ Per un’analisi sul rapporto tra regolazione *ex ante* e vigilanza antitrust *ex post* si legga F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l’accesso nei settori dell’energia elettrica e del gas*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 141 ss..

dipendono, in ultima analisi, da una sua gestione neutrale²¹⁶. Una neutralità tanto più necessaria laddove vi sia il pericolo di integrazioni verticali tra il gestore della rete e uno dei soggetti gestori del servizio che, in molti casi, potrebbe essere una società controllata dal primo. Un legame di questo tipo avrebbe conseguenze assai gravi sul piano della concorrenzialità che potrebbero tradursi in abusi di posizione dominante aventi finalità escludenti nei confronti di altri *competitors*. Basti pensare ai notevoli e ingiusti vantaggi economici per il potenziale gestore del servizio che, in sede di gara per il suo affidamento potrebbe presentare un'offerta ben più vantaggiosa proprio in ragione del rapporto intercorrente con il titolare / gestore della rete.

Le questioni appena delineate si inseriscono all'interno del dibattito relativo alla nota teoria economico – giuridica denominata “*essential facilities doctrine*”²¹⁷, secondo cui, a certe condizioni, il rifiuto di concedere ad altri l'utilizzo di un bene strumentale è assimilabile ad un tentativo di monopolizzare il mercato e, conseguentemente, è sanzionabile dalle autorità preposte alla regolazione e alla vigilanza sul suo assetto concorrenziale. La dottrina in parola si è sviluppata principalmente nel mondo anglosassone e, in particolare, negli Stati Uniti d'America. Il caso giurisprudenziale forse più famoso risale addirittura al 1912 (*Terminal railroad association*), in cui la Corte Suprema dichiarò la violazione dello *Sherman Antitrust Act* – che sanziona tutt'ora l'abuso di posizione

²¹⁶ In questo senso F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 283.

²¹⁷ Cfr. J. BERTI, *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Conc. Mercato*, 1998, p. 335; L. TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Conc. Mercato*, 1998, p. 329; G. NIZI, *Dalla teoria del monopolio naturale alla essential facilities doctrine: nuove forme di regolazione nel settore dell'energia*, in L. AMMANNATI (a cura di), *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005; S. BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Mercato concorrenza e regole*, 1999, p. 149.

dominante – a seguito del rifiuto da parte di alcune imprese ferroviarie proprietarie della rete, di concedere ad altri imprenditori il diritto di utilizzarla per svolgere attività di trasporto di merci e persone. In casi come questo, dove il monopolio naturale si scontra con il diritto d’iniziativa economica, la teoria delle *essential facilities* mira a bilanciare le contrapposte esigenze che vengono in rilievo in vista del conseguimento della massima efficienza del mercato.

Ineludibile è il dato di partenza, che già abbiamo ricordato: il monopolio naturale impedisce alla concorrenza di stimolare un miglioramento delle condizioni di offerta all’utenza e, pertanto, l’unica alternativa è quella di mettere a disposizione di tutti gli operatori la rete gestita dal soggetto *incumbent*. Una scelta in questo senso, ben s’intende, costituisce una incisiva ingerenza pubblicistica nelle dinamiche del libero mercato. Di fatto si finisce per imporre coattivamente al titolare dell’infrastruttura di dividerla con potenziali concorrenti nell’attività di gestione.

Tuttavia, più che di un obbligo gravante sul titolare - gestore della rete, sembra più corretto parlare di un peculiare regime giuridico che caratterizza il bene destinato ad un uso comune nel mercato, in ragione della sua strumentalità necessaria per la soddisfazione di interessi di primaria importanza per la collettività. In particolare, affinché sussista l’obbligo di condivisione della rete è indispensabile la presenza di alcune condizioni, senza le quali non sarebbe in alcun modo giustificabile la deviazione dal regime giuridico di diritto comune che caratterizza i beni e il diritto di proprietà. Già si è detto dell’essenzialità della rete per l’erogazione del servizio e, indirettamente, anche per la creazione di un mercato concorrenziale, altrimenti impedito dalla presenza del monopolio naturale. In secondo luogo, l’accesso di altri operatori deve garantire un miglioramento delle condizioni di efficienza del mercato, favorendo

l'innovazione tecnologica e, correlativamente, anche una diminuzione delle tariffe. In terzo luogo, la rete deve essere tecnicamente condivisibile con altri operatori e la presenza di questi non deve generare congestioni di traffico tali da impedire l'erogazione delle prestazioni a favore dell'utenza e, nello specifico, l'assolvimento della missione d'interesse pubblico sottesa al servizio.

In presenza di queste condizioni, la rete deve considerarsi un bene del tutto particolare, da gestire in modo neutrale rispetto agli interessi degli operatori che di essa si vogliono (e si devono) servire e che, per certi versi, può considerarsi gravato da un vincolo di destinazione, indipendentemente da chi ne abbia la proprietà o la gestione²¹⁸.

Naturalmente, per evitare che il principio del libero accesso alla rete sia foriero di un irragionevole pregiudizio economico per il titolare – gestore della stessa, gli operatori che se ne servono devono pagare delle tariffe, in modo che vengano remunerati gli investimenti fatti e i costi sostenuti per le spese di gestione. Anche qui, però, la loro determinazione non viene lasciata alla libera contrattazione – stante l'evidente posizione di forza del soggetto *incumbent* – e si prevede che sia affidata all'attività regolatoria delle autorità indipendenti di settore. Nell'ambito del servizio di trasporto e distribuzione del gas naturale, ad esempio, la direttiva comunitaria 2009/73/CE del 13 luglio 2009 (poi recepita in ambito nazionale dal d. lgs. 1 giugno 2011, n. 93) ha previsto, all'art. 32, che le tariffe per l'accesso alla rete, o i relativi metodi di calcolo, siano preventivamente approvati

²¹⁸ Così F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 283, secondo cui gli obblighi che discendono dalla neutralità della gestione della rete, più che esser legati al diritto delle obbligazioni, dovrebbero essere ricondotti agli istituti delle obbligazioni *propter rem* e degli oneri reali “il cui carattere di ambulatorietà ben si concilia col caso di specie”. Sul punto si legga anche V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà - dovere dei beni in titolarità pubblica*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2003, p. 74.

dall'autorità di regolamentazione e che le tariffe e le metodologie, ove solo queste ultime siano state approvate, siano pubblicate prima della loro entrata in vigore²¹⁹. Dalla disposizione in parola si deduce non solo che la tariffa deve essere determinata in modo tale da garantire concretamente l'accesso alla rete (in questo senso deve leggersi la previsione di un intervento regolatorio dell'autorità indipendente) ma che, nel contempo, si vuol consentire agli operatori interessati di conoscere tale tariffa in anticipo, cioè prima della sua entrata in vigore, in modo che tutti abbiano la certezza di godere delle stesse condizioni economiche.

Il potere amministrativo di determinazione tariffaria riservato alle autorità indipendenti è quindi funzionale al perseguimento di una pluralità di obiettivi. In primo luogo consente di dare concretezza alla vigilanza sulla parità concorrenziale tra gli operatori economici in competizione. In secondo luogo risulta determinante nel contenere la propensione dei titolari e/o gestori della rete a massimizzare la propria posizione monopolistica mediante l'imposizione di condizioni contrattuali discriminatorie o, in ogni caso, insostenibili economicamente nei confronti di *competitors* "sgraditi". In terzo luogo, tale potere deve essere esercitato in vista dell'ottimale bilanciamento tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse economico del gestore della rete che, altrimenti, sarebbe del tutto disincentivato a compiere nuovi investimenti e a realizzare nuove infrastrutture²²⁰. In più,

²¹⁹ La stessa previsione era già contenuta nell'art. 18, comma 1, della direttiva 2003/55/CE, poi abrogata e sostituita dalla direttiva del 2009.

²²⁰ A sostegno di quanto detto si pensi a quanto previsto dall'art. 17 del d. lgs. 8 luglio 2003, n. 188, recante attuazione delle direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE in materia ferroviaria. Nel determinare che l'accesso alla rete sia subordinato al pagamento di una tariffa da parte delle imprese ferroviarie, afferma che ai fini della sua determinazione "sono presi in considerazione i costi diretti e indiretti dei servizi di gestione d'infrastruttura forniti, i costi di energia sostenuti dal gestore dell'infrastruttura ferroviaria per lo svolgimento della corrispondente attività, nonché le spese generali dirette e quota di quelle indirette".

evitando l'eccessiva onerosità delle tariffe gravanti sulle imprese che si servono della rete, la regolazione dell'autorità garante finisce per tradursi anche in un vantaggio economico per l'utente - consumatore finale sul quale, normalmente, ricade il prezzo pagato a monte per l'accesso alle reti di distribuzione.

Altro principio portante in tema di liberalizzazioni è rappresentato dall'obbligo di separazione tra la proprietà della rete (cui può accompagnarsi anche la sua gestione) e la gestione del servizio che di tale rete si serve. Si tratta di quel principio che nei paesi di lingua inglese viene definito "*unbundling*" e che si riferisce a una condizione strutturale del mercato che garantisce il successo e l'efficienza della liberalizzazione di un certo settore economico.

Per consentire effettivamente l'accesso alla rete ai diversi operatori economici interessati non è infatti sufficiente che vi sia la previsione legislativa di un obbligo in tal senso gravante sul gestore dell'infrastruttura. Si rende quanto mai opportuno, invece, creare condizioni di mercato che eliminino *ab origine* la naturale propensione del gestore a favorire imprese collegate o integrate verticalmente. Come nella teoria del *third party access*, anche in riferimento all'*unbundling* siamo al cospetto di una notevole ingerenza pubblicistica in grado di condizionare la libertà d'iniziativa economica che, nello specifico, si declina in diversi obblighi di separazione che possono avere un differente grado di incidenza sugli assetti societari delle imprese coinvolte nella filiera del servizio. Vi sono, infatti, quattro forme di *unbundling*: contabile, gestionale, societario e proprietario²²¹.

²²¹ Per un approfondimento si legga F. DENOZZA, M. POLO, *Le reti*, in E. BRUTI LIBERATI, M. FORTIS, *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna, 2001, p. 41ss; H. CAROLI CASAVOLA, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, p. 469; F. CINTIOLI, *La tutela della*

Nell'*unbundling* contabile la separazione riguarda esclusivamente la contabilizzazione delle attività, come se fossero svolte da società diverse; in quello gestionale prevede la separazione delle attività di un'unica impresa in attività indipendenti da un punto di vista organizzativo, decisionale e anche rispetto alla disponibilità di informazioni commercialmente sensibili. Decisamente più incisive sono invece le forme dell'*unbundling* societario e proprietario. Il primo si riferisce all'ipotesi in cui la proprietà e le attività di gestione della rete e del servizio vengono svolte da società diverse, pur ammettendo la presenza di una società *holding*. Nel caso di separazione proprietaria, infine, le diverse società non solo devono essere indipendenti ma devono essere controllate da diversi proprietari/azionisti.

Nel contesto nazionale il sistema di separazione da ultimo delineato, e più pervasivo, è stato adottato nel settore dell'energia elettrica, dove il legislatore ha previsto la separazione proprietaria tra attività di produzione e vendita e attività di gestione della rete di trasmissione, attribuendo quest'ultima in regime di concessione a Terna S.p.a. e sancendo il divieto per la stessa di esercitare direttamente o indirettamente attività di produzione e di fornitura di energia elettrica e di gestire, anche temporaneamente, infrastrutture o impianti di produzione²²².

In molti altri casi, a partire da quello del servizio di distribuzione e vendita del gas naturale, la soluzione prescelta dal legislatore è stata in favore di una separazione solo gestionale, con imposizione di precisi obblighi e divieti aventi la funzione di garantire la neutralità della gestione

neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas, cit.; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete*, Torino, 2005.

²²² Cfr. art. 36, commi 1 e 2, del d. lgs. 1 giugno 2011, n. 93, che ha dato attuazione alle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE. La separazione proprietaria, tuttavia, non è assoluta, essendo consentita anche dalla legislazione europea la partecipazione minoritaria di imprese di generazione e vendita di energia elettrica al capitale sociale di Terna S.p.a. (Enel S.p.a. conserva, infatti, una partecipazione in Terna di poco superiore al 5%).

della rete²²³. D'altro canto, la stessa normativa comunitaria, sin dalla direttiva 2003/55/CE (poi sostituita dalla più recente direttiva 2009/72/CE) ha richiesto esclusivamente la separazione funzionale e gestionale delle attività oggetto di liberalizzazione nel settore dell'energia elettrica e del gas, senza imporre alcun obbligo di separazione proprietaria.

Si è invece optato per la separazione societaria nel settore del trasporto ferroviario dove si è separata la gestione della rete (affidata a RFI S.p.a.) e attività di gestione del servizio (in cui Trenitalia S.p.a. gioca il ruolo di soggetto *incumbent*). Tuttavia, sia RFI sia Trenitalia fanno parte dell'*holding* Ferrovie dello Stato S.p.a. e, conseguentemente, alla separazione societaria non si accompagna anche quella proprietaria.

Si impone, a questo punto, qualche considerazione conclusiva sul fenomeno delle liberalizzazioni nei servizi a rete.

L'analisi degli obblighi che gravano sui soggetti che dispongono dell'infrastruttura necessaria per lo svolgimento del servizio ci permette di affermare che il ruolo del soggetto pubblico e, soprattutto, degli interessi di natura pubblicistica che rimangono sottesi è tutt'altro che irrilevante. Da un lato, il superamento dei limiti tecnologici che un tempo impedivano la presenza di più operatori nello stesso mercato ha comportato il venir meno del monopolio pubblicistico nell'attività di erogazione del servizio²²⁴, dall'altro, il perdurare delle finalità pubblicistiche ha imposto drastiche limitazioni all'autonomia negoziale delle imprese esercenti e, in generale, alla libertà d'iniziativa economica. In più, a queste limitazioni si sono aggiunte anche quelle di derivazione comunitaria funzionali alla creazione di un migliore assetto concorrenziale, in grado di favorire l'ingresso di nuovi operatori e, conseguentemente, di produrre effetti favorevoli in

²²³ Tali previsioni sono contemplate nell'art. 11 del d. lgs. n. 93 del 2011.

²²⁴ Così F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 941.

termini di miglioramento della qualità del servizio e di riduzione delle tariffe.

In questo contesto di liberalizzazione necessariamente “temperata”, un ruolo determinante viene svolto dalle autorità garanti di settore e dall’autorità garante della concorrenza e del mercato. La loro attività regolatoria e sanzionatoria si dimostra, infatti, la migliore garanzia per uno sviluppo armonioso del mercato dei servizi, che sappia contemperare le esigenze della produzione, i valori del mercato unico europeo e gli interessi del servizio pubblico.

2.6 – L’incerta liberalizzazione dei servizi pubblici locali.

A differenza dei servizi a rete, il comparto dei servizi pubblici locali si è dimostrato più refrattario rispetto alle istanze di liberalizzazione provenienti dall’ordinamento comunitario.

Tale diversità dipende da una molteplicità di fattori e, innanzi tutto, dalla stretta connessione tra la rilevanza locale di questi servizi e la responsabilità, anche politica, delle amministrazioni che devono garantirne l’efficienza. Se, infatti, sono gli enti locali a dover riconoscere e individuare quali siano le attività in grado di dare risposta a esigenze di carattere generale della collettività²²⁵, è evidente che tale potere di rilevanza pubblicistica si accompagna ad un’assunzione di responsabilità in capo agli

²²⁵ Ancor oggi l’art. 112 del d.lgs. n. 267 del 2000 (Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) prevede che “*gli enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”. In base a questa norma si può sostenere che sia dovere istituzionale dell’ente locale provvedere all’organizzazione del servizio perché tale attività risponde all’esigenza di soddisfare bisogni essenziali della collettività di cui l’ente è soggetto esponenziale. Ciò, tuttavia, non significa che la gestione sia riservata all’ente ma che quest’ultimo rimane titolare del servizio anche laddove la gestione sia affidata a terzi.

stessi enti locali. Di qui la difficoltà di conciliare la responsabilità politico – amministrativa dell'ente con una decisa liberalizzazione del settore dei servizi locali. Dove c'è liberalizzazione, infatti, non vi può essere un ruolo da protagonista per la mano pubblica e la responsabilità dell'efficienza e dell'efficacia delle prestazioni erogate, in prima battuta, non può che gravare sul mercato che le offre.

Altro elemento che caratterizza questa particolare categoria di servizi pubblici è l'intrinseca indeterminatezza, legata alla varietà di prestazioni che possono potenzialmente rientrare tra quelle che l'ente locale decide di dover assicurare alla collettività. Non è un caso, infatti, che si parli di servizi pubblici locali al plurale. Questi possono mutare da un comune all'altro, da un territorio all'altro, sia in termini di attività svolta, sia in termini di redditività, e ciascuno di essi risponde alla necessità di soddisfare esigenze disparate.

Sono talmente tante le variabili che possono condizionare il modo di essere di un certo servizio pubblico locale che non è affatto scontato trovare nel libero mercato il giusto equilibrio per i vari interessi coinvolti. Per questo motivo il legislatore e l'interprete del diritto non devono schierarsi a favore o contro una politica di liberalizzazione ma, piuttosto, devono domandarsi come questo equilibrio possa essere generato nel caso in cui non vi siano le condizioni naturali per la sua sussistenza. L'equilibrio tra libertà d'impresa e cura dell'interesse collettivo garantisce che il servizio sia erogato in modo efficiente e competitivo sotto il profilo delle tariffe e, in ultima analisi, rappresenta la chiave per raggiungere il risultato cui tende qualsiasi modalità di organizzazione e gestione dei servizi pubblici: la soddisfazione dell'utente, dei suoi interessi e dei suoi bisogni di rilevanza pubblicistica.

Il rischio connaturato in questa esigenza di equilibrio tra contrapposti interessi, che si è puntualmente materializzato, è quello di una forte resistenza da parte del soggetto pubblico a concedere spazi alle dinamiche del libero mercato, alimentata dal timore di un inaccettabile sacrificio della missione pubblica cui i servizi sono strumentali²²⁶.

Ne è prova la legge di riforma delle autonomie locali, n. 142 del 1990, che individuò in modo puntuale alcuni modelli di gestione dei servizi pubblici locali alternativi tra loro: in economia (in caso di servizi di modeste dimensioni), a mezzo azienda speciale, a mezzo istituzione, in concessione a terzi e a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale. La gestione in economia rappresentava una vera e propria autoproduzione del servizio da parte dell'ente locale. La gestione a mezzo azienda speciale e a mezzo istituzione erano forme di gestione che potremmo definire "strumentali", affidate, cioè, a soggetti (pubblici) formalmente terzi rispetto all'ente ma serventi rispetto a quest'ultimo; nel primo caso, per lo svolgimento di servizi aventi rilevanza economica, nel secondo, per quelli privi di tale rilevanza. Solo nelle ultime due ipotesi contemplate dalla norma si è al cospetto di embrionali forme di vera esternalizzazione. Tuttavia è doveroso rilevare che la concessione a terzi, in assenza di un qualsiasi obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica, si poneva in netto contrasto con l'esigenza di garantire anche la sola concorrenza per il mercato (cioè a monte e in funzione dell'affidamento in esclusiva del servizio) e, in più, tale modalità di gestione era prevista solo in presenza di

²²⁶ In questo senso F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 221; Si dimostra molto critico rispetto al ruolo pervasivo del soggetto pubblico G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 82 ss., secondo cui la regola dell'assunzione di responsabilità dei servizi pubblici in capo all'autorità contraddice la configurazione comunitaria dei servizi pubblici quale mera risposta ai fallimenti del mercato.

ragioni tecniche, economiche o di opportunità sociale. Appare persino superflua la precisazione che la sussistenza di tali condizioni era lasciata ad una valutazione ampiamente discrezionale dell'ente locale. Quanto all'affidamento a società per azioni con prevalente capitale pubblico (modalità poi estesa anche alle s.r.l.), v'è da dire che la norma indicava come condizione legittimante il ricorso a tale modalità organizzativa la presenza di ragioni di opportunità legate alla natura del servizio o al suo ambito territoriale. Anche in questa ipotesi appare evidente – stante il richiamo al concetto di opportunità – come venisse garantita all'amministrazione la possibilità di valutare discrezionalmente la sussistenza di tale condizione. In più, l'ente locale manteneva intatta la facoltà di scegliere liberamente tra i vari modelli di gestione senza che vi fosse alcun obbligo di favorire modalità che avrebbero potuto garantire un maggiore coinvolgimento delle imprese private nell'attività di erogazione delle prestazioni.

Proprio l'assenza di un vero assetto pro-concorrenziale dei servizi pubblici locali spinse l'Autorità garante della concorrenza e del mercato a manifestare seri dubbi circa la compatibilità della legislazione nazionale con i principi del diritto comunitario in materia di servizi²²⁷. Secondo quanto affermato dall'Autorità, il legislatore avrebbe dovuto incoraggiare, laddove possibile, forme di concorrenza *nel* mercato, consentendo l'ingresso di una molteplicità di operatori disposti ad offrire il servizio in competizione tra loro, previo rilascio di una semplice autorizzazione amministrativa. Viceversa, nelle ipotesi in cui, per le più svariate ragioni (ad esempio per le dimensioni del bacino d'utenza o a causa della sussistenza di condizioni ineliminabili di monopolio naturale) tale spinta

²²⁷ Il riferimento è alle segnalazioni dell'Autorità garante AS 182 del 21 ottobre 1999 e AS 222 del 8 novembre 2001, pubblicate nel sito dell'AGCM: www.agcm.it.

liberalizzatrice non avesse potuto concretizzarsi, si sarebbe dovuto optare per una forma di concorrenza *per* il mercato, mettendo a gara il diritto di esclusiva nella gestione del servizio.

La disciplina in questione, nel frattempo trasfusa nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, venne fatta oggetto di censura (anche) da parte della Commissione europea che avviò contro l'Italia la procedura d'infrazione n. 2184 del 1999, rilevando la violazione dei principi comunitari di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento. Le concessioni di servizi, in particolare, proprio perché si configurano come atti dello Stato aventi per oggetto prestazioni di attività economiche o forniture di beni, dovevano (e devono) considerarsi soggette alle norme del Trattato CE (oggi TFUE) e ai principi sanciti in materia dalla giurisprudenza della Corte di giustizia²²⁸. Considerando, allora, che le concessioni, così come delineate dalla disciplina nazionale, non prevedevano il previo espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, appariva chiara la violazione delle regole sulla tutela della concorrenza.

A fronte delle censure provenienti da Bruxelles, il legislatore si è adoperato nel tentativo di rendere conforme ai dettami comunitari l'art. 113 del Tuel²²⁹ distinguendo (almeno in teoria) la disciplina dei servizi pubblici locali aventi rilevanza industriale, da quelli privi di tale rilevanza e prevedendo per i primi il modello della gara ad evidenza pubblica come unica forma di affidamento del servizio²³⁰. La novella legislativa, tuttavia,

²²⁸ In questo senso la Comunicazione interpretativa della Commissione del 12 aprile 2000 sulle concessioni nel diritto comunitario, in <http://eur-lex.europa.eu>.

²²⁹ La modifica dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 è avvenuta ad opera dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001 (legge finanziaria per il 2002).

²³⁰ La norma non ha definito con precisione il concetto di "rilevanza industriale del servizio" e, in questo modo ha finito per far perdere gran parte del suo significato alla

conteneva una disciplina transitoria che rimetteva ad un successivo regolamento governativo la determinazione (tra un minimo di tre e un massimo di 5 anni) della scadenza degli affidamenti in corso, che si fondavano su disposizioni chiaramente in contrasto con norme imperative del diritto comunitario (e che, per inciso, avrebbero dovuto comunque prevalere in ragione del principio di primazia dello stesso sulle norme nazionali contrastanti).

Anche questa impostazione venne, dunque, censurata con una nuova procedura d'infrazione, avviata dalla Commissione con nota del 26 giugno del 2002, rilevando, oltre alla violazione dei principi comunitari in materia di appalti, anche l'irragionevole durata del periodo transitorio. Di qui l'esigenza di una nuova riforma dei servizi pubblici locali ad opera del d.l. n. 269 del 2003, convertito in legge n. 326 del 2003 e della legge n. 350 del 2003 (finanziaria per il 2004).

Con questi interventi correttivi si sancì il principio che la materia della gestione dei servizi pubblici locali concerne la tutela della concorrenza e che, proprio per questo motivo, le norme previste in materia dal nuovo art. 113 Tuel dovevano considerarsi inderogabili e integrative rispetto alle discipline di settore. La premessa appariva in linea con le istanze comunitarie ma, in concreto, l'art. 113 Tuel non poteva certo dirsi norma pro-concorrenziale, non almeno secondo gli standard richiesti da Bruxelles²³¹.

differenziazione del regime giuridico tra servizi aventi tale rilevanza e servizi che ne sono privi. A parte questo rilievo, la novella del 2001 ha introdotto il vincolo pubblico alla proprietà delle reti, la possibilità di separare la gestione del servizio dalla gestione delle reti e la previsione di due modelli di gestione di queste ultime: l'affidamento a terzi mediante gara e l'affidamento diretto a società partecipata dall'ente pubblico.

²³¹ Secondo F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit. p. 223, la novella ha rappresentato addirittura un passo indietro rispetto a quanto previsto nel 2001.

La norma ha introdotto la distinzione tra servizi pubblici aventi rilevanza economica e privi di tale rilevanza, armonizzando il diritto nazionale alle nozioni già da tempo in uso a livello comunitario, ma non ha segnato una svolta sul piano della liberalizzazione del settore. In relazione ai servizi aventi rilevanza economica (che devono ritenersi assoggettati alla disciplina di tutela della concorrenza in ragione della loro attitudine ad essere svolti secondo logiche lucrative d'impresa) il legislatore ha previsto la possibilità per gli enti locali di scegliere tra diversi modelli di gestione. In particolare, pur premettendo che l'erogazione del servizio dovesse avvenire nel rispetto della normativa comunitaria, la norma stabiliva che quest'ultimo potesse essere conferito in favore di:

- a) società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica;
- b) società a capitale misto pubblico e privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;
- c) società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Dalla lettura della norma si deduce agevolmente l'assenza di qualsiasi forma di concorrenza nel mercato e la difficoltà pratica di veder realizzata

anche la concorrenza per il mercato²³². E questo per almeno due ordini di motivi; uno intrinseco alla formulazione legislativa, l'altro strettamente legato al modo in cui gli enti locali hanno interpretato la possibilità di affidare a terzi i servizi pubblici locali.

L'articolo in parola lascia piena libertà agli enti locali di scegliere fra le tre forme di gestione del servizio indicate e non sorprende che la scelta sia caduta molto più spesso sull'affidamento diretto non preceduto da una gara ad evidenza pubblica. In più, il lungo periodo transitorio (come nel caso della riforma del 2001...) ha consentito di mantenere in vita per molto tempo gestioni del tutto aliene dai principi di tutela della concorrenza e di efficienza del mercato dei servizi, consentendo il cristallizzarsi di rendite di posizione e disincentivando gli investimenti nel settore da parte delle imprese che avrebbero potuto essere potenzialmente interessate a svolgere un ruolo da protagonista. Da un lato, dunque, si è cercato di rispondere alle istanze comunitarie ammettendo la mera possibilità di dar vita ad una forma di concorrenza per il mercato, ma dall'altro, sul piano pratico, si è finito per consentire un accantonamento di questa linea evolutiva del modello di organizzazione dei servizi pubblici locali, grazie anche a una vera e propria rigidità strutturale rappresentata dalla conservazione dello *status quo* nel lungo periodo transitorio che riflette la mancanza di una ferma volontà di rendere il settore maggiormente sensibile alle dinamiche competitive. Il legislatore, in altre parole, non ha voluto percorrere con decisione la strada che conduce alla liberalizzazione del settore dei servizi

²³² Cfr. G. CAIA, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali dopo la legge finanziaria 2002*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali (art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326 e art. 4, comma 234° della legge 24 dicembre 2003, n. 350)*, in www.giustizia-amministrativa.it; L. AMMANNATI, *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in C. DE VINCENTI, A. VIGNERI, *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, p. 371 ss..

pubblici locali preferendo, implicitamente, forme di privatizzazione accompagnate da un regime di riserva cui assoggettare l'attività costituente servizio pubblico.

L'altro fattore che ha condizionato negativamente l'apertura alla concorrenza è rappresentato dal modo in cui gli enti locali hanno utilizzato la possibilità di affidare a terzi il servizio. Vediamo di capire.

Come già è stato rilevato, quando sono imprese private ad occuparsi dell'erogazione del servizio è di centrale importanza il bilanciamento tra interessi apparentemente e potenzialmente in contrasto tra loro.

Il privato potrà essere realmente interessato a svolgere una data attività solo se vi è spazio per un margine di guadagno e, a monte, se può disporre di autonomia decisionale in ordine alle modalità organizzative, con assunzione del rischio connesso a qualsiasi attività imprenditoriale.

Sul versante opposto, considerando la funzionalizzazione dell'attività all'assolvimento di una missione d'interesse generale, l'ente locale dovrà prendere decisioni politiche e amministrative per assicurare la cura dell'interesse pubblico²³³. Decisioni che, andando oltre quanto sufficiente e necessario, potrebbero condizionare negativamente e in modo decisivo il confronto competitivo tra gli operatori privati, togliendo interesse e attrattività al servizio da svolgere. Di qui la necessità di non concedere all'impresa privata di operare in condizioni di eccessivo vantaggio che potrebbero pregiudicare la soddisfazione dell'interesse pubblico e, al

²³³ Il giusto equilibrio degli interessi in gioco viene favorito anche dalle peculiari regole che connotano la disciplina delle gare per l'affidamento dei servizi pubblici locali. Non si applicano, infatti, tutte le previsioni contenute nel codice dei contratti pubblici ma, in generale, solo i principi di non discriminazione, trasparenza, e parità di trattamento richiamati nell'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006.

contempo, di non imporre oneri e obblighi che ne pregiudichino l'efficienza e le prospettive di profitto²³⁴.

Orbene, nel contesto nazionale non solo sono stati piuttosto rari gli affidamenti del servizio preceduti da una gara ad evidenza pubblica ma, molto spesso, le procedure di selezione si sono svolte secondo criteri e discipline speciali di gara incapaci di valorizzare gli effetti positivi della competizione tra le imprese partecipanti.

L'oggetto della gara è stato talora appesantito con oneri che andavano ben oltre lo svolgimento del servizio in modo efficiente. Si pensi, ad esempio, agli obblighi in capo dell'affidatario di mantenere inalterato il livello occupazionale generato da una precedente gestione pubblica senza tener conto degli equilibri di bilancio e delle effettive necessità di personale, o di farsi carico di pesanti oneri finanziari e impiantistici legati alla manutenzione o al rinnovo delle infrastrutture ormai obsolete²³⁵.

In questi casi è evidente che il servizio (appesantito da tali incombenti) risulti decisamente poco appetibile e, in ogni caso, l'affidamento a imprese private non può certamente garantire un miglioramento delle prestazioni in termini di qualità e abbassamento delle tariffe. In altre parole, nell'ipotesi in cui si finisce per scaricare sul mercato oneri di natura sociale o costi di cui l'amministrazione si vuol liberare, non è lecito attendersi quei risultati cui l'affidamento alle dinamiche competitive del mercato è sostanzialmente preordinato: efficienza, qualità e riduzione dei costi²³⁶. L'apertura al mercato, al contrario, può generare effetti positivi per il settore dei servizi solo laddove l'ente affidante abbia previamente creato le condizioni in cui

²³⁴ Così F. CINTIOLI, *Concorrenza istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 226.

²³⁵ Per un approfondimento si rinvia a A. PEZZOLI, *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, in *Le virtù della concorrenza*, cit., p. 396 ss..

²³⁶ Come puntualmente sottolineato da F. CINTIOLI, op. cit., p. 230, "non può pretendersi dal mercato ciò che il mercato non può dare".

l'impresa privata può massimizzare la propria efficienza e la propria produttività.

2.7 – (segue) Breve disamina delle novità introdotte in materia di gestione dei servizi pubblici locali dall'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011.

Probabilmente non basterebbero diverse decine di pagine solo per enunciare tutte le novità legislative e regolamentari che si sono succedute dal 2008 ad oggi in materia di servizi pubblici locali. Non volendo trasformare una ricerca giuridica in un anonimo elenco di norme, in questo paragrafo ci si limiterà a ripercorrere solo alcune delle più significative novità, mentre nei paragrafi che seguiranno ci si soffermerà in un'analisi degli aspetti maggiormente problematici in relazione all'oggetto di questo studio.

L'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 rappresenta indubbiamente un passo deciso verso un assetto realmente pro-concorrenziale nel settore dei servizi pubblici locali. Come detto in precedenza, uno degli aspetti della riforma del 2003 meno convincenti era rappresentato dalla possibilità per l'ente locale di decidere in piena libertà se affidare il servizio con una procedura competitiva o ricorrere ad un affidamento diretto a società *in house* o mista. Ebbene, con la norma in parola è stato per la prima volta sancito il principio secondo cui la concorrenza per il mercato rappresenta lo strumento ordinario di cui l'amministrazione si deve servire per affidare il servizio.

La procedura ad evidenza pubblica finisce di essere meramente un'opzione tra cui scegliere ma diviene la via maestra, talvolta obbligata, per il conferimento della gestione del servizio. D'altro canto, la grande diffusione degli affidamenti in via diretta risultava un fattore ostativo alla piena realizzazione dei principi comunitari di libertà di concorrenza e di

stabilimento e, per questo motivo, da un lato si è declinato il modello dell'*in house* in termini di eccezione alla regola, dall'altro sono stati ridefiniti i contorni dell'affidamento a società mista in modo da renderlo conforme ai parametri elaborati dalla Commissione europea e dalla giurisprudenza comunitaria²³⁷.

A differenza di quanto avvenuto con le riforme del 2001 e del 2003, il legislatore ha creato le condizioni affinché la progressiva privatizzazione della gestione dei servizi potesse avvenire nel contesto di un mercato prevalentemente e tendenzialmente liberalizzato, limitando quanto più possibile l'attribuzione di diritti d'esclusiva ad un solo operatore. Viene, dunque, introdotta una disciplina maggiormente coerente con il principio comunitario della proporzionalità necessaria delle misure derogatorie al regime concorrenziale, la cui introduzione può ritenersi giustificata solo laddove siano strettamente funzionali alla rimozione di eventuali ostacoli alla soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso al servizio (la c.d. missione d'interesse economico generale di cui all'art. 106 TFUE)²³⁸.

²³⁷ Il comma 3 ha previsto che, in deroga alle modalità ordinarie disciplinate dal precedente comma 2, l'affidamento sarebbe potuto avvenire a favore di società interamente pubbliche aventi i requisiti dell'*in house providing*, solo in caso di "situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato". Quanto alle società miste pubblico private, la norma ha previsto l'affidamento diretto a queste ultime come modalità ordinaria alternativa alla gara ma a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica svolte nel rispetto dei principi comunitari in materia e aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. In più, al socio deve essere attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento. In questo modo, come si avrà modo di approfondire in seguito, la scelta (*rectius*, la selezione mediante gara) del socio finisce per mutuare gli effetti della gara per l'affidamento del servizio. Non a caso si parla di gara a doppio oggetto.

²³⁸ Sul punto si richiama quanto già detto *infra*, par. 2.3.

In più, oltre ad aver ridefinito il quadro delle modalità di affidamento in senso maggiormente pro concorrenziale, l'articolo 23-bis ha dettato una disciplina apposita per alcuni profili peculiari e strategici per il settore²³⁹: l'affidamento simultaneo di una pluralità di servizi con un'unica gara, la determinazione di bacini d'utenza sufficientemente grandi da favorire le economie di scala e la previsione di stringenti misure asimmetriche aventi l'obiettivo di privare le società che godono di affidamenti diretti della possibilità di sfruttare la propria posizione di vantaggio nei confronti di altri *competitors* e in altri mercati. Infine, è stato rimesso ad un successivo regolamento di delegificazione (che poi sarà il regolamento n. 168 del 2010) la disciplina di altre questioni tra cui: l'assoggettamento delle società pubbliche ai vincoli tipici delle pubbliche amministrazioni in punto di patto di stabilità e obblighi di selezione concorsuale dei fornitori e del personale; la gestione in forma associata di alcuni servizi; la distinzione tra funzioni di gestione e di regolazione; la disciplina, tutt'altro che secondaria, degli ammortamenti e dei subentri nelle gestioni²⁴⁰.

Proprio il regolamento, adottato con D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, rappresenta un importante strumento grazie al quale il governo ha ulteriormente definito il percorso verso una maggiore liberalizzazione. Nelle pagine che precedono abbiamo posto al centro dell'attenzione il duplice problema che ha afflitto qualsiasi tentativo di avviare una seria liberalizzazione dei servizi pubblici locali: una legislazione che ha sempre lasciato all'amministrazione ampi margini di scelta in ordine alle modalità di gestione, senza incentivare l'utilizzo di modelli in grado di stimolare e premiare la competitività tra gli operatori e la tendenza degli enti locali a

²³⁹ Così F. CINTIOLI, *Concorrenza istituzioni e servizio pubblico*, cit. p. 241.

²⁴⁰ Tutti gli aspetti di cui si sarebbe dovuta occupare la normazione secondaria sono indicati al comma 10 dell'art. 23-bis, dalla lettera a) alla lettera m).

servirsi del meccanismo della gara ad evidenza pubblica per selezionare non solo, e non tanto, un soggetto in grado di gestire un determinato servizio secondo canoni di efficienza ed economicità, ma disposto a farsi carico di problemi e costi, anche di tipo sociale, legati al servizio da erogare. In altre parole, laddove è stato prescelto il modello della gara lo si è fatto anche per finalità ulteriori rispetto a quelle che normalmente dovrebbero ispirare il meccanismo della concorrenza per il mercato, riducendo, in questo modo, gli effetti benefici per la qualità ed economicità del servizio connaturati all'apertura del settore al mercato e alla competizione tra imprese.

Il primo elemento di resistenza alla liberalizzazione è stato superato con la nuova disciplina introdotta dall'art. 23-*bis* dove, per la prima volta, viene sancito il principio che la regola per l'affidamento del servizio deve essere la gara ad evidenza pubblica, riducendo in modo sensibile le possibilità di ricorrere agli affidamenti diretti.

Quanto al secondo, si è tentato di affrontarlo in sede di normazione secondaria, introducendo delle regole cui l'ente locale avrebbe dovuto conformarsi in sede di predisposizione dei bandi di gara. In particolare, il regolamento n. 168 del 2010 ha previsto che questi ultimi debbano rispettare alcuni requisiti in modo da favorire ciò che non del tutto propriamente viene definito "assetto concorrenziale dei mercati interessati"²⁴¹: 1) devono escludere qualsiasi titolo preferenziale o vantaggio competitivo a favore dei soggetti che hanno la disponibilità della rete o

²⁴¹ Così il terzo comma dell'art. 3 del regolamento. A questo proposito F. MERUSI, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, n. 2-3/2009, p. 314, rileva che sarebbe stato più corretto parlare di concorrenza per il mercato e non tanto di assetto concorrenziale dei mercati, dal momento che quest'ultimo presuppone una concorrenza reale nel mercato e non solamente a monte in sede di gara, finalizzata alla selezione del soggetto che poi gestirà il servizio in regime di monopolio.

dell'infrastruttura eventualmente necessaria per lo svolgimento del servizio, in modo che venga stimolata la partecipazione anche di quelle imprese che non potrebbero sostenere il costo necessario per duplicare l'infrastruttura; 2) deve sussistere un nesso evidente tra requisiti dei concorrenti e servizio da erogare, con possibilità di escludere forme aggregative tra imprese che singolarmente dispongono di tali requisiti laddove il raggruppamento sia idoneo a produrre effetti restrittivi della concorrenza; 3) la definizione dell'oggetto della gara deve garantire la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma. Da un lato, dunque, la tendenza a massimizzare l'efficienza attraverso la riduzione dei costi unitari legati alle dimensioni dell'offerta, del bacino d'utenza, nonché alla capacità produttiva del gestore, dall'altro si pone un limite alle possibilità di raggruppamento tra i vari concorrenti, anche a scapito delle economie di scala, laddove si presenti il pericolo di veicolare attraverso la forma associativa un'intesa restrittiva della concorrenza.

Un altro aspetto su cui il regolamento è intervenuto riguarda la durata degli affidamenti. Un lungo periodo certamente mette il soggetto gestore in condizione di investire e, conseguentemente, di garantire un servizio migliore all'utenza, senza correre il rischio di non veder remunerati i costi sostenuti per implementare la qualità e l'efficienza. Un tempo troppo breve, al contrario, favorisce un maggiore ricambio nella gestione del servizio e, dunque, un maggiore tasso di competitività nel settore, ma espone i vincitori della gara al pericolo di non riuscire ad ammortizzare gli investimenti. L'art. 3, comma tre, lettera c) del regolamento ha previsto che la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento e, dunque, ha tentato di risolvere il problema facendo uso del noto principio di proporzionalità necessaria.

Complessivamente si può dire che la riforma introdotta dall'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, e ulteriormente perfezionata dal successivo regolamento n. 168 del 2010, ha permesso di compiere passi decisivi nel percorso verso la concorrenza per il mercato, superando buona parte degli ostacoli di ordine legislativo e pratico che avevano fatto del settore dei servizi un ambito escluso dal confronto competitivo tra gli operatori.

Molto meno soddisfacenti, invece, si sono rivelati gli effetti della riforma in ordine alla c.d. concorrenza nel mercato che, come già detto, rappresenta l'obiettivo auspicabile di ogni iniziativa legislativa diretta ad aprire un settore economico alla concorrenza. È evidente, infatti, che solo se non esiste un mercato e non esistono le condizioni per una sua nascita spontanea, l'unica via percorribile è quella di generare artificialmente la concorrenza attraverso provvedimenti amministrativi e gare per l'attribuzione di diritti di esclusiva. Così facendo, infatti, si favorisce la progressiva comparsa di nuove imprese interessate ad entrare in un certo mercato (inizialmente protetto) che, nel corso del tempo, finiranno per essere "naturalmente" in competizione tra loro.

Diverso è il caso in cui il servizio pubblico locale, inizialmente gestito in via esclusiva dal vincitore della gara, abbia comunque un suo mercato. In quest'ipotesi la concorrenza per il mercato rappresentata dalla gara non sarebbe più sufficiente. Anzi, non sarebbe più necessaria perché l'assetto concorrenziale nel particolare settore economico interessato dal servizio potrebbe essere naturalmente raggiunto attraverso la libera competizione tra le imprese. In altre parole, la presenza di un mercato rilevante porterebbe con sé l'esigenza non tanto di garantire una concorrenza artificiale e qualitativamente inferiore, quanto piuttosto di introdurre forme

di regolazione della concorrenza che si è gradualmente generata²⁴², assicurando così l'equilibrio del nuovo mercato e contemperando la libertà d'iniziativa economica con le esigenze di pubblico servizio.

L'art. 23-bis, tuttavia, non ha fornito alcuna indicazione su come valorizzare l'eventuale presenza di più *competitors*, né ha previsto un graduale passaggio dalla concorrenza per il mercato alla concorrenza nel mercato. Solo con il regolamento del 2010 si iniziano a porre le basi per una vera trasformazione del settore dei servizi pubblici economici in termini pro concorrenziali.

L'art. 2 del regolamento ha imposto, per la prima volta, agli enti locali di verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi in questione, *“limitando l'attribuzione di diritti d'esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risultasse idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio”*. Gli esiti di questa verifica si sarebbero dovuti esporre in un'apposita delibera che, nel caso di riscontrati fallimenti del mercato, avrebbe dovuto contenere una puntuale motivazione circa la scelta di mantenere diritti speciali o d'esclusiva²⁴³.

Si capisce, allora, che la via maestra avrebbe dovuto essere, da lì in avanti, quella della concorrenza nel mercato e dell'erogazione dei servizi pubblici locali direttamente dall'attività economica liberamente intrapresa dagli

²⁴² In questo senso anche F. MERUSI, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 316 – 317.

²⁴³ La delibera quadro avrebbe poi dovuto essere comunicata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990 n. 287.

operatori del settore in competizione tra loro (naturalmente, fermi restando gli obblighi di servizio universale e di libera accessibilità ontologicamente connaturati alla nozione stessa di pubblico servizio).

Almeno due sono però i profili di criticità (peraltro, legati tra loro) che non convincono a pieno circa la bontà della scelta compiuta in sede di redazione della norma.

In primo luogo si è lasciato all'ente locale e non ad un'autorità terza la valutazione in merito alla concorrenzialità di un certo mercato. Considerando che buona parte dei servizi pubblici locali sono stati e ancor oggi sono gestiti direttamente o indirettamente dall'ente per mezzo di società strumentali o partecipate, appare evidente il latente conflitto d'interessi. L'ente dovrebbe spontaneamente rinunciare ad un ruolo da protagonista nel mercato dei servizi pubblici locali che gli ha sempre garantito consensi politici e un controllo assai penetrante nella gestione di un'attività in grado di produrre utili.

L'altro aspetto problematico è rappresentato dall'obbligo di invio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato della delibera quadro adottata ai sensi dell'art. 2 comma 2. La norma diceva solo che l'ente era tenuto a questo incumbente ai fini della relazione che l'Autorità è chiamata a presentare al Presidente del Consiglio dei Ministri ogni anno (e che poi viene trasmessa al Parlamento). L'interprete, allora, inevitabilmente finisce per domandarsi cosa sarebbe accaduto se l'ente non avesse ottemperato a questo specifico obbligo o se la delibera trasmessa non fosse stata in grado di giustificare il sacrificio della concorrenza nel mercato. Trattandosi di un obbligo previsto dalla legge, la mancata trasmissione avrebbe potuto viziare il successivo provvedimento con cui l'ente avesse deciso di affidare il servizio in esclusiva mediante gara ad evidenza pubblica. Tuttavia tale soluzione non era così scontata dato che la norma prevedeva espressamente

che la delibera doveva essere trasmessa (solamente) “*ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*”. Si trattava, pertanto, di una norma senza sanzione²⁴⁴.

Dopo un breve periodo di incertezza normativa dovuto all’abrogazione per via referendaria dell’art. 23-*bis*²⁴⁵ – che ha fatto venir meno anche il regolamento n. 168 del 2010 – il lento e graduale percorso verso la liberalizzazione del settore dei servizi pubblici locali è ripreso con l’entrata

²⁴⁴ Cfr. P.G. MARRONE, *Commento all’art. 2, Misure in tema di liberalizzazione*, in P.G. MARRONE, S. MUSOLINO (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali alla luce del D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168*, Roma, 2011, p. 155.

²⁴⁵ L’incertezza è dipesa essenzialmente dalla mancanza di un testo normativo di riferimento ma, ciò non ostante, le modalità di affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali non hanno mai smesso di avere una loro disciplina anche perché, in caso contrario, non sarebbe nemmeno stato ammissibile il quesito referendario che ha coinvolto l’art. 23-*bis*. Il referendum del giugno 2011, presentato all’opinione pubblica come strumento per evitare la “privatizzazione dell’acqua” ha prodotto un vero e proprio sconvolgimento della disciplina faticosamente costruita lungo la via della liberalizzazione. Premesso che non vi è mai stato nemmeno il pericolo che il bene acqua potesse essere privatizzato (semmai la gestione del servizio di distribuzione, che è cosa diversa), l’abrogazione dell’intero art. 23-*bis* ha prodotto conseguenze che andavano ben oltre il proposito referendario tanto pubblicizzato e demagogicamente strumentalizzato: è stata cancellata la norma, lungamente attesa, che avrebbe creato le condizioni necessarie per offrire all’utenza servizi pubblici locali più efficienti e potenzialmente in grado di stimolare la crescita di un nuovo mercato dei servizi. Quanto alla normativa di risulta applicabile all’indomani della consultazione popolare, la Corte costituzionale aveva già indicato nell’ordinanza n. 24 del 2011, con cui è stato ammesso il referendum, che il vuoto legislativo sarebbe stato evitato in virtù della diretta applicabilità delle regole previste in materia dall’ordinamento comunitario. Pertanto, i servizi pubblici locali avrebbero potuto essere affidati mediante le seguenti procedure: 1) gara ad evidenza pubblica; 2) affidamento in house, senza però le rigide condizioni restrittive previste in precedenza dall’art. 23-*bis* e senza l’obbligatorietà della richiesta di parere preventivo all’Autorità garante della concorrenza e del mercato; 3) gara a doppio oggetto con affidamento del servizio a società mista. Merita poi una menzione a parte il servizio di trasporto pubblico di passeggeri su strada e ferrovia, disciplinato nell’apposito regolamento comunitario n. 1370 del 2007, in cui (all’art. 5, commi 2 e 4) si pongono condizioni ancora meno rigide per gli affidamenti diretti.

in vigore del d.l. n. 138 del 2011, il cui art. 4 ha provveduto a disciplinare in modo completo la materia, anche se solo per breve tempo.

La norma in parola ha sostanzialmente riprodotto buona parte della disciplina introdotta dall'art. 23-bis e dal relativo regolamento, facendo assurgere in questo modo quelle che prima erano norme regolamentari al rango di normazione primaria. In particolare l'articolo ha recepito la fondamentale previsione del regolamento secondo cui l'ente locale deve, come regola, verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio. L'attribuzione di diritti speciali e di esclusiva viene così limitata alle sole ipotesi in cui la liberalizzazione non sarebbe concretamente in grado di garantire agli utenti un servizio rispondente ai bisogni della collettività.

Costituisce però una novità²⁴⁶ il fatto che la delibera quadro, contenente *“le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio”* non solo dovesse essere inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ma quest'ultima sarebbe stata chiamata ad esprimersi su di essa con un parere obbligatorio. È evidente come la novella legislativa abbia reso assai più angusti i confini entro i quali si poteva muovere l'ente locale nel decidere le modalità di affidamento del servizio. In primo luogo si è sancita l'impossibilità di procedere all'attribuzione di diritti speciali o d'esclusiva in assenza della delibera; in secondo luogo, grazie all'introduzione del potere dell'Autorità garante di impugnare oltre agli atti amministrativi generali e i regolamenti, anche *i provvedimenti di qualsiasi amministrazione*

²⁴⁶ Introdotta nell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 dall'art. 25, comma 1, lettera b), della legge n. 27 del 2012, poi modificato dall'art. 53, comma 1, lettera b) della legge n. 134 del 2012.

*pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*²⁴⁷, l'ente locale avrebbe potuto veder censurati gli eventuali provvedimenti adottati in difformità dal parere deliberato dall'Agcm. La tutela della liberalizzazione acquisiva, dunque, una dimensione certamente più effettiva rispetto a quanto previsto dal regolamento n. 168 del 2010, dove la delibera quadro veniva trasmessa all'Autorità garante solo "ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287".

Nell'ipotesi in cui, ad esito della verifica di cui si è detto, l'ente locale avesse deciso di procedere all'attribuzione di diritti d'esclusiva, il comma 8 dell'art. 4 prevedeva il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici: economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. In più, sarebbe stato parimenti possibile l'affidamento a società mista pubblico – privata, ma a condizione che la gara per la selezione del c.d. socio operativo avesse avuto ad oggetto, allo stesso tempo, e la qualità di socio, a cui conferire una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. In questo modo la gara sarebbe stata equivalente, almeno negli effetti, a quella "ordinaria" per l'affidamento del servizio²⁴⁸.

Tornava, poi, ad essere modalità eccezionale l'affidamento *in house* nel caso in cui il valore economico del servizio fosse stato inferiore a 200.000

²⁴⁷ La legittimazione ad agire in giudizio dell'Agcm è stata introdotta dall'art. 35 del d.l. n. 201 del 2011, convertito con legge 22 dicembre 2011, n. 214, che ha aggiunto l'art. 21-bis nel corpo della legge n. 287 del 1990. Vedi *supra*, p. 78 ss..

²⁴⁸ Sul punto si legga *infra*, par. 2.8.5.

euro²⁴⁹. Nel caso di valore superiore a questa cifra, invece, la norma prevedeva il più complesso procedimento che passava attraverso la delibera quadro e il successivo parere dell'Autorità garante che, laddove si fosse espressa in senso contrario all'affidamento *in house*, sarebbe stato ostativo all'adozione di questa particolare modalità di gestione.

In generale, quindi, senza addentrarci in questa sede in ulteriori approfondimenti, si può ritenere che l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 sia il punto più avanzato mai raggiunto dal legislatore italiano lungo la via delle liberalizzazioni nel campo dei servizi pubblici locali. E ciò nonostante la presenza di alcuni settori esplicitamente esclusi dalla sua sfera di applicabilità, tra cui il servizio idrico integrato e numerosi altri servizi a rete come la distribuzione gas naturale, dell'energia elettrica e il trasporto ferroviario. In più, cosa tutt'altro che trascurabile, la disciplina introdotta rappresentava uno sforzo di sintesi in grado di offrire all'interprete e all'operatore del diritto un quadro chiaro e unitario della disciplina fondamentale di una materia tradizionalmente afflitta da una significativa frammentarietà legislativa e regolamentare.

Parlo al passato perché, recentissimamente la Corte costituzionale ha dichiarato, con sentenza 20 luglio 2012, n. 199, l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 in commento. La motivazione, quasi banale nella sua logica difficilmente contestabile, si basa essenzialmente sul rilievo che la norma ha riprodotto, a brevissima distanza temporale, norme che erano state

²⁴⁹ In origine l'art. 4, comma 13, aveva previsto la possibilità di procedere ad affidamento *in house* laddove il valore fosse inferiore a 900.000 euro. Successivamente, il valore è stato ridotto a 200.000 euro (rendendo così ancor più eccezionale il ricorso a questa modalità di gestione) dall'art. 25, comma 1, lettera b), numero 2, della legge n. 27 del 2012, poi modificato dall'art. 53, comma 1, lettera b) della legge n. 134 del 2012.

precedentemente abrogate dal referendum del giugno 2011²⁵⁰. Già in altre occasioni il giudice delle leggi aveva considerato illegittime norme che riproducevano il contenuto di disposizioni abrogate per mezzo di consultazioni referendarie²⁵¹ e, anche nel caso di specie, ha confermato questa impostazione, rilevando che in assenza di mutamenti del quadro politico o di circostanze fattuali in grado di giustificare una scelta legislativa in tal senso, si finirebbe per vanificare l'effetto utile del referendum, frustrando l'obiettivo di *"integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale"*.

Di conseguenza, la disciplina attualmente vigente in materia di affidamento dei servizi pubblici locali, dopo la pronuncia in parola, ha finito per essere la stessa che risultava vigente all'indomani dell'esito referendario del giugno 2011. Gli enti locali potranno utilizzare il modello della gara ad evidenza pubblica, quello della gara a doppio oggetto con affidamento a società mista e, in via alternativa (ma non più derogatoria) l'affidamento *in house*. Quest'ultima modalità, in particolare, non è più sottoposta ad altri limiti o restrizioni che non siano quelli imposti dal diritto

²⁵⁰ Si legge nella sentenza, pubblicata in *www.giurcost.org*, che *"nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato, risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della ratio ispiratrice. Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Tenuto, poi, conto del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-bis, non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che la norma oggi all'esame costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011"*.

²⁵¹ In questo senso si leggano le sentenze Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 468, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 14; Corte cost., 4 febbraio 1993, n. 33, in *Giur. cost.*, 1993, p. 240.

comunitario e, pertanto, deve considerarsi anch'essa come forma ordinaria di gestione del servizio²⁵².

Recentissimamente, il legislatore è tornato a pronunciarsi sul punto con il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni in legge 17 dicembre 2012, n. 221. In estrema sintesi, è stato confermato che le modalità di affidamento rimangono quelle previste in sede comunitaria ma è stato imposto agli enti locali di predisporre e pubblicare una relazione (prodromica all'affidamento) in cui dar conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta definendo, inoltre, i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le eventuali compensazioni economiche previste²⁵³.

Nei paragrafi che seguono verranno affrontati alcuni aspetti problematici relativi al rapporto tra servizio pubblico locale, attività amministrativa, tutela della concorrenza e diritto privato che sono emersi nell'applicazione della disciplina oggi, almeno in parte, non più vigente. L'intento non è certo quello di fare dell'"archeologia giuridica" ma, al contrario, è quello di

²⁵² In ogni caso, come affermato da S. BIGOLARO, *Effetti della sentenza della Corte Costituzionale 199/2012 sui servizi pubblici locali*, in <http://venetoius.it/>, restano tutti gli altri limiti previsti in tema di società pubbliche: tra questi, l'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 (c.d. decreto Bersani, sulle società strumentali); l'art. 3, co. 27, della legge n. 244 del 2007 (sulle società strettamente necessarie); l'art. 14 co. 32 del d.l. n. 78 del 2010, con i limiti alla costituzione di ogni tipo di società posti per gli enti locali di minori dimensioni. Vedi *infra*, par. 2.10.

²⁵³ Cfr. art. 34, comma 20 del d.l. n. 179 del 2012. Il legislatore, inoltre, ha introdotto al comma 23 la previsione secondo cui *"le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1"* dell'art. 3-bis del d.l. n. 138 del 2011.

capire se dall'analisi di ciò che è stato possano emergere indicazioni preziose sul modo di interpretare la disciplina odierna.

Il dato che fin d'ora si deve tener presente è la direzione comune verso cui si sono orientate le più recenti scelte del legislatore in materia.

L'orizzonte è certamente rappresentato dalla creazione di un vero e proprio mercato liberalizzato e concorrenziale dei servizi pubblici, cercando di limitare quanto più possibile il ricorso a modalità di gestione che limitino la libera iniziativa economica di quanti vogliono esercitare attività costituenti servizio pubblico. E questo introducendo presupposti assai stringenti, anche più di quanto necessario in base alle istanze comunitarie, in relazione alla possibilità di attribuire mediante gara, o mediante affidamento diretto, un diritto di esclusiva a svolgere tali attività.

Dopo numerose riforme che hanno recepito un malcelato timore di lasciare le finalità istituzionali sottese ai servizi pubblici alla mercé delle logiche di mercato²⁵⁴, il legislatore ha, dunque, sposato l'obiettivo della liberalizzazione, ormai considerata come strumento per implementare l'efficienza e la competitività dell'offerta di servizi e non solo come condizione imposta dall'esigenza di garantire la concorrenza in un settore economico tradizionalmente chiuso.

In questa prospettiva, non stupisce allora che il ricorso all'affidamento *in house* sia stato sottratto alla discrezionalità degli enti affidanti e rimodellato come ipotesi residuale, prevedendo sia dei limiti di valore oltre i quali il servizio non può essere gestito in via diretta, sia il divieto di procedere ad affidamenti ulteriori (anche ad esito di una selezione ad evidenza pubblica)

²⁵⁴ Di qui la necessità di tipizzare rigidamente l'organizzazione dei servizi pubblici senza lasciare al mercato la possibilità di provvedere liberamente alla loro erogazione e garantendo alla p.a. la scelta discrezionale tra diverse, ma ben determinate, modalità di gestione. Sul punto cfr. L. BENVENUTI, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Il diritto della Regione*, 2002, fasc. 2-3, p. 333.

in favore di soggetti che già abbiano beneficiato di un affidamento senza gara.

Nel contempo, anche le procedure di affidamento mediante gara, proprio perché finiscono per attribuire un diritto di esclusiva all'aggiudicatario, sono state ridisciplinate come modelli alternativi e succedanei rispetto alla libera iniziativa imprenditoriale, a cui si può ricorrere solo se il mercato non sia in grado di garantire un'offerta idonea a soddisfare le finalità d'interesse pubblico sottese al servizio di volta in volta considerato.

Nelle pagine che seguono si cercherà, quindi, di far luce su questo nuovo corso guidato dai principi della liberalizzazione e della tutela della concorrenza, approfondendo l'analisi degli istituti dell'*in house providing*, dell'affidamento a società mista e, più in generale, delle numerose limitazioni all'utilizzo da parte dell'amministrazione di strumenti riconducibili al diritto delle società che, potenzialmente, sarebbero in grado di eludere l'obiettivo di una progressiva e sempre maggiore apertura al mercato del settore dei servizi pubblici locali.

2.8 – Gli affidamenti *in house* e il c.d. *in house* “spurio”.

2.8.1 – Nozione di affidamento *in house* e ripercussioni di questa forma di gestione dei servizi pubblici locali sull'assetto concorrenziale del mercato.

L'istituto dell'*in house providing* non è frutto dell'attività normativa del legislatore italiano o comunitario. È nato e si è sviluppato a livello giurisprudenziale. In particolare è stata la Corte di giustizia che, partendo dall'analisi delle nozioni di concessione e di appalto di servizi, ha definito in negativo i confini dell'affidamento *in house*²⁵⁵.

²⁵⁵ Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, cit., p. 859.

Nel caso della concessione di pubblico servizio, il soggetto concessionario si sostituisce all'ente concedente nell'attività di erogazione del servizio a favore dell'utenza e si determina la sussistenza di un rapporto triangolare dove l'ente, per mezzo di un atto autoritativo, affida ad un soggetto terzo il compito di svolgere un'attività destinata a soddisfare dei bisogni della collettività aventi rilevanza pubblicistica. Nell'ipotesi dell'appalto, invece, il soggetto appaltatore si limita ad eseguire la prestazione nei confronti della stazione appaltante, sulla base di un vincolo giuridico avente natura negoziale, senza che sorga alcun rapporto di utenza.

In entrambi i casi, dunque, la prestazione viene svolta da un soggetto terzo, ben distinto dall'amministrazione concedente o appaltante.

Nel caso degli affidamenti *in house*, al contrario, non si assiste a questa differenziazione soggettiva tra amministrazione (l'ente locale, nel caso dei servizi pubblici locali) e gestore del servizio. Conseguentemente viene meno anche l'obbligo di indire la gara ad evidenza pubblica.

Sviluppando questo principio, la famosissima sentenza *Teckal*²⁵⁶ della Corte di giustizia ha delineato per la prima volta il concetto di *in house providing*.

La vicenda presa in esame dalla sentenza riguardava l'affidamento diretto del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali ad una azienda speciale consortile. L'affidamento, proprio perché non preceduto da alcuna selezione competitiva, venne contestato da un'azienda (la Teckal) che avrebbe potuto e voluto partecipare ad una gara. Il Tar competente decise di rimettere la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, che si pronunciò affermando il principio secondo cui l'affidamento diretto può considerarsi giustificato nel momento in cui l'affidatario si identifichi con

²⁵⁶ Corte giustizia UE, sez. V, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal Srl c. Comune di Viano e Azienda Gas – Acqua Consorziale di Reggio Emilia*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 227.

l'ente affidante. Sussistendo questa condizione, infatti, non vi sarebbe alcuna violazione delle regole poste a tutela della concorrenza dato che l'affidamento (e il sottostante rapporto avente rilevanza economica) non discenderebbe dall'incontro di volontà di due soggetti distinti. Tale distinzione, infatti, non può dirsi sussistente laddove l'ente locale eserciti sull'affidatario *un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi* e se questi *realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano*.

Perché si rendano applicabili le norme comunitarie pro concorrenziali è infatti necessario che l'ente locale non solo sia distinto dall'affidatario sul piano formale ma, in più, è necessario che quest'ultimo goda di una vera e propria autonomia sul piano decisionale.

Posta la regola e definito almeno nei suoi caratteri fondamentali l'affidamento *in house*, rimanevano da sciogliere ancora molti nodi. Tra questi, in primo luogo, non era chiaro quando potesse ravvisarsi il c.d. controllo analogo; in secondo luogo, non si era detto nulla circa l'eventuale presenza di soci privati nella società *in house*; in terzo luogo, rimaneva del tutto vago il requisito secondo cui la parte più importante dell'attività dell'*in house provider* deve svolgersi in favore degli enti controllanti (facendo sorgere il dubbio circa la configurabilità di eventuali attività c.d. *extra moenia*).

La giurisprudenza della Corte di giustizia, successiva alla sentenza *Tackal*, ha quindi provveduto a rifinire l'istituto in parola, tentando di chiarire di volta in volta gli aspetti più problematici. A questo proposito, assumono un rilievo assai significativo le sentenze *Stadt Halle*²⁵⁷ e la di poco successiva

²⁵⁷ Corte giustizia UE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 288, con nota di R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*.

*Parking Brixen*²⁵⁸, che si sono occupate del requisito del c.d. controllo analogo.

La prima delle due pronunce si è soffermata sulla questione relativa alla possibilità di ammettere la partecipazione di soci privati nelle società *in house*. La Corte, ha escluso la configurabilità di una società *in house* mista pubblico – privata perché la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata escluderebbe a priori che l'amministrazione affidataria sia in grado di esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Di qui l'efficace motto "il privato inquina".

Le ragioni a sostegno di questa tesi, peraltro pienamente condivisibile, risiedono, innanzi tutto, nella considerazione che in questo modo il socio privato finirebbe per ottenere un innegabile e ingiustificato vantaggio competitivo, oltre che una rendita di posizione, nel mercato in cui svolge una certa attività; in secondo luogo, l'ingresso di capitali privati nella società affidataria in via diretta porta con sé anche lo scopo lucrativo dell'attività privata d'impresa che contrasta con i diversi obiettivi sottesi alla scelta dell'amministrazione in favore dell'autoproduzione del servizio. In più, se le società *in house* (totalmente partecipate dall'amministrazione) sono sottratte al regime della gara ad evidenza pubblica, mentre a tale obbligo non sfuggono le società miste, appare del tutto scontato che l'ingresso di un socio privato nella società *in house* determini un'aporia di sistema in assenza di una procedura competitiva volta a selezionare il partner privato in vista dello svolgimento di uno specifico servizio. Pena la violazione delle regole poste a tutela della concorrenza che informano la disciplina dell'affidamento a qualsiasi società mista.

²⁵⁸ Corte giustizia UE, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 31, con nota di P. LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*.

Appurata la necessità della partecipazione pubblica totalitaria, la domanda che sorge subito dopo è se tale condizione sia anche sufficiente per ritenere legittimo l'affidamento *in house*. La sentenza *Parking Brixen* del 2005 ha fornito il primo rilevante contributo per dare una risposta al non banale quesito. La vicenda presa in esame riguardava l'affidamento in via diretta del servizio di gestione dei parcheggi comunali di Bressanone e la Corte di giustizia si sofferma in un'analisi puntuale del grado di controllo esercitato dal comune affidante sulla società totalmente partecipata, rilevando come la vocazione commerciale di quest'ultima fosse un elemento di incertezza, in grado di rendere precaria la stringente forma di controllo richiesta per la legittima sussistenza di un affidamento *in house*. Vocazione commerciale che viene desunta da alcuni indici presuntivi contenuti nello statuto: l'intervenuto ampliamento dell'oggetto sociale, la possibilità (e la previsione) di ingresso di soci privati, la possibile espansione territoriale delle attività, gli ampi poteri conferiti al consiglio di amministrazione (che implementano l'autonomia della società dall'ente che ne detiene il capitale).

Secondo la giurisprudenza comunitaria, pertanto, non solo è necessario che la società *in house* sia interamente partecipata dall'amministrazione che affida il servizio²⁵⁹ ma, in più, deve sussistere un vincolo così intenso da rendere la prima una sorta di *longa manus* della seconda. L'autonomia decisionale della società, che pur dispone di personalità giuridica, risulterebbe dunque fortemente limitata, al punto che, sul piano

²⁵⁹ In questo senso anche Corte giustizia UE, Grande sez., 8 aprile 2008, causa C-337/05, *Commissione c. Italia*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 1089, in cui la Corte ha escluso il carattere *in house* della società Agusta S.p.a., affidataria in via diretta degli appalti per l'acquisto di elicotteri di fabbricazione Agusta e Agusta Bell, destinati a sopperire alle esigenze di vari corpi militari e civili dello Stato italiano. La società in questione, infatti, era partecipata sia dallo Stato italiano, sia da azionisti privati e, conseguentemente, non poteva dirsi sussistente il requisito del controllo analogo.

sostanziale, si dovrebbe riconoscere la sussistenza di un unico centro di imputazione decisionale.

Nel tentativo di adeguare gli affidamenti diretti al modello dell'*in house*, così come delineati in sede comunitaria, gli enti titolari di società totalmente partecipate hanno quindi dovuto adottare puntuali misure volte a rafforzare il controllo esercitato su queste ultime, non essendo sufficiente l'utilizzo degli strumenti messi a disposizione dal diritto societario. Questi interventi correttivi si sono tradotti, principalmente, in modifiche statutarie che hanno sottratto competenze significative al consiglio di amministrazione e sottoposto al vaglio preventivo dell'ente affidante le decisioni più rilevanti sul piano gestionale.

2.8.2 – (segue) Il requisito del controllo analogo nella giurisprudenza del giudice amministrativo e analisi della figura del c.d. *in house* frantumato.

Nel contesto nazionale il requisito del controllo analogo è stato interpretato e applicato in modo ancor più rigoroso di quanto sia avvenuto in sede comunitaria. Questo, peraltro, conferma una linea di tendenza da cui si ricava che sia il legislatore, sia l'autorità giudiziaria, hanno voluto circoscrivere il fenomeno dell'affidamento *in house* per evitare che le amministrazioni locali finissero per abusare di uno strumento pericoloso in relazione all'auspicata evoluzione in senso pro concorrenziale del mercato dei servizi.

Se in sede comunitaria la Corte di giustizia ha più volte affermato che il requisito del controllo analogo non può ritenersi sussistente laddove prendano parte alla compagine societaria anche soggetti privati, non si è mai spinta al punto da richiedere anche l'assenza dallo statuto di qualsiasi possibilità di apertura alla partecipazione privata. In una nota sentenza del

2008²⁶⁰, che si pone in coerenza con principi già espressi in altre occasioni, la Corte precisa che la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo analogo dell'autorità pubblica non sia soddisfatta, almeno non in assenza di una effettiva partecipazione.

Diversa è invece la prospettiva del giudice amministrativo nazionale²⁶¹, secondo cui, anche in assenza di soci privati nella società affidataria, la sola previsione dello statuto che consentisse l'ingresso di capitali provenienti da soggetti terzi rispetto all'ente affidante rappresenterebbe una condizione ostativa all'applicazione della disciplina sull'*in house providing*, con conseguente impossibilità di evitare la procedura ad evidenza pubblica.

Peraltro, anche volendo trascurare questo aspetto (che plasticamente manifesta un'interpretazione difforme e più severa di quella offerta dalla Corte di giustizia), il giudice amministrativo nazionale ricostruisce in modo più rigoroso il concetto stesso di controllo analogo. Diversamente da quanto richiesto in sede comunitaria, il giudice nazionale si è adoperato in una puntuale specificazione delle forme in cui può manifestarsi tale peculiare vincolo tra ente e società, non ritenendo comunque sufficienti le naturali forme di controllo che sarebbero prerogativa dell'ente in applicazione del diritto societario.

A questo proposito, risulta particolarmente interessante la ricostruzione operata dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia in

²⁶⁰ Il riferimento è a Corte giustizia UE, sez. II, causa C-371/05, *Commissione c. Italia*, in <http://curia.europa.eu>. Nello stesso senso anche Corte giustizia UE, sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07, *Sea s.r.l. c. Comune di Ponte Nossola*, in GUUE, 7 novembre 2009, C-267/14.

²⁶¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, in *Urb. e app.*, 2008, p. 211 ss.; Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Gior. dir. amm.*, 2008, p. 1120 ss., con commento di R. CARANTA.

una pronuncia del settembre 2007. I giudici siciliani, sposando un approccio restrittivo, hanno ritenuto condizioni necessarie, oltre alla proprietà totalmente pubblica del capitale sociale, il controllo della volontà formale della persona giuridica attraverso il potere di nomina degli amministratori e un controllo specifico non solamente sulle procedure formali di manifestazione della volontà societaria, ma anche sulle politiche aziendali, per garantire la loro conformità e coerenza con le (sole) esigenze dell'azionista pubblico. In questo quadro di vincoli assai stringenti è chiaro che l'autonomia gestionale ed operativa dell'impresa potrà dispiegarsi solo parzialmente e, soprattutto, non potrà dirigersi liberamente verso obiettivi di mercato che trascendano il rapporto di strumentalità tra azione di gestione e azione amministrativa dell'ente proprietario.

D'altro canto se quest'ultimo deve poter esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, appare evidente che anche nei confronti della società *in house* debba sussistere un rapporto di strumentalità del tutto simile a quello che indubitabilmente è presente tra l'ente e le sue articolazioni amministrative. A questo scopo, allora, non è sufficiente il solo potere di condizionamento che deriva all'azionista dalle regole del diritto comune in materia societaria²⁶².

Questa impostazione viene poi autorevolmente confermata anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2008 che affronta in modo diffuso e argomentato la questione dei requisiti fondamentali per poter ritenere legittimo l'affidamento in via diretta a società *in house*. I giudici di Palazzo Spada muovono il loro ragionamento dalla natura

²⁶² In questo senso si esprime anche F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in www.giustamm.it, secondo cui "l'ente socio deve poter esercitare i poteri di coordinamento, vigilanza e, fors'anche, di sostituzione che sono propri dei rapporti organici e interorganici conosciuti sì al diritto pubblico ma certamente non anche al diritto societario per quanto attiene alle relazioni tra socio e società".

peculiare di questo tipo di affidamento, sottratto al confronto competitivo con i vari operatori di mercato. Tuttavia, poiché la tutela della concorrenza è un principio basilare e, a buon diritto, regola generale del mercato unico, l'affidamento diretto si pone come modello derogatorio, eccezionale, i cui requisiti devono necessariamente interpretarsi in senso restrittivo. In caso contrario, non solo si snaturerebbe il rapporto tra regola ed eccezione ma, sul piano sostanziale, si porrebbero le basi per un'ingiustificata espansione di forme organizzative contrarie allo spirito del mercato europeo, in grado di rafforzare rendite di posizione e di creare squilibri nel confronto competitivo tra gli operatori.

Ecco allora che il supremo consesso della giustizia amministrativa, chiamato in causa dall'ordinanza di rimessione della V sezione²⁶³, ha provveduto a chiarire con apprezzabile sforzo di sintesi cosa sia necessario oltre alla scontata partecipazione pubblica totalitaria per far rimanere l'affidamento nei limiti della legittimità:

- a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati;
- b) il consiglio di amministrazione delle società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale²⁶⁴.
- c) L'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura

²⁶³ Cons. Stato, sez. V, ord. 23 ottobre 2007, n. 5587, in *Foro amm.* – *C.d.S.*, 2007, p. 2826.

²⁶⁴ In questo senso si era espressa anche Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 651 ss..

obbligatoria della società (a breve termine) a capitali privati; dall'espansione territoriale dell'attività²⁶⁵;

d) Le decisioni maggiormente significative, potremmo dire strategiche, devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante²⁶⁶.

In più, oltre a queste forme di penetrante controllo e condizionamento sull'attività della società *in house*, l'ente affidante deve disporre di poteri ispettivi e poter effettuare anche dei controlli "a valle" sul bilancio e sulla qualità dell'attività amministrativa²⁶⁷.

Questo aspetto dei controlli *ex ante* ed *ex post* (oltre che in corso d'esercizio) viene preso in considerazione anche dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici che, in alcuni pareri, ha evidenziato in cosa debbano consistere ai fini della sussistenza del requisito del controllo analogo. Il controllo *ex ante* dovrà riguardare il piano operativo annuale, contenente il *budget* finanziario e le linee direttrici dell'attività di gestione, il controllo *ex post* riguarderà, invece, il bilancio consuntivo che, prima di essere approvato dall'assemblea societaria, dovrà essere presentato e valutato dall'organo assembleare dell'ente controllante. Quanto ai controlli in corso d'esercizio, questi possono tradursi nell'obbligo di relazioni da parte dell'organo amministrativo della società in merito all'attività da svolgere e già svolta, oltre che nella possibilità di revoca e sostituzione di singoli consiglieri da parte dell'assemblea dei soci (e quindi dell'ente) prima della

²⁶⁵ Oltre alla già citata sentenza *Parking Brixen*, si esprime in questo modo anche Corte giustizia UE, 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Mödling e Commissione c. Austria*, in *Racc.*, I, p. 9705.

²⁶⁶ Principio già espresso anche da Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, in *Foro amm.* – *C.d.S.*, 2007, I, p. 115.

²⁶⁷ Così, recentissimamente T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 5 gennaio 2012, n. 24, in *www.giustamm.it*, oltre che la già citata Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, n. 719 del 2007.

scadenza del mandato ovvero nell'attribuzione di un diritto di veto sulle deliberazioni più importanti del consiglio di amministrazione²⁶⁸.

In definitiva, si può dire che altro è il controllo strutturale di natura societaria, altro è il controllo analogo richiesto per poter affidare un servizio in via diretta ad una società *in house*. Solo quest'ultimo è in grado di determinare il venir meno di quel rapporto di terzietà che sembrerebbe del tutto naturale tra ente affidante e società affidataria ma che, laddove sussistente, pretende il rispetto del principio generale di tutela della concorrenza che, in concreto, si traduce nell'indizione di una procedura competitiva ad evidenza pubblica.

Chiarito cosa sia il controllo analogo, è tempo di analizzare la possibilità che quest'ultimo sia esercitato non da uno ma da più enti pubblici, dando vita a quello che comunemente viene denominato *in house* frantumato.

Naturalmente, ciò che caratterizza questa peculiare ipotesi di *in house* è la circostanza che nessuno degli enti coinvolti può vantare una partecipazione tale da influenzare da sola il funzionamento della società. Si tratta di una caratteristica intrinseca ma che reca in sé importanti criticità, tanto da far dubitare l'interprete sulla effettiva sussistenza di un controllo analogo. L'unica via per salvare la legittimità di questo modulo organizzativo è considerare la possibilità di esercizio congiunto del controllo richiesto ai fini dell'*in house* ma, in termini pratici, si capisce fin da subito come questa scelta faccia sorgere numerosi problemi relativamente alle modalità di un siffatto esercizio.

²⁶⁸ In questo senso T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 10 dicembre 2008, n. 5759, in www.giusitizia-amministrativa.it, secondo cui, nel caso di veto espresso dall'ente locale, il consiglio di amministrazione "dovrà, in ogni caso, uniformare le sue determinazioni all'avviso espresso dal Comune e non potrà discostarsene limitandosi ad indicare, a propria volta, i motivi per cui ritiene di non condividere le affermazioni del Comune".

In ambito comunitario il dato di partenza per qualsiasi analisi dell'istituto in parola va ravvisato nella sentenza *Coditel Brabant*²⁶⁹ in cui la Corte di giustizia ha affermato che se il controllo esercitato da più autorità pubbliche associate sull'ente concessionario è effettivo, non risulta indispensabile che sia individuale. In altre parole, dando per certo che il controllo possa essere esercitato anche congiuntamente, i giudici del Lussemburgo hanno imposto come condizione necessaria che questo sia effettivo, cioè che abbia gli stessi caratteri di incisività e pervasività nell'attività di gestione che caratterizzano ogni ipotesi tradizionale di affidamento *in house*.

Rimane da risolvere il dubbio di come, concretamente, debba essere esercitato questo controllo congiunto affinché possa dirsi effettivo.

Considerando che, nel caso di *in house* frantumato, l'assemblea dei soci è composta da tutti gli enti pubblici che hanno deciso di affidare in via diretta un determinato servizio alla società, si potrebbe pensare che sia proprio l'assemblea la sede più adatta per consentire l'esercizio del controllo analogo. Naturalmente però, si dovrebbe prevedere nello statuto il trasferimento di numerose e rilevanti competenze dal consiglio di amministrazione all'assemblea e l'attribuzione a quest'ultima di tutti quei poteri che nella configurazione monistica dell'affidamento *in house* sarebbero prerogativa dell'ente pubblico affidante.

Altra ipotesi potrebbe essere quella in cui all'implementazione delle competenze assembleari si accompagni la creazione di un organo esterno alla società, di rilevanza pubblicistica, che funga da sede di confronto tra i vari enti locali in cui poter esaminare preventivamente i principali atti

²⁶⁹ Corte giustizia UE, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Comune d'Ucle*, in <http://curia.europa.eu>. Nello stesso senso anche Corte giustizia EU, sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07, cit..

societari e al cui nulla osta debba essere subordinata l'assunzione degli atti di gestione maggiormente significativi.

Questa ipotesi ricostruttiva è stata avvalorata anche da diverse pronunce del Consiglio di Stato che, analizzando le clausole statutarie di alcune società *in house* pluripartecipate, ha riconosciuto sussistente il requisito del controllo analogo e la legittimità dell'affidamento diretto²⁷⁰. Tuttavia, posto che si rende necessaria una sede dove gli enti soci possano esprimere la propria volontà, partecipando alla formazione di decisioni comuni in cui si concretizzi il controllo analogo, rimane da capire se sia sufficiente una mera consultazione e votazione a maggioranza o se l'incidenza del volere di ciascun socio debba spingersi al punto da imporre delle deliberazioni all'unanimità.

Secondo quest'ultima impostazione, il controllo analogo non potrebbe ridursi alla mera partecipazione del socio alle decisioni maggiormente significative per la vita della società²⁷¹. Come sostenuto da parte della

²⁷⁰ Tra queste pronunce giova ricordare la sentenza Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2011, III, p. 902, in cui i giudici di Palazzo Spada hanno statuito nel senso della legittimità dell'affidamento *in house* (frantumato) del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti a una società partecipata da numerosi Comuni. Lo statuto di questa società, in particolare, prevedeva: a) la necessaria autorizzazione dei soci ai fini dell'approvazione da parte del c.d.a. degli atti di programmazione della società e dei più rilevanti atti di gestione; b) l'obbligo per il c.d.a. di rispettare nell'attività di gestione le prescrizioni impartite dai soci e cristallizzate in appositi atti vincolanti; c) la presenza di un apposito organo (diverso dall'assemblea ordinaria) composto dai rappresentanti degli enti soci chiamato a esaminare in via preventiva gli atti societari più importanti e a fornire il nulla osta per gli atti di gestione maggiormente impegnativi; d) la previsione secondo cui costituiva giusta causa di revoca degli amministratori il mancato rispetto degli obblighi discendenti dal controllo analogo esercitato dai soci.

²⁷¹ Così A. GAZ, *I caratteri dell'in house secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in S. BIGOLARO, V. CASTELLANI (a cura di), *Le società in house negli enti locali e nella sanità*, Rimini, 2012, p. 48.

dottrina²⁷² sarebbe necessaria la previsione di un voto determinante o, con altre parole, di un diritto di veto attribuito a ciascun socio sulle decisioni di importanza strategica. Se così non fosse, anche una minima partecipazione societaria potrebbe consentire a un ente socio di eludere gli obblighi legati alla tutela della concorrenza e di affidare in via diretta importanti servizi pubblici locali ad una società su cui, nei fatti, non può esercitare alcun potere di direzione e di controllo. A favore di questa impostazione estremamente rigorosa si è espressa anche una parte minoritaria della giurisprudenza²⁷³, affermando che il controllo derivante dalla semplice deliberazione a maggioranza dei soci sarebbe una forma di “controllo debole”, ben diverso dal più incisivo controllo analogo sui propri servizi che, viceversa, può essere garantito solo se il voto di ciascun socio è determinante e necessario per l’approvazione delle decisioni concernenti gli obiettivi strategici e gli atti maggiormente significativi della società.

Secondo l’opinione di chi scrive, tuttavia, l’argomentazione di cui sopra sconterebbe un vizio d’origine. Ritenere che ciascun socio possa da solo influenzare in modo decisivo qualsiasi scelta in ordine alle più significative vicende societarie e gestionali che riguardano la società *in house*, equivale a sostenere che ciascun ente locale deve poter esercitare il controllo analogo, così come avviene in qualsiasi altra ipotesi “monistica” di affidamento *in house*. Significa, in altri termini, rifiutare qualsiasi differenziazione pur in presenza di un assetto societario che vede coinvolti non uno ma più enti pubblici. La differenza, però, è tutt’altro che irrilevante.

Infatti, se nel caso di *in house* “monistico” il controllo analogo deve essere esercitato dall’unico ente che detiene la totalità del capitale sociale, nel caso

²⁷² Il riferimento è a M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, in www.federalismi.it.

²⁷³ Cfr. T.a.r. Veneto, sez. I, 2 febbraio 2009, n. 236, in www.giustizia-amministrativa.it.

di *in house* frantumato, proprio perché il capitale non è in mano a un solo ente, il controllo non può essere esercitato da ciascuno di essi ma dalla totalità dei soci, intesi come gruppo e non come singoli. Di qui la convinzione che ciascun ente debba partecipare sia al capitale sia agli organi direttivi e che sia sufficiente una deliberazione a maggioranza in relazione alle decisioni più sensibili per la vita della società.

La conclusione cui si è pervenuti viene autorevolmente sostenuta anche dalla giurisprudenza prevalente, sia nazionale, sia comunitaria²⁷⁴, rilevando, peraltro, come non sia tanto determinante la modalità con cui si esprime il controllo (maggioranza o unanimità), quanto piuttosto la sua effettività, il cui scrutinio è riservato all'analisi di ciascun caso concreto da parte del giudice nazionale²⁷⁵.

²⁷⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 1269; Corte giustizia UE, 13 novembre 2008, causa C-324/07, cit.. Si segnala anche la recente Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447, in *Urb e app.*, 2011, p. 957, con nota di F. Leggiadro, in cui si afferma esplicitamente che per configurare un controllo analogo non è necessaria la spettanza in capo a ogni singolo socio di un potere di controllo assimilabile a quello, individuale, delineato dai primi due commi dell'art. 2359 c.c. Nella sentenza, infatti, si ricorda che questa impostazione, già delineata dalla Corte di giustizia, "trova riscontro nelle esperienze positive di molti stati membri e, per quel che qui interessa, anche nel diritto amministrativo italiano che annovera diverse forme associative tra enti pubblici, anche per finalità di gestione in comune di pubblici servizi (ad esempio, i consorzi di cui all'art. 31 del d.lgs n. 267/2000), in cui il controllo da parte del singolo ente sull'attività svolta, nell'interesse comune dalla specifica forma associativa non è individuabile, ma intermediato e, quindi, inevitabilmente attenuato dall'applicazione delle regole sul funzionamento interno dell'istanza associativa".

²⁷⁵ Per un approfondimento sul punto si rinvia a C. VOLPE, *La Corte di giustizia continua la rifinitura dell'in house providing, ma il diritto interno va in controtendenza*, in www.giustizia-amministrativa.it. Si segnala, inoltre, la recentissima pronuncia Corte giustizia UE, 29 novembre 2012, C-182/11, in <http://curia.europa.eu>, in cui, a conferma della bontà dell'impostazione qui adottata, si legge che la condizione del controllo analogo "è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta" e che spetta al giudice nazionale di "verificare se la sottoscrizione, [...], di un patto parasociale che conferisce [a dei comuni soci di minoranza] il diritto di essere consultati, di nominare un membro del collegio sindacale e di designare un consigliere di

2.8.3 – (segue) Il requisito dell'attività prevalente.

Per rendere legittimo un affidamento diretto, oltre alla presenza del requisito del controllo analogo, è necessario che, sul piano funzionale, la società *in house* realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

Premesso che l'attività può essere svolta nei confronti o per conto dell'ente, o degli enti, controllanti, ai fini del nostro discorso si farà riferimento alla seconda delle due ipotesi poiché si riferisce al caso in cui la società svolge funzioni proprie dell'amministrazione ed eroga prestazioni di servizio che hanno come diretti destinatari gli utenti finali (nel primo caso, invece, la società è deputata allo svolgimento di attività strumentali funzionali all'attività istituzionale dell'ente).

Ciò che maggiormente interessa è capire cosa si intenda per attività prevalente e perché deve sussistere uno stretto rapporto di semi esclusività tra società *in house* ed ente controllante.

La prima può apparire una questione linguistica e in parte lo è, basti pensare che l'espressione italiana "attività prevalente" viene tradotta in tedesco con "*im wesentlichen*", che significa "essenzialmente" e, del pari, in inglese è tradotta con le parole "*the essential part of his activities*". Da un lato, dunque, l'espressione italiana farebbe propendere per una connotazione prevalentemente quantitativa, dall'altro, i corrispettivi termini stranieri farebbero propendere per una maggiore rilevanza dell'elemento qualitativo.

Senza riprendere in questa sede gli ampi dibattiti che sono germinati da questa criticità terminologica, basti in questa sede rilevare che la giurisprudenza nazionale e comunitaria sono concordi nel ritenere che

amministrazione in accordo con gli altri enti interessati dal patto suddetto sia idonea a consentire a tali comuni di contribuire effettivamente al controllo [della società in questione]".

entrambi gli aspetti, qualitativo e quantitativo, devono essere tenuti in debita considerazione. Oltre al fatturato e alle risorse economiche impegnate, per valutare se la parte più importante dell'attività viene svolta con l'ente controllante, è necessario ponderare nell'ambito di una valutazione del caso concreto anche la natura dei servizi resi, per valutare se questi possano ritenersi di una qualche rilevanza per la strategia aziendale, anche in relazione alla collocazione della società nel mercato pubblico e privato²⁷⁶. Pertanto, sia dal punto di vista quantitativo, sia da quello qualitativo lo svolgimento di attività ulteriori rispetto a quelle svolte per conto (o a favore) dell'ente controllante devono risultare sostanzialmente irrilevanti²⁷⁷.

La necessità di questa condizione deriva dalla natura derogatoria dell'affidamento diretto - *in house* - rispetto alla disciplina generale che contempla l'obbligo di indire gare ad evidenza pubblica. Se, infatti, la società *in house* potesse svolgere attività imprenditoriale anche al di fuori dell'ambito territoriale di pertinenza dell'ente affidante o se potesse svolgerla in termini significativi anche nei confronti di soggetti diversi da quelli cui è istituzionalmente rivolta, assumerebbe un'indiscutibile vocazione commerciale, con conseguente posizionamento nel mercato libero²⁷⁸. Mercato che, come noto, è assoggettato ai principi della parità

²⁷⁶ In questo senso Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, p. 1080. Nello stesso senso anche la deliberazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici 13 gennaio 2010, n. 21, pubblicata sul sito dell'Autorità: *www.avcp.it*.

²⁷⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in *www.giustamm.it*, dove si rileva la mancanza del requisito dell'attività prevalente nei casi in cui la società svolga la propria attività senza vincoli di territorialità e riceva l'affidamento dei servizi anche da consorzi e comuni non soci. Ne deriverebbe, infatti, "un'apertura generale e commerciale al mercato che elude in radice la necessità, ben sottolineata dalla giurisprudenza, che la parte più importante dell'attività, da intendersi quale sostanziale esclusività, sia svolta per conto degli enti pubblici soci".

delle *chances* competitive e della leale competizione tra operatori e che non potrebbero certo essere rispettati dalla società *in house* che, in quanto tale, gode di un invidiabile vantaggio competitivo nei confronti di chi non ha potuto aggiudicarsi (senza competere con alcuno) un determinato servizio e, dunque, una quota di mercato.

In più, la semi esclusività del rapporto con l'ente controllante dipende anche dal fatto che, se così non fosse, non potrebbe dirsi sussistente quel carattere di *longa manus* dell'amministrazione che caratterizza ontologicamente la natura delle società *in house*. La società finirebbe per essere, non solo formalmente, ma anche nella sostanza, un soggetto terzo rispetto all'ente locale e, come già abbiamo ricordato, è proprio l'assenza di terzietà che distingue l'affidamento *in house* dagli appalti e dalle concessioni di servizi e che giustifica il mancato confronto competitivo con gli altri operatori dello stesso settore economico. Certo, qualcuno potrebbe sostenere che questo è vero nel caso di società che svolgono attività nei confronti dell'ente (dunque nel caso di società *in house* strumentali) ma non nel caso di attività svolta per conto dell'ente. La società si limiterebbe ad acquisire servizi affidati da enti locali diversi ed erogherebbe prestazioni nei confronti di utenti che si trovano in aree territoriali diverse (attività c.d. *extra moenia*) ma questo non inficerebbe il rapporto di sostanziale unicità soggettiva tra società ed ente controllante. La ficcante osservazione, tuttavia, finirebbe per non cogliere nel segno sotto almeno due profili. In primo luogo, sarebbe assai difficile giustificare la scelta dell'ente di svolgere attività *extra moenia* per mezzo della propria società *in house*. Nel caso in cui tale attività sottraesse risorse alle attività da svolgere all'interno dei confini comunali vi sarebbero non solo profili di illegittimità ma anche di responsabilità erariale. Nel caso in cui vi fosse una convenienza economica, e qui viene in rilievo il secondo profilo di criticità, la società avrebbe natura

commerciale e, in quanto tale non potrebbe sottrarsi alle regole della tutela della concorrenza.

2.8.4 – Il legislatore italiano esprime un netto disfavore per l'affidamento *in house* nell'art. 23-bis del d.l. 112 del 2008 e nell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011. Alla base di questa scelta la volontà di dare una spinta decisiva alle liberalizzazioni.

Arrivati a questo punto della trattazione, dopo aver analizzato le caratteristiche salienti dell'affidamento *in house*, soprattutto in relazione alle esigenze di tutela della concorrenza, appare quanto mai opportuno interrogarsi sulla libertà dell'ente locale di ricorrere a questo modello organizzativo per provvedere all'erogazione dei servizi pubblici.

Già nel lontano 1998, agli albori di quel filone giurisprudenziale che ha permesso di dare contorni nitidi all'*in house providing*, il Consiglio di Stato aveva avuto modo di affermare che “la decisione di un Comune di erogare un servizio, costituendo una società [...] è logicamente estranea ad un sindacato di compatibilità con la tutela della concorrenza”²⁷⁹. Se, infatti, la costituzione di un soggetto all'uopo dedicato è idonea a garantire economie di scala, riduzione dei costi e razionalizzazione del bacino d'utenza, secondo i giudici di Palazzo Spada, la decisione dell'ente non si esporrebbe ad una censura di illegittimità sol perché escludente il ricorso al confronto competitivo nel mercato. In altri termini, l'amministrazione sarebbe libera di compiere la scelta tra affidamento *in house* e c.d. *outsourcing*: nel primo caso rispettando i requisiti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di proprietà pubblica, controllo analogo e attività prevalente; nel secondo, applicando la specifica disciplina europea e nazionale posta a tutela della libera concorrenza.

²⁷⁹ Così Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, in *Urb e app.*, 1998, p. 1328.

Sul versante comunitario, poi, la libertà di concorrenza è sempre stata uno dei capisaldi irrinunciabili che ha informato la struttura del mercato interno ma, nel contempo, non è mai stato privilegiato o imposto il ricorso alle procedure competitive a discapito dell'autoproduzione dei servizi gestita dalla mano pubblica²⁸⁰. D'altro canto, si capisce che l'obiettivo delle politiche comunitarie in materia non è tanto la piena liberalizzazione o privatizzazione del settore dei servizi pubblici, quanto piuttosto l'equilibrio del mercato (cioè all'interno di esso) in termini di parità delle *chances* competitive degli operatori, evitando che talune imprese che vi operano possano godere di ingiustificati privilegi derivanti da scelte "economicamente rilevanti" compiute dall'amministrazione²⁸¹. Conseguentemente, non stupisce che la Corte di giustizia, in numerose occasioni, abbia avuto modo di precisare che nel caso in cui uno o più enti locali decidano di gestire con mezzi propri e in autonomia un determinato servizio, viene comunque salvaguardato il principio di parità di trattamento, di cui sono attuazione le direttive in materia di affidamenti pubblici, poiché nessuna impresa privata viene posta in una situazione di pregiudizio e nessuna in una situazione di privilegio rispetto ai suoi naturali concorrenti²⁸².

Ciò premesso, potrebbe apparire quanto meno incoerente con questa impostazione l'atteggiamento del legislatore italiano che, gradualmente, ha

²⁸⁰ Cfr. F. CINTIOLI, *Concorrenza istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 256.

²⁸¹ Sul punto basti richiamare quanto scritto nel Libro verde relativo ai partenariati pubblico privati istituzionalizzati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 30 aprile 2004, COM (2004) 327, pubblicato in <http://eur-lex.europa.eu>, dove si legge che "il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non si esprime riguardo l'opzione degli stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo".

²⁸² Il riferimento va, in particolare, a Corte giustizia EU, Grande sez., 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione c. Repubblica Federale Tedesca*, in <http://curia.europa.eu>.

introdotto vincoli assai restrittivi alla possibilità di ricorrere all'affidamento *in house* in alternativa all'esternalizzazione del servizio²⁸³.

Secondo parte della dottrina²⁸⁴, il timore che ha condotto a questa limitazione del campo d'applicazione dell'istituto in parola sarebbe stato quello di un eccessivo ricorso a società totalmente in mano pubblica, tale da pregiudicare lo sviluppo della concorrenza in settori economici particolarmente rilevanti come quello dei servizi. Tuttavia, queste preoccupazioni non sembrerebbero particolarmente fondate sia perché la concorrenza non è un obiettivo o un orizzonte da raggiungere ma un modo di essere del mercato (laddove un mercato già esista), sia perché l'assimilazione tra società *in house* ed ente controllante comporta l'obbligo per la prima di rispettare le prescrizioni in materia di procedure ad evidenza pubblica previste per il secondo²⁸⁵. Conseguentemente tutti i contratti stipulati dalla società con soggetti terzi sono sottoposti alle regole comunitarie poste a tutela della concorrenza, evitando così qualsiasi distorsione negli equilibri del mercato provocati da un'autonomia negoziale completamente libera che evidentemente non spetta ad una società che, sul piano sostanziale, è soggettivamente indistinguibile dall'amministrazione che la controlla.

Esclusa questa ipotesi ricostruttiva, si può ritenere che la scelta legislativa sia stata dettata da una generale sfiducia nei confronti delle amministrazioni locali (e non) nel saper gestire lo strumento dell'affidamento *in house*. Assai spesso, infatti, si è assistito ad affidamenti

²⁸³ Tra i contributi dottrinali che si sono occupati della questione ricordiamo il commento alla già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1447 del 2011 di F. LEGGIADRO, in *Urb e app.*, 2011, p. 961 ss..

²⁸⁴ Cfr. G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2000, p. 1467.

²⁸⁵ Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, cit., p. 878.

di questo tipo, sottratti al confronto competitivo con gli operatori potenzialmente interessati, anche in casi dove il ricorso al mercato sarebbe stato non solo possibile ma anche economicamente conveniente²⁸⁶.

In questa prospettiva si capisce, allora, perché l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, prima, e l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, dopo, abbiano relegato l'affidamento *in house* ad una condizione di eccezionalità nell'ambito della novellata disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

Nella prima delle due citate disposizioni si statuiva che in deroga alle modalità ordinarie di affidamento (le due forme di gara ad evidenza pubblica previste al comma 2) questo potesse avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, nel rispetto dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario in materia di *in house providing* solo "*per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*". Inoltre, pur laddove fossero state presenti le condizioni di eccezionalità richieste dalla norma, l'amministrazione avrebbe dovuto motivare la scelta in base ad un'apposita analisi di mercato e trasmettere una relazione contenente gli esiti della verifica effettuata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla richiesta²⁸⁷.

²⁸⁶ Naturalmente, è appena il caso di dire che queste scelte contrarie ai principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa molto spesso sono dettate da interessi che hanno ben poco di giuridico. Clientele, ricerca del consenso politico mediante l'utilizzo di strumenti demagogici, la possibilità di ampliare la pianta organica delle società controllate e di assegnare incarichi dirigenziali al loro vertice hanno frequentemente indirizzato il modo di gestire la cosa pubblica.

²⁸⁷ L'unica deroga a questo stringente regime era stata introdotta dall'art. 4, comma 1, del regolamento d'attuazione n. 168 del 2010, in cui si escludeva la necessità del parere

Viene, dunque, affidato un ruolo di centrale importanza all'Autorità garante, che assume le vesti di censore delle scelte compiute dalle amministrazioni locali, per arginare la tendenza a far uso del modello *in house* anche laddove sarebbe stata più utile l'esternalizzazione del servizio.

Il parere preventivo, e sicuramente obbligatorio, avrebbe poi condizionato la legittimità delle scelte compiute dall'ente locale e, dunque, un eventuale affidamento *in house* non preceduto dagli adempimenti procedurali introdotti dalla disposizione in commento avrebbe potuto essere facilmente contestato dinanzi al giudice amministrativo da qualsiasi impresa interessata a svolgere il servizio in questione²⁸⁸.

Quanto ai contenuti che avrebbe potuto avere il citato parere, l'analisi dell'attività svolta dall'Autorità garante ci permette di individuare almeno due orientamenti che ispirano le pronunce rese, in risposta alle richieste di parere avanzate dalle amministrazioni locali, nel periodo di vigenza della norma. In molti casi l'autorità, dopo aver analizzato la documentazione trasmessa, ha escluso in radice la stessa configurabilità dell'affidamento *in house*, a causa di mancanza degli stessi requisiti strutturali richiesti dall'ordinamento comunitario. In molti altri casi, invece, l'ente locale non è stato in grado di dimostrare la giustificabilità dell'affidamento *in house*. Questo tipo di pronunce sono state particolarmente numerose e ciò indica chiaramente sia la severità delle valutazioni compiute dall'Autorità, a tutela

dell'Autorità garante nel caso in cui il valore dell'affidamento fosse stato inferiore a 200.000 euro.

²⁸⁸ In questo senso T.a.r. Toscana, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430, in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove si legge che "la delibera impugnata (di affidamento del servizio) si palesa irrimediabilmente viziata in quanto il provvedimento è stato adottato in violazione dell'art. 23-bis D.L. 112/2008, non essendo stato adempiuto l'obbligo di trasmettere gli atti all'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato al fine di acquisire il prescritto parere; il provvedimento è stato emesso senza previo accertamento di situazioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato".

e a garanzia della massima apertura al mercato del settore dei servizi pubblici locali, sia la disarmante superficialità con cui molte volte le amministrazioni richiedenti hanno condotto l'attività istruttoria.

Alcuni esempi possono aiutare a comprendere meglio. Nel parere reso al Comune di Noventa Vicentina, in relazione alla possibilità di continuare a gestire *in house* il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, l'Autorità garante ha ritenuto del tutto insufficiente la generale (e poco approfondita) analisi di mercato condotta dall'amministrazione, rilevando, peraltro, come l'asserita inutilità di ricorrere ad una procedura competitiva sarebbe smentita in radice *"dalla presenza sul mercato di diversi operatori nel settore dei rifiuti, che potrebbero essere messi in competizione sul costo del servizio"*²⁸⁹. Allo stesso modo, è stata ritenuta insufficiente l'analisi condotta da un altro comune che ha svolto una comparazione tra i costi del servizio, svolto in un comune limitrofo da un soggetto selezionato mediante gara ad evidenza pubblica, con quelli sostenuti dalla propria società *in house*²⁹⁰. Secondo l'Autorità garante, infatti, tale comparazione non sarebbe in grado di giustificare l'affidamento *in house*, posto che proprio il costo del servizio rappresenta una variabile sulla quale mettere in competizione gli operatori nell'ambito di una procedura competitiva. Di qui il convincimento secondo cui l'amministrazione non avrebbe dovuto apoditticamente affermare che il costo sostenuto mediante l'autoproduzione del servizio sarebbe stato più

²⁸⁹ Così AGCM, parere PA170 *Comune di Noventa Vicentina / Servizio di raccolta trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani*, in www.agcm.it. Nello stesso senso anche il parere PA96 del *Comune di Canale Monterano / Servizio di igiene urbana*, in www.agcm.it, dove si ritiene gravemente lacunosa l'attività istruttoria dell'ente richiedente che si è limitato ad effettuare alcuni "sondaggi" presso taluni operatori attivi nel settore, per poi interrompere i rapporti a causa dell'asserita eccessiva onerosità della soluzione proposta.

²⁹⁰ Cfr. parere PA156 del 21 gennaio 2010, *Comune di Villaga / Servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti*, in www.agcm.it.

conveniente di quello eventualmente emerso ad esito di una procedura di gara.

In questi e in molti altri casi, l'Autorità ha fatto emergere l'idea che per poter giustificare il ricorso all'affidamento diretto non basta far leva né sull'efficienza del servizio già svolto dalla società *in house*, né sulla previsione (astratta) di non poter trovare nel mercato soggetti in grado di garantire il medesimo standard qualitativo a costi inferiori. Al contrario, sarebbe necessaria una verifica concreta e puntuale di cosa il mercato possa offrire e questo tipo di verifica si può ottenere solamente ad esito di una gara o, quanto meno, di un *market test*, consistente in una consultazione delle imprese che operano nel mercato, preceduta da ampia e diffusa pubblicità, diretta a capire quali siano le condizioni tecniche ed economiche in base alle quali sarebbero disposte a svolgere il servizio da affidare²⁹¹.

L'atteggiamento di sfavore nei confronti dell'affidamento *in house* si accentua ulteriormente con l'entrata in vigore dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, recentemente modificato dall'art. 25 della legge n. 27 del 2012. La norma, nella sua versione vigente sino alla dichiarazione di illegittimità costituzionale del luglio 2012, aveva previsto che, al pari di tutte le altre forme di gestione che presuppongono l'attribuzione di diritti speciali o d'esclusiva, l'affidamento *in house* potesse essere scelto solamente nel caso in cui l'amministrazione avesse verificato, mediante una puntuale analisi di mercato, che la libera iniziativa economica privata non fosse in grado di garantire un servizio corrispondente ai bisogni della comunità. In più, con l'obiettivo di rendere ancor più stringente il limite in questione, il comma 13 del citato art. 4 stabiliva l'impossibilità di ricorrere all'*in house* nel caso in cui il valore del servizio da affidare superasse i 200.000 euro. Il limite di valore in parola, peraltro, non sarebbe stato nemmeno aggirabile mediante

²⁹¹ In questo senso F. CINTIOLI, *Concorrenza istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 259.

un frazionamento del servizio in più lotti, stante un'inequivocabile ed espresso divieto in tal senso.

La cosa che maggiormente colpisce della disciplina introdotta nel 2011 è il diverso atteggiamento assunto dal legislatore italiano rispetto a quello ricavabile dalla giurisprudenza, dal *soft law* e dagli atti di normazione comunitari. In sede europea, come già si ha avuto modo di evidenziare, l'affidamento *in house* viene considerato alternativo rispetto alle procedure competitive ad evidenza pubblica, senza che l'eventuale scelta in favore del primo possa considerarsi lesiva delle regole poste a tutela della concorrenza e del mercato. Il diritto nazionale, al contrario, sottopone il ricorso a questo peculiare istituto alle stesse stringenti limitazioni previste per le forme di gestione che costituiscono declinazione del principio di tutela della concorrenza *per il mercato*, quali la gara ad evidenza pubblica per la selezione del gestore e la gara a doppio oggetto per l'affidamento del servizio a società mista. L'*in house providing*, in altre parole, viene assimilato alle altre forme di esternalizzazione del servizio, il che è concettualmente sbagliato anche se, sostanzialmente, legittimo.

La scelta compiuta dal legislatore, infatti, è teleologicamente orientata ad assicurare una più decisa liberalizzazione del servizio pubblico locale e, quindi, la concorrenza *nel mercato*. Scelta legittima ma, evidentemente, non imposta dal diritto comunitario che fissa dei livelli minimi di garanzia per l'assetto concorrenziale del mercato stesso. Gli Stati membri, pertanto, rimangono liberi di adottare strumenti giuridici in grado di implementare questa tutela e, tra questi, rientrano a pieno titolo le limitazioni all'utilizzo e al campo di applicazione di istituti, come l'*in house providing*, che sono in grado di rallentare la formazione di un mercato concorrenziale dei servizi.

Ciò premesso, posto che la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 ha reso direttamente applicabile la

disciplina europea in materia di affidamento dei servizi pubblici locali, si può concludere che, attualmente, siano venute meno le limitazioni all'utilizzo dell'*in house* di cui abbiamo dato conto, che rispondono a precise e libere scelte politiche degli Stati membri ma che non possono ricavarsi in via interpretativa dai principi espressi nel Trattato sul funzionamento dell'Unione e nella giurisprudenza della Corte di giustizia²⁹².

2.8.5 – L'*in house* spurio rappresenta una forma di gestione del servizio pubblico locale equiparabile all'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica.

Un'altra forma di gestione del servizio passa attraverso l'affidamento dello stesso a società mista pubblico – privata. Per lungo tempo, tuttavia, dottrina e giurisprudenza si sono interrogati circa la necessità di utilizzare lo strumento della gara ad evidenza pubblica per utilizzare questa modalità organizzativa laddove il socio privato fosse già stato scelto in seguito ad una gara pubblica. Il rischio più evidente, infatti, è quello di costituire, assieme ad un socio privato finanziatore, una società generalista cui poi affidare i più svariati compiti e servizi in regime di privativa, sottraendoli al mercato, con ogni conseguenza in termini di lesione delle regole poste a tutela della concorrenza.

Non stupisce, pertanto, che da più parti si sia sostenuto, con approccio assai rigoroso, che la gara per la scelta del socio non può sostituirsi alla gara per l'affidamento del servizio dato che le due procedure competitive hanno

²⁹² Naturalmente, rimangono fermi i limiti all'utilizzo dello strumento societario da parte degli enti locali previsti dall'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007 (finanziaria per il 2008) e dall'art. 14, comma 32 del d.l. n. 78 del 2010, di cui si parlerà *infra*, par. 2.10. Dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 179 del 2012, convertito con modificazioni in legge n. 221 del 2012, è invece venuto meno il limite di valore pari a 200.000 euro cui l'art. 4, comma 8, del d.l. n. 95 del 2012 subordinava il ricorso all'affidamento *in house* per l'acquisizione di beni e servizi strumentali all'attività delle amministrazioni.

presupposti e finalità del tutto diverse. Conseguentemente, l'ente locale, dopo aver selezionato il partner privato dovrebbe procedere ad una nuova gara per affidare il servizio.

L'unico vero elemento di criticità di questa impostazione risiede, tuttavia, nella posizione che assumerebbe l'amministrazione nell'ambito della seconda gara: da un lato stazione appaltante, dall'altro socia di uno dei concorrenti che aspira all'affidamento del servizio. Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria rileva come la compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente non determina alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento²⁹³. Al contrario, una simile limitazione a carico delle società miste si porrebbe in contrasto con i principi dell'ordinamento comunitario, il quale esige che le imprese pubbliche abbiano possibilità di agire in condizioni di parità di trattamento con le imprese private²⁹⁴. Anche la Corte di giustizia dell'Unione ha precisato che il principio di parità di trattamento non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione organismi che ricevono, da essa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura o che siano da essa partecipati²⁹⁵. Le garanzie offerte dalla procedura ad evidenza pubblica consentono, infatti, di escludere che la partecipazione nella società concorrente da parte dell'ente pubblico che bandisce la gara possa rappresentare, di per sé, un fattore distorsivo della concorrenza e quindi offrire alla società partecipata un illegittimo vantaggio a scapito delle altre imprese.

²⁹³ Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 1938.

²⁹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2008, p. 2112.

²⁹⁵ Così Corte giustizia UE, 7 dicembre 2000, causa C - 44/99 e Corte giustizia UE, 11 gennaio 2005, causa C - 26/03, in <http://curia.europa.eu/>.

Secondo un'altra teoria, apparentemente meno rigorosa, la scelta mediante procedura competitiva del socio privato renderebbe superflua la celebrazione di una nuova gara per l'affidamento del servizio.

Sul piano sistematico si rileva che l'ordinamento comunitario consente la creazione di società interamente pubbliche cui affidare, in presenza dei requisiti per l'*in house*, la gestione del servizio, evitando qualsiasi competizione tra gli operatori economici potenzialmente interessati. Sembrerebbe allora del tutto incoerente con il principio dell'effetto utile del diritto comunitario la non ammissibilità di un modello gestionale con cui l'ente locale decidesse di sfruttare almeno in parte le risorse provenienti dal mercato, utilizzando il modello della società mista. Se ciò non fosse possibile, infatti, si finirebbe per incoraggiare la costituzione di società possedute completamente dall'ente locale, senza alcuna procedura selettiva e senza alcun ricorso al mercato²⁹⁶.

La considerazione è sicuramente condivisibile in linea teorica ma, sul piano pratico, non offre sufficienti elementi per superare il pericolo di cui prima si è dato conto. Costituita la società, l'ente locale potrebbe affidare una pluralità di servizi di cui si avvantaggerebbe, anche dal punto di vista del "portafoglio professionale", il socio privato che se è vero che è stato selezionato con gara, è altrettanto vero che non ha formulato alcuna offerta in vista dell'affidamento dei vari servizi. Come uscire, dunque, dall'*impasse*?

Una prima risposta è stata fornita dal Consiglio di Stato, nel parere della seconda sezione del 18 aprile 2007²⁹⁷, con cui i giudici di Palazzo Spada sono stati chiamati ad esprimersi sulla legittimità dell'affidamento diretto

²⁹⁶ Così F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 2, cit., p. 962 e F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 562.

²⁹⁷ Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, par. n. 456, in *Dir. e pratica amm.*, 2007, n. 6, p. 10.

del servizio informatico agricolo nazionale (SIAN), da parte di AGEA – Agenzia per le erogazioni in agricoltura – ad una società mista in cui la scelta del socio era avvenuta mediante procedura ad evidenza pubblica.

Il supremo organo della giustizia amministrativa ha fatto propria la considerazione secondo cui l'affidamento a società mista premierebbe almeno in parte il mercato, al contrario di quanto accadrebbe nel caso di affidamento *in house* ma, in più, ha dato preziose indicazioni in ordine alle caratteristiche che dovrebbe avere la gara per la selezione del socio onde scongiurare il rischio cui poc'anzi si accennava. Quest'ultima deve, ad un tempo, selezionare il socio e affidare il servizio, definendone esattamente l'oggetto. Inoltre, la valutazione e la successiva selezione dell'offerta migliore deve essere rapportata non tanto (e non solo) alla solidità finanziaria dell'offerente quanto piuttosto alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto. Infine, il rapporto instaurando e l'affidamento devono avere una durata predeterminata, evitando così che il socio divenga "stabile", e prevedendo che siano chiarite fin da subito le modalità per la sua uscita dalla società nel caso in cui non dovesse vincere la gara successiva²⁹⁸.

La Commissione europea, nella comunicazione interpretativa del 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico – privati istituzionalizzati ha confermato la bontà di questa impostazione sostenendo che l'obbligo di indire una seconda procedura competitiva, dopo quella per la selezione del socio, può essere evitato nel caso in cui il socio privato sia stato scelto *"nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il*

²⁹⁸ Nello stesso senso si è espresso anche Cons. Stato, Ad. plen, 3 marzo 2008, n. 1, cit., e Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in *Foro amm.- C.d.S.* 2009, p. 789.

contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni". Lungo questa via interpretativa si colloca la sentenza della Corte di giustizia n. 196 del 2009²⁹⁹, che ammette l'affidamento diretto ove il socio privato sia stato selezionato secondo quegli stessi criteri già enucleati in sede nazionale dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Sulla base di questi presupposti, l'affidamento a società mista con gara a doppio oggetto è divenuto, prima con l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, e poi con l'art. 4, comma 12, del d.l. n. 138 del 2011³⁰⁰, modalità ordinaria di gestione del servizio pubblico locale, sempre che (almeno nel caso dell'ultima norma citata) la libera iniziativa economica non sia in grado di assicurare prestazioni rispondenti ai bisogni della comunità. In più, il legislatore italiano ha voluto introdurre solo un ulteriore requisito: che la quota destinata al socio privato non sia inferiore al 40% e questo sia per sollevare l'amministrazione da un gravoso onere economico in termini di capitale versato, sia per rendere particolarmente appetibile la partecipazione nella società.

In definitiva, quindi, si può dire che questa modalità di gestione è conforme ai principi di tutela della concorrenza e del mercato unico europeo perché, nella sostanza, la società mista non può considerarsi il soggetto beneficiario di un affidamento diretto ma, piuttosto, la modalità

²⁹⁹ Corte giustizia UE, sez. III, 15 ottobre 2009, causa C-196/08, in <http://curia.europa.eu>.

³⁰⁰ La norma in parola afferma che *"Fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che: a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione"*.

organizzativa con la quale l'amministrazione è in grado di controllare l'affidamento disposto con procedura competitiva al socio operativo privato³⁰¹. Di qui il nome, atecnico ma suggestivo, di affidamento *in house* "spurio".

2.9 – Il divieto di affidamenti ulteriori previsto a carico delle società già affidatarie in via diretta di servizi pubblici locali.

Sia l'art. 23-bis, comma 9, del d.l. n. 112 del 2008, sia l'art. 4, comma 33, del d.l. n. 138 del 2011 hanno previsto che *"le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica (anche del tipo gara a doppio oggetto di cui si è detto), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare"*. Il divieto, che operava per tutta la durata della gestione, era animato dall'intento di impedire a soggetti beneficiari di affidamenti diretti di sfruttare la propria posizione di privilegio nei confronti dei potenziali concorrenti in altre gare per la gestione dei servizi e, di fatto, finiva per creare una netta separazione tra società in grado di partecipare alle gare e società collocate fuori dal mercato

³⁰¹ Così F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 2, cit., p. 963; M.M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale*, in www.giustizia-amministrativa.it.

in ragione degli affidamenti ottenuti in assenza di qualsiasi confronto competitivo.

Leggendo la norma, l'interprete avrebbe potuto domandarsi se, in virtù di un ampio oggetto sociale, la società *in house*, affidataria di uno specifico servizio pubblico locale, avrebbe comunque potuto partecipare ad una gara per l'affidamento di un servizio ulteriore ma diverso. La lettera della disposizione non sembrerebbe consentirlo, dato che si parla genericamente di divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori, mentre risulterebbero escluse dal campo di applicazione di tale preclusione le società miste con socio selezionato con gara a doppio oggetto. Queste società, infatti, al pari di quelle quotate in mercati regolamentati e delle loro controllate³⁰², sono state espressamente esentate dal rispetto del vincolo introdotto dalla norma. Tuttavia, a ben vedere, il divieto ricompare sotto le diverse spoglie della necessità dell'oggetto sociale (semi) esclusivo. Ammettendo, infatti, che la società mista in parola possa avere un oggetto sociale ampio, comprendente diverse tipologie di servizi pubblici locali, si finirebbe per ricadere nel modello – proibito – della società c.d. generalista o *multi utility*, dove il socio selezionato finisce per essere un partner finanziario dell'amministrazione e non più il socio operativo scelto proprio per la

³⁰² La deroga prevista dal comma 33 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 afferma testualmente che: *“il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi del comma 12 e alle società a partecipazione mista pubblica e privata costituite ai sensi del medesimo comma. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero, purché in favore di soggetto diverso, ai sensi del comma 13”*.

capacità tecnico – professionale di svolgere un determinato servizio pubblico³⁰³.

Per questo motivo, ad avviso di chi scrive, il divieto di partecipare a gare per acquisire la gestione di servizi ulteriori non si applicava alla società mista solo nel caso in cui il servizio fosse stato omogeneo a quello gestito, ma si applicava nel caso di servizi diversi, incompatibili con le capacità operative del socio privato e, conseguentemente, con l'oggetto sociale³⁰⁴.

Stante l'incisività del divieto posto dalle norme citate in apertura di paragrafo, non stupisce che in numerosi casi, e in svariati modi, le società affidatarie in via diretta abbiano cercato di eluderlo. Sembra, quindi, opportuno soffermarsi almeno su due dei principali meccanismi attraverso i quali si è declinato l'intento elusivo: a) dissimulare una concessione di servizio pubblico attraverso un apparente contratto di appalto; b) realizzare la concentrazione di diversi affidamenti mediante tecniche di ingegneria societaria.

³⁰³ In questo senso M.M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale*, cit..

³⁰⁴ Giova ricordare che l'esclusione dal divieto è stata introdotta solamente dall'art. 9, comma 2, della legge n. 183 del 2012 (legge di stabilità per il 2012) che ha modificato l'art. 4, comma 33, del d.l. n. 138 del 2011. In precedenza, la misura asimmetrica in parola colpiva anche le società miste costituite con gara a doppio oggetto ed escludeva dal proprio campo di applicazione solamente il socio privato. Questa disparità di trattamento tra socio e società appariva foriera di una evidente disarmonia sistemica posto che il socio, coinvolto con una quota tutt'altro che irrilevante, avrebbe avuto quasi certamente interesse a che la società potesse concorrere in altre occasioni per ottenere affidamenti ulteriori (così F. CINTIOLI, *Concorrenza istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 247). In più, stante la rilevata incompatibilità del divieto in questione con le libertà di erogazione dei servizi e di circolazione dei capitali, la giurisprudenza amministrativa si determinò nel senso della disapplicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222, in *www.giustizia-amministrativa.it*). La novella legislativa, pertanto, ha provveduto ad allineare il portato normativo con il diritto vivente. Per un approfondimento si rinvia a C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo legislativo continua*, in *www.giustamm.it*, n. 12/2011.

Iniziamo dal primo caso, prendendo spunto da una fattispecie analizzata in sede giurisprudenziale, prima dinanzi al T.a.r. Veneto³⁰⁵ e poi al Consiglio di Stato³⁰⁶.

In base a una convenzione stipulata tra diversi comuni della Provincia di Vicenza “*per la gestione in forma associata delle funzioni inerenti l’affidamento del servizio pubblico di raccolta e di trasporto dei rifiuti urbani e assimilati*”, uno di essi veniva delegato a svolgere, quale ente capofila della gestione associata, la procedura ad evidenza pubblica per l’affidamento del servizio in parola fino al provvedimento di aggiudicazione definitiva. Il Comune indiceva, quindi, la procedura aperta per l’affidamento del servizio *de quo* precisando dettagliatamente nel bando le attività oggetto d’appalto, vale a dire: a) la raccolta porta a porta e il trasporto, nel territorio dei Comuni coinvolti, delle varie tipologie di rifiuti: secco, umido, plastica, vetro e carta; b) il servizio di spazzamento meccanico nel medesimo ambito territoriale; c) la gestione dell’ecocentro; d) il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti conferiti nell’ecocentro.

Ad esito della procedura, la seconda classificata proponeva ricorso al competente Tribunale amministrativo regionale ritenendo che la società risultata vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa perché già affidataria in via diretta di altro servizio pubblico locale. In altri termini, si contestava la violazione dell’art. 23-*bis*, comma 9, allora vigente.

La stazione appaltante si difese in giudizio affermando la non applicabilità al caso di specie della disposizione escludente di cui al citato art. 23-*bis*, poiché, in sostanza, oggetto di gara non era una concessione di servizio pubblico locale, bensì un mero appalto di servizi. In buona sostanza, nella fattispecie non si sarebbe nemmeno potuto parlare di

³⁰⁵ T.a.r. Veneto, sez. I, 8 novembre 2011, n. 1656, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰⁶ Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2012, n. 3796, in www.giustizia-amministrativa.it.

servizio pubblico locale perché la gara non concerneva l'affidamento, in concessione, della gestione del servizio, ma un mero appalto di servizi nel quale, a differenza della prima: a) il rapporto intercorre esclusivamente tra l'amministrazione appaltante e l'appaltatore del servizio senza coinvolgimento della collettività; b) la remunerazione è interamente a carico dell'amministrazione e non grava sugli utenti; c) il rischio imprenditoriale per la gestione del servizio grava sulla sola stazione appaltante.

A ben vedere, però, il carattere immediatamente escludente della disposizione normativa in commento e, soprattutto, la sua applicabilità al caso concreto, derivava dalla sua stessa *ratio*, essendo *ictu oculi* preordinata a impedire alterazioni del mercato concorrenziale che deriverebbero dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di ulteriori servizi pubblici locali di quei soggetti che, in quanto già affidatari diretti di tali servizi (non importa in che modo) nel medesimo o in altri ambiti territoriali, si sarebbero trovati in una posizione di privilegio acquisita al di fuori dei meccanismi dell'evidenza pubblica. Se tant'è sotto il profilo funzionale appare (oggi come allora) irragionevole ricollegare alla sola modalità di affidamento prescelta dalla stazione appaltante (appalto o concessione) la qualità di servizio pubblico locale alle attività poste in gara. Non si comprende, infatti, per quale motivo le modalità di remunerazione delle attività, pur idonee a far ascrivere la gara nella categoria dell'appalto anziché in quella della concessione, possano influire sulla natura delle prestazioni oggetto della procedura competitiva ad evidenza pubblica.

Il Tar Veneto e, in secondo grado, il Consiglio di Stato, hanno aderito a questa impostazione rilevando che non vi sia motivo per ritenere che le modalità di remunerazione delle attività, la bilateralità del rapporto e la mancanza dell'alea, pur idonee a far ascrivere la gara nella categoria

dell'appalto anziché in quella della concessione, possano influire sulla natura delle prestazioni da svolgere. È evidente, infatti, che anche in tal caso le attività affidate continuino a configurarsi quale servizio pubblico locale, essendo del tutto irragionevole che esse possano perdere detta qualità in dipendenza della tipologia dell'affidamento (sia essa una concessione o un appalto). Conseguentemente, posto che la misura asimmetrica di cui all'art. 23-bis, poi riprodotta anche nell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, vietava l'acquisizione della gestione di servizi pubblici locali ulteriori, indipendentemente dalle modalità di affidamento, fin quando è stata vigente, avrebbe dovuto ritenersi applicabile anche in relazione agli appalti aventi ad oggetto prestazioni corrispondenti ad un servizio pubblico locale³⁰⁷.

2.9.1 – (segue) Gli strumenti di ingegneria societaria come mezzi per eludere i vincoli pro concorrenziali previsti dall'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011.

Come già anticipato nel paragrafo precedente, alcuni dei meccanismi maggiormente utilizzati per eludere le norme poste a tutela della concorrenza, in termini di obbligatorietà del ricorso a procedure ad evidenza pubblica per poter affidare la gestione di servizi pubblici locali, si nascondono nelle strategie aggregative che coinvolgono imprese pubbliche, private e miste. Mi riferisco, in particolare alle operazioni di fusione, agli scambi di partecipazioni rilevanti e al fenomeno delle *holding* pubbliche.

Si prenda il caso di due società, una interamente pubblica e rientrante nei parametri elaborati dalla giurisprudenza in materia di *in house providing*,

³⁰⁷ In senso conforme Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6574, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in senso contrario: T.A.R. Abruzzo, L'Aquila 23 giugno 2011, n. 351, poi riformata in senso conforme all'interpretazione proposta nel presente paragrafo da Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2537, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

l'altra una società mista, in cui il socio privato sia stato selezionato mediante gara ad evidenza pubblica a doppio oggetto. Entrambi i modelli organizzativi sono del tutto legittimi e, in entrambi i casi, le società potranno essere beneficiarie di affidamenti diretti (anche se, nel secondo caso, questa affermazione va intesa in senso atecnico dato che la gara per l'affidamento del servizio è innervata in quella per la scelta del socio operativo). Ci si potrebbe, tuttavia, domandare se un'eventuale fusione dei due soggetti giuridici determinerebbe il sorgere di un assetto sociale e fattuale in grado di porsi in contrasto con le regole pro concorrenziali introdotte dalle recenti novelle in materia di affidamento dei servizi pubblici locali (almeno in relazione al periodo della loro vigenza).

Il problema, evidentemente, è legato alla figura del socio privato il quale, grazie ad una fusione per incorporazione della società *in house* in quella mista, si troverebbe partner di una società che ha ereditato gli affidamenti diretti facenti capo alla incorporata.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, la dottrina e parte della giurisprudenza³⁰⁸ avevano avuto gioco facile nel rilevare la legittimità di questa operazione, partendo dal presupposto che, anche dopo la fusione, il privato non avrebbe perduto la peculiarità di essere un socio selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica. L'operazione di fusione, infatti, non essendo traslativa ma essenzialmente modificativa dei contratti sociali³⁰⁹ delle due entità giuridiche destinate ad unirsi in un'unica società, non avrebbe determinato alcun trasferimento della posizione di socio. L'unica reale conseguenza per il privato sarebbe

³⁰⁸ Cfr. L.R. PERFETTI, *La fusione di società affidatarie di servizi pubblici locali*, in *Foro amm.* – *C.d.S.*, 2005, p. 2300 ss.; in giurisprudenza si segnala T.a.r. Lombardia, Brescia, 25 febbraio 2005, n. 273, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁰⁹ Cfr. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003, p. 528.

stata quella di vedere diluita la propria partecipazione nel capitale sociale della rinnovata società che, grazie all'operazione di fusione avrebbe potuto ampliare la propria dimensione e la propria competitività. La circostanza, quindi, che ad esito della fusione la società incorporante avrebbe avuto nel proprio "portafoglio" anche gli affidamenti diretti dell'incorporata sarebbe stata una conseguenza ulteriore e, per certi versi, neutra rispetto al mercato visto che, durante la vigenza del quinto comma dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, gli affidamenti diretti a società mista, con socio selezionato mediante gara ad evidenza pubblica, erano pur sempre legittimi³¹⁰.

A ben diverse conclusioni, invece, si deve giungere alla luce delle recenti riforme in materia di servizi pubblici locali, posto che l'affidamento diretto a società mista non è più possibile. Sia il diritto interno, sia quello comunitario, si sono stabilizzati nel ritenere legittimi gli affidamenti a società mista solo nel caso di "*in house* spurio" che, come rilevato, ricorre laddove la gara per la selezione del socio abbia per oggetto anche l'affidamento del servizio al socio stesso, per il tramite della costituenda società mista. Al contrario, nel caso della fusione tra società mista e società *in house* di cui abbiamo parlato, il socio non sarebbe certo stato selezionato con procedura competitiva per svolgere specifici compiti operativi in relazione agli affidamenti diretti della società incorporata. Di qui il contrasto di questa operazione societaria con le tutele pro concorrenziali delineate dal legislatore nazionale e dal diritto comunitario.

Oltre alle ipotesi di fusione, anche i rapporti infragruppo rappresentano un serio pericolo per la concorrenzialità del mercato dei servizi e, proprio per questo, vengono espressamente presi in considerazione sia nel comma

³¹⁰ Unica reale conseguenza dell'operazione di fusione sarebbe stata l'impossibilità per l'ente controllante la società incorporata di affidare *in house* ulteriori servizi alla società risultante dalla fusione, stante la mancanza del requisito del controllo analogo.

9 dell'art. 23-bis, sia nel comma 33 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011. Le norme in questione, animate dall'intento di sterilizzare in capo all'affidatario diretto i vantaggi derivanti dalla posizione privilegiata che sorge dal rapporto di esclusiva con l'ente pubblico affidante³¹¹, hanno esteso il divieto di acquisire la gestione di servizi pubblici locali ulteriori, anche con gara, alle società controllate, nonché alle controllanti e controllate da una medesima controllante, che già gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica.

L'incisività della preclusione, ora formalmente venuta meno dopo la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, aveva come inevitabile conseguenza che se, nell'ambito di un gruppo societario, anche una sola delle società fosse stata affidataria diretta di servizi pubblici locali, tutte le altre, legate dai vincoli infragruppo di cui si è dato conto, avrebbero dovuto subire il rigoroso divieto sancito dalla misura asimmetrica.

Secondo parte della dottrina³¹², la condizione di "purezza" del gruppo societario (cioè la mancanza di un membro affidatario diretto) sarebbe stata una condizione necessaria solo in sede di aggiudicazione del servizio mentre, una volta ottenuto l'affidamento, si sarebbe potuto ritenere ammissibile uno scambio di partecipazioni in grado di dar luogo a rapporti di gruppo anche con società affidatarie di servizi in via diretta. Una tale operazione, tuttavia, avrebbe determinato la realizzazione *ex post* di quell'assetto societario che avrebbe sicuramente determinato l'esclusione dalla gara della società poi risultata vincitrice. Sostenere, quindi, la conformità a diritto del risultato finale di questa strategia societaria non

³¹¹ Così G. BASSI, *Servizi pubblici locali e società di gestione*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2010, p. 559.

³¹² Il riferimento è a M.M. FRACANZANI, *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale*, cit..

risultava certo agevole, specie se l'obiettivo ultimo poteva essere individuato nell'elusione del divieto allo scopo di poter traslare, in un secondo momento, gli affidamenti acquisiti in capo alla società già beneficiaria dell'affidamento diretto, magari mediante l'utilizzo di sub appalti o forniture in favore di quest'ultima.

Attualmente, però, dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, che ha travolto anche la vigenza di questa misura asimmetrica, si può dire che l'esistenza di un rapporto infragruppo, magari di controllo, tra una società affidataria in via diretta di un servizio pubblico locale e una società che ha acquisito altrimenti la gestione di un altro servizio³¹³ non è, di per sé, una condizione sicuramente lesiva della concorrenza. La violazione del diritto UE, semmai, dovrà essere verificata in concreto, cercando di capire se vi siano i presupposti affinché la società affidataria in via diretta possa condizionare, grazie al vincolo societario, la competitività nel mercato dell'altra società.

Un'altra operazione in grado di frustrare la tutela della concorrenza e della concorrenzialità del mercato riguarda l'eventuale uscita del socio privato dalla società mista affidataria di un servizio pubblico locale.

Si pensi al caso in cui il socio privato, selezionato nell'ambito di una gara a doppio oggetto, decidesse di vendere la propria quota di partecipazione a terzi. L'effetto sarebbe quello di offrire al mercato la possibilità di svolgere un servizio pubblico locale senza dover partecipare ad una procedura

³¹³ In ogni caso, è bene tener presente che una misura asimmetrica del tutto simile a quella contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 è contenuta nell'ambito della disciplina relativa alla distribuzione del gas naturale, settore escluso dal campo di applicazione del citato art. 4 e, dunque, ancora vigente. Mi riferisco, in particolare all'art. 14 del d.lgs. n. 164 del 2000 che riproduce fedelmente quanto previsto dalla norma dichiarata incostituzionale in punto di divieto di acquisire affidamenti ulteriori. Per un approfondimento si rinvia a L. CESARO, *La preclusione alla partecipazione a nuove gare per i beneficiari di affidamenti diretti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4 – 2012, p. 385 ss..

competitiva ad evidenza pubblica. L'affidamento, in altre parole, finirebbe per essere appannaggio del migliore offerente o, peggio ancora, di soggetti che non avrebbero nemmeno potuto partecipare alla gara a doppio oggetto. È evidente che un'ipotesi di questo tipo si pone in radicale e insanabile contrasto con le finalità sottese ai principi comunitari di imparzialità, trasparenza, parità di trattamento, libertà di concorrenza e non discriminazione. Conseguentemente, non solo il bando di gara dovrà puntualmente prevedere una precisa modalità di *exit* per il socio privato, la cui permanenza nella società non potrà che coincidere con la durata dell'affidamento³¹⁴, ma, in relazione alle società per azioni, si potrebbe auspicare l'adozione di un'ulteriore precauzione, rappresentata dalla previsione che le azioni del socio privato siano azioni con prestazioni accessorie *ex art. 2348 c.c.*³¹⁵. Azioni che, come noto, sono necessariamente nominative e non possono essere alienate senza il previo consenso degli amministratori. Tale peculiarità, consentirebbe all'ente locale, con un diritto di veto, di impedire anche sul piano privatistico e societario la circolazione delle azioni, evitando in radice che possa verificarsi una cessione della quota, lesiva, sul piano pubblicistico e comunitario, della concorrenza e dei principi fondamentali che informano la disciplina delle gare ad evidenza pubblica.

2.10 – Ulteriori limiti all'utilizzo dello strumento societario da parte dell'ente locale: dalla legge finanziaria per il 2008 al d.l. n. 78 del 2010.

Per lungo tempo gli enti locali hanno fatto largo uso dello strumento societario, dando vita ad un reticolo di partecipazioni, talora molto

³¹⁴ Salva la possibilità di ottenere nuovamente l'affidamento a seguito della vittoriosa partecipazione alla gara appositamente indetta dall'ente locale.

³¹⁵ In questo senso F. CINTIOLI, *Concorrenza istituzioni e servizio pubblico*, cit., p. 248.

intricato. In questo contesto l'art. 3, commi 27 e ss., della legge n. 244 del 2007 (finanziaria per il 2008) ha prodotto l'effetto di una cesoia, evidenziando un deciso disfavore legislativo nei confronti della costituzione e del mantenimento, da parte delle amministrazioni pubbliche, di società commerciali con scopo lucrativo *"il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali"*³¹⁶.

Alla base di questo mutato atteggiamento del legislatore vanno individuate ragioni di tutela della concorrenza e del mercato (volendo evitare una massiccia presenza pubblica in settori economicamente rilevanti ma non strumentali rispetto alle funzioni tipiche degli enti), nonché la necessità di limitare l'utilizzo delle società partecipate per eludere l'applicazione della normativa relativa al patto di stabilità interno, ai vincoli in tema di assunzione di personale o di indebitamento³¹⁷.

Nello specifico, la disposizione in commento prevede che le pubbliche amministrazioni non possano costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere, direttamente³¹⁸, partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Rimane,

³¹⁶ Così si esprime Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.*, 2011, III, c. 365.

³¹⁷ In questo senso Corte conti, sez. reg. controllo, Emilia Romagna, deliberazione n. 9/2012/PAR, in http://www.corteconti.it/banche_dati.

³¹⁸ Il mancato riferimento alle partecipazioni indirette potrebbe far pensare che le amministrazioni possano continuare a mantenere partecipazioni in società che svolgono attività non necessarie in relazione ai loro fini istituzionali facendo uso di *holding* pubbliche. Tuttavia, si rileva come parte della dottrina abbia correttamente affermato che *"la detenzione di partecipazioni in società di capitale, quand'anche costituite con la funzione di holding, deve rispondere ai requisiti imposti dall'art. 3, comma 27 della legge finanziaria per il 2008"* (così R. CAMPORESI, *Costituzioni di società holding come modello di governance delle partecipazioni comunali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it). In altri termini, anche la partecipazione di un comune ad una società *holding* deve essere strumentale al perseguimento delle funzioni tipicamente comunali.

invece, consentita la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza, nonché l'assunzione di partecipazioni in tali società.

Trascurando in questa sede l'ipotesi, alquanto infrequente, di società che fungono da centrali di committenza, si può dire che il legislatore abbia individuato due fondamentali eccezioni al divieto di costituire e mantenere società (nonché di mantenere in esse partecipazioni).

Innanzitutto vengono escluse le società che producono beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali degli enti partecipanti. La ragione di questa eccezione risiede nella volontà di consentire l'esercizio dell'attività amministrativa in forma privatistica e, nel contempo, di impedire che gli enti locali, o altre pubbliche amministrazioni, possano sfruttare il modello organizzativo societario per svolgere attività d'impresa del tutto svincolata dai loro compiti istituzionali. In quest'ultima ipotesi, infatti, finirebbero per operare nel mercato delle società formalmente private la cui attività commerciale potrebbe facilmente essere agevolata rispetto a quella di altri *competitors* in ragione dei privilegi di cui può godere un soggetto in quanto proiezione della pubblica amministrazione.

Resta da capire cosa si intenda per beni e servizi "strettamente necessari" ma, al di là delle immancabili diversità interpretative da parte dei giudici amministrativi e contabili³¹⁹, sembra potersi escludere la ricorrenza dell'eccezione poc'anzi delineata ogni qualvolta si faccia riferimento "a

³¹⁹ Per fare un esempio si pensi a T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 17 maggio 2010, n. 1898, in cui i giudici di primo grado hanno ritenuto illegittima la costituzione da parte di una Asl di una società interamente pubblica alla quale è stato affidato il servizio di pulizia, portierato e ausiliario presso le strutture e i presidi di zona. La decisione è stata poi riformata da Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2011, n. 1573, in www.giustizia-amministrativa.it, dove, al contrario, si è ritenuto che i servizi in questione siano "assolutamente necessari per il fisiologico svolgimento dei servizi di competenza dell'Azienda sanitaria".

*prestazioni di natura comune o generica, non legate ad una peculiarità che le connetta in via strumentale ad un certo servizio” o ad una certa funzione*³²⁰.

L'altra eccezione al divieto, che interessa maggiormente ai fini del nostro discorso, riguarda la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società.

È ormai pacifico che i servizi d'interesse generale cui si fa riferimento nella norma debbano essere intesi quali servizi di interesse economico generale di matrice comunitaria³²¹ e, come già abbiamo visto, in questa ampia dizione rientrano a pieno titolo anche i servizi pubblici locali aventi rilevanza economica. Dalla lettura della norma, pertanto, si deduce che gli enti locali non incontrino alcun limite nella costituzione - e nel mantenimento delle relative partecipazioni - di società deputate allo svolgimento di servizi pubblici locali. Le restrizioni colpirebbero, in definitiva, solamente le società strumentali di tipo generalista, rispetto alle quali non può sussistere quello stringente nesso di strumentalità necessaria in grado di legarle in modo inscindibile alle funzioni istituzionali dell'ente³²².

Il quadro normativo, apparentemente chiaro, è stato però recentemente integrato dall'art. 14, comma 32, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, in legge 30 luglio 2010, n. 122.

³²⁰ Così, E. GAZ, *La situazione attuale delle società in house per gli enti locali*, in S. BIGOLARO, V. CASTELLANI (a cura di), *Le società in house negli enti locali e nella sanità*, cit., p. 66.

³²¹ In questo senso si legga Corte conti, sez. reg. controllo Lombardia, n. 195/2009/PAR e Corte conti, sez. reg. controllo Veneto, n. 5/2009/PAR, in http://www.corteconti.it/banche_dati.

³²² All'ente locale sarebbe sufficiente effettuare una ricognizione di tutte le partecipazioni societarie al fine di verificare se si tratti di partecipazioni vietate e, quindi, da dismettere o di partecipazioni consentite, adottando in questo caso una delibera che ne autorizzi il mantenimento, motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 3, comma 27 della legge n. 244 del 2007. Delibera che andrà poi trasmessa alla Corte dei conti ai fini del controllo sulla gestione (in questo senso F. ALBO, *L'applicazione dell'art. 3 commi 27 e seguenti della legge n. 244 del 2007 negli enti locali*, in www.lexitalia.it).

La disposizione in parola ha introdotto delle ulteriori limitazioni, applicabili ai comuni a minore densità demografica, il cui scopo principale è quello di salvaguardare la concorrenza e l'apertura del mercato agli operatori privati, evitando la proliferazione di società sottodimensionate la cui gestione può avere ripercussioni negative sui bilanci degli enti di riferimento, impossibilitati a sostenerne gli oneri di gestione³²³. È stato, infatti, stabilito che, fermo restando quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge n. 244 del 2007, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società e devono mettere in liquidazione le società già costituite o cederne le partecipazioni entro la data del 31 dicembre 2012³²⁴. Le uniche eccezioni si riferiscono alle società costituite da più comuni la cui popolazione superi complessivamente i 30.000 abitanti e le società che: a) abbiano al 31 dicembre 2012 il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio che il comune abbia dovuto ripianare.

La sola, vera, difficoltà interpretativa risiede nella clausola di salvezza secondo cui "fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29 della legge 24 dicembre 2007, n. 244" che non si integra in modo pacifico nel portato normativo introdotto con il generale divieto di costituire società per i comuni con meno di 30.000 abitanti.

In un primo momento la dottrina e la giurisprudenza contabile si sono orientate nel senso di ritenere comunque possibile per i piccoli comuni la costituzione di nuove società nel caso in cui queste fossero rivolte al

³²³ In questo senso Corte conti, sez. reg. controllo Emilia Romagna, n. 9/2012/PAR, in http://www.corteconti.it/banche_dati.

³²⁴ I comuni con popolazione tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società.

perseguimento di finalità d'interesse generale o se realmente strumentali rispetto alle loro funzioni istituzionali³²⁵. In seguito, però, valorizzando la riflessione secondo cui le due norme operano su piani diversi, l'orientamento è radicalmente cambiato.

La norma della finanziaria per il 2008 opera, infatti, sul piano delle finalità che l'ente può raggiungere mediante lo strumento societario; di contro, l'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78 del 2010 opera sul piano numerico, posto che individua dei limiti legati alla densità demografica degli enti locali³²⁶. Devono, quindi, essere rispettati i requisiti previsti da entrambe le norme affinché sia possibile mantenere partecipazioni societarie o costituire nuove società.

Conseguentemente, i comuni al di sotto dei limiti dimensionali stabiliti non possono servirsi dello strumento societario, a prescindere dal tipo di attività svolta e, dunque, il divieto opera anche nel caso in cui sia rispettato il principio generale sancito dall'art. 3, commi 27 e ss. e si tratti di società aventi ad oggetto la produzione di beni e di servizi necessari per il perseguimento delle proprie finalità o la produzione di servizi d'interesse generale³²⁷.

³²⁵ In dottrina si segnala G. BASSI, *Servizi pubblici locali e società di gestione*, cit., p. 399; in giurisprudenza Corte conti, sez. reg. controllo, Puglia, n. 103/2009/PAR e n. 76/2010/PAR, in http://www.corteconti.it/banche_dati.

³²⁶ Cfr. Corte conti, sez. reg. controllo, Lombardia, n. 861/2010/PAR e n. 952/2010/PAR; Corte conti, sez. reg. controllo, Liguria, n. 166/2010/PAR, in http://www.corteconti.it/banche_dati.

³²⁷ In questo senso Corte conti, sez. reg. controllo, Piemonte, n. 92/2010/PAR e Corte conti, sez. reg. controllo, Emilia Romagna, n. 9/2010/PAR, cit.. Si tenga presente, inoltre che nel caso di società strumentali i comuni con più di 30.000 abitanti dovranno comunque rispettare quanto previsto dall'art. 4, commi 7 e 8 della legge 6 luglio 2012, n. 95, secondo cui l'acquisizione di beni e servizi strumentali avviene con gare ad evidenza pubblica mentre l'affidamento diretto, secondo lo schema dell'*in house providing*, può essere utilizzato, dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, comma 27, del d.l. n. 178 del 2012, anche se

Per quel che in questa sede maggiormente rileva si può allora concludere che oltre ai vincoli previsti dalla normativa strettamente pro concorrenziale di matrice comunitaria, gli enti locali possono servirsi di società *in house* o miste per la gestione dei servizi pubblici locali solo nel rispetto degli ulteriori requisiti finalistici e dimensionali di cui si è detto. In più, si tenga presente che le norme poc'anzi analizzate non sono state travolte dalla pronuncia di illegittimità costituzionale che ha colpito l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 e, conseguentemente, costituiscono ancor oggi un limite assai stringente rispetto alla più permissiva disciplina comunitaria in materia di affidamento dei servizi pubblici locali.

2.11 – La disciplina attualmente vigente presenta lacune che possono essere colmate con l'interpretazione del diritto comunitario, in una prospettiva evolutiva.

Già si è detto come la Corte costituzionale, con la sentenza n. 199 del 2012, abbia in un sol cenno fatto venir meno la disciplina organica e generale sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011. La disciplina attualmente vigente, pertanto, va rinvenuta in una pluralità di fonti: da un lato il diritto comunitario, con i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione, le direttive di settore e gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia; dall'altro tutta una serie di atti legislativi interni che non sono stati colpiti dalla scure del giudice delle leggi.

Partiamo da una rapida ricognizione della normativa da ultimo citata. Restano in vigore alcune norme contenute nell'articolo 25 della legge n. 27 del 2012, tra cui rileva in particolare il comma 4, che riconfigura il ciclo

il valore dell'affidamento supera i 200.000 euro annui (prima di questa novella oltre il limite predetto non era possibile ricorrere all'affidamento *in house*).

integrato dei rifiuti e lascia la possibilità di separare l'attività di raccolta e trasporto da quella di smaltimento. Viene specificato che nell'affidamento del servizio si può ancora prevedere la realizzazione degli impianti di smaltimento ma, al contrario di prima, questo contenuto diviene solo eventuale. Ciò che resta obbligatorio nel servizio da affidare riguarda esclusivamente la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e/o recupero dei rifiuti. La previsione in parola, separando lo smaltimento (con i suoi costi difficilmente sostenibili da piccole imprese) dall'attività di raccolta e trasporto consente ad un maggior numero di operatori di essere competitivi in vista dell'affidamento del servizio, evitando che le imprese che possono vantare la disponibilità degli impianti – anche per mezzo di società controllate o legate da rapporti infra gruppo – possano essere favorite oltre misura, con grave danno per la concorrenzialità del settore.

Proseguendo nella ricognizione, rimane in vigore ciò che resta dell'articolo 113 del d. lgs. n. 267 del 2000 e, in particolare le norme poste a tutela della proprietà pubblica degli impianti o la norma sulla necessità del contratto di servizio per la regolamentazione dei rapporti tra ente affidante e gestore.

Nessuna modifica, poi, hanno subito le discipline di settore relative alla gestione delle farmacie, alla distribuzione di energia elettrica, al trasporto ferroviario regionale e quella inerente la regolamentazione delle gare per il servizio di distribuzione del gas naturale.

Ciò che manca è una disciplina generale, applicabile a tutti i servizi pubblici locali come voleva esserlo l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011. Naturalmente, però, è facile replicare che una disciplina generale è comunque ricavabile dalla normativa comunitaria e, nei paragrafi precedenti, abbiamo avuto modo di precisare quale sia questa disciplina,

rilevando, peraltro, la sua minore incisività, in termini di obbligo ad aprire il settore servizi alla libera concorrenza, rispetto a quella previgente.

Tuttavia, quel che ora si vuol evidenziare è la possibilità di recuperare attraverso l'esegesi dell'art. 106 TFUE l'aspetto maggiormente qualificante della recente riforma troppo presto venuta meno: il *favor* per la liberalizzazione e per la concorrenza *nel* mercato, rispetto alla più blanda forma di concorrenza *per* il mercato.

La fondamentale disposizione comunitaria, già ampiamente analizzata nella prima parte di questo capitolo, ci ricorda che solo la peculiare missione d'interesse generale affidata dall'autorità pubblica ad una certa impresa giustifica una deroga al regime di parità di trattamento tra gli operatori economici e, in generale, alle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato. Orbene, ad avviso di chi scrive, se fosse possibile individuare settori economici in cui il servizio pubblico può essere garantito dalla libera iniziativa delle imprese che vi operano in regime di concorrenza, non solo sarebbe possibile, ma anche doveroso escludere qualsiasi attribuzione di diritti speciali o d'esclusiva a favore di uno specifico operatore. In quest'ottica, se la garanzia dell'universalità e dell'accessibilità può essere raggiunta con la predisposizione di puntuali obblighi di servizio pubblico che tutte le imprese devono rispettare se vogliono svolgere un'attività assunta al rango di servizio pubblico locale, si porrebbe in contrasto con il diritto comunitario una scelta più regressiva, di minore apertura al mercato, consistente nell'attribuzione di un diritto d'esclusiva attraverso l'esperimento di una gara ad evidenza pubblica. In altre parole, se il servizio è gestibile in forma imprenditoriale ed è possibile garantire, mediante misure di regolazione, la compatibilità di questa forma di gestione con le insopprimibili caratteristiche di universalità e accessibilità, non sono più immaginabili diritti d'esclusiva. E ciò nemmeno

se sia la legge a prevederli perché, come ha rilevato autorevole dottrina, *“la normativa comunitaria ha determinato una vera e propria “rottura” della Costituzione italiana prevalendo sull’art. 43 Cost. e perciò sui possibili monopoli determinabili dalla legge attraverso riserve originarie di attività”*³²⁸.

In sintesi, dunque, l’amministrazione deve favorire necessariamente l’erogazione del servizio attraverso il dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali e, per far ciò, l’obiettivo dell’azione pubblica deve spostarsi nell’individuazione di una sintesi equilibrata ed armonica tra libertà d’iniziativa economica e diritti sociali sottesi alla pubblicità del servizio.

Il metodo per conseguire questo ambizioso risultato va rintracciato in una duplice operazione. In primo luogo si deve procedere ad una puntuale individuazione dei bisogni della comunità e sulla base di essi condurre un’indagine in ordine alle forze economiche presenti nel mercato per capire se siano in grado di dare una risposta adeguata alla domanda di servizi. Successivamente, in caso di esito positivo, ricorrere ad una regolamentazione del regime liberalizzato attraverso una serie di regole volte a disciplinare e, per certi versi, indirizzare la libera iniziativa economica in modo che siano garantite le esigenze di universalità e accessibilità delle prestazioni. In sostanza, un *modus operandi* non molto dissimile da quello delineato dall’art. 4 del d.l. n. 138 del 2011. Non a caso, il legislatore ha confermato l’impostazione di chi scrive nel recentissimo d.l. n. 179 del 2012, convertito con modificazioni in legge 17 dicembre 2012, n. 221, dove, all’art. 34, comma 20, si prevede 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, pubblicata sul sito internet dell’ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti*

³²⁸ Così F. MERUSI, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 317.

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"³²⁹. Le modalità di affidamento cui gli enti locali possono ricorrere rimangono, pertanto, quelle indicate dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria e la legittimità della scelta tra le opzioni disponibili dipende direttamente dal rispetto dei limiti e delle condizioni formulati anch'essi in sede europea e, in massima parte, dalle pronunce della Corte di giustizia. Della sussistenza di tali presupposti gli enti affidanti dovranno puntualmente dar conto in un'apposita relazione prodromica all'affidamento³³⁰.

Chiaramente, in questo contesto di generale favore per le liberalizzazioni, un ruolo centrale va attribuito alla funzione regolatoria e, d'altro canto, non potrebbe essere altrimenti dato che, in assenza di vincoli di rilevanza pubblicistica, si sarebbe in presenza di una qualsiasi attività economica, indistinguibile qualitativamente dal servizio pubblico che si vuol garantire alla collettività. Si tratta di una funzione che, sul piano soggettivo, spetta di diritto alla mano pubblica, all'ente locale in prima battuta ma, a mio avviso, sarebbe auspicabile anche la creazione di autorità di settore, nell'ottica di una maggiore omogeneizzazione del livello qualitativo dei servizi. Sul piano tecnico operativo, invece, la regolazione si caratterizza per la

³²⁹ Come già si è ricordato nella nota n. 253, il legislatore della novella ha introdotto al comma 23 anche la previsione secondo cui *"le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1"* dell'art. 3-bis del d.l. n. 138 del 2011.

³³⁰ La relazione in parola costituisce un elemento di trasparenza nell'azione amministrativa e consente a tutti i soggetti interessati ad ottenere l'affidamento di verificare l'effettiva sussistenza delle condizioni idonee a giustificare la scelta dell'ente locale.

necessità di contemperare la massimizzazione dell'efficienza economica e la migliore efficienza distributiva³³¹, intesa in termini di soddisfazione degli interessi aventi rilevanza sociale degli utenti. Una funzione, quindi, che al pari di tutti gli interventi pubblici in materia economica, deve ispirarsi al principio di proporzionalità necessaria.

In conclusione, si può dire che il diritto comunitario, indipendentemente da ciò che dice o non dice in questo momento la disciplina nazionale, impone di valorizzare la concorrenza perché rappresenta il principale strumento per assicurare la corretta allocazione delle risorse nel mercato e per stimolare l'innovazione e gli investimenti che consentono di migliorare la qualità dell'offerta e di produrre effetti positivi a valle in termini di diminuzione delle tariffe. Perché, in definitiva, l'assicurazione della concorrenza nel mercato diviene *“volano dell'efficienza e della qualità del servizio, nell'interesse di tutti gli attori del sistema: amministrazioni, operatori e utenti”*³³².

³³¹ Cfr., sul punto, C. VIVIANI, R. SECONDO, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, in *Urb. e app.*, 2012, p. 47.

³³² Così C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge “crescita”: la produzione normativa non ha mai fine*, in *www.giustamm.it*, n. 7-2012.

CAPITOLO III: L'ATTIVITÀ CONTRATTUALE DELLA P.A. TRA INTERESSE PUBBLICO, TUTELA DELLA CONCORRENZA E DISCIPLINA PRIVATISTICA.

3.1 – La p.a. persegue e tutela interessi propri facendo uso della capacità giuridica di diritto privato che, tuttavia, è condizionata dalla funzionalizzazione di ogni attività dell'amministrazione alla cura dell'interesse pubblico. Presentazione del campo d'indagine, metodi e obiettivi.

Come già si è avuto modo di ricordare, la pubblica amministrazione gode di un'ormai riconosciuta autonomia negoziale, il cui fondamento può essere rinvenuto nell'art. 1-*bis* della legge n. 241 del 1990³³³.

Tralasciando in questa sede le numerose interpretazioni che a questa norma sono state attribuite³³⁴, possiamo affermare che non è più in discussione la possibilità che la p.a. si serva degli strumenti privatistici, anche in alternativa all'esercizio del potere che le è proprio. La norma, infatti, non si riferisce soltanto all'attività privata dell'amministrazione ma

³³³ La norma stabilisce che *“la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”*. L'affermazione di per sé non è innovativa ma si limita a riconoscere in modo più esplicito la capacità giuridica di diritto privato della p.a. e la sua *potestas contrahendi*, prima riconducibili all'art. 11 del codice civile.

³³⁴ Il maggior problema interpretativo riguarda il concetto di *“atti non autoritativi”*. Secondo una prima impostazione (sostenuta in particolare da G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, p. 71 ss.), rientrerebbero in questa categoria gli atti che non sono espressione dell'esercizio del potere amministrativo e, dunque, i contratti, gli atti incidenti su rapporti già assoggettati al diritto privato (ad esempio in materia di pubblico impiego privatizzato) e gli atti della c.d. evidenza pubblica, ad eccezione degli aspetti espressamente disciplinati dal diritto pubblico. Secondo altra impostazione, invece, sarebbero non autoritativi gli atti che non incidono in modo unilaterale nella sfera giuridica altrui ma che spiegano i propri effetti in virtù del consenso espresso dal privato (così L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, II, p. 353 ss.).

anche (e soprattutto) all'attività amministrativa svolta con strumenti di diritto comune, esprimendo così una chiara preferenza per modelli operativi meno invasivi della sfera giuridica dei privati³³⁵. Da un lato, dunque, si codifica la soggezione della p.a. alle norme privatistiche nell'esercizio di attività non provvedimentale e, dall'altro, si ammette che la stessa attività provvedimentale possa essere sostituita da attività di diritto comune, sancendo così il superamento dell'orientamento tradizionale che la riteneva inidonea al perseguimento di finalità pubblicistiche³³⁶.

Conseguenza logica della scelta in favore dello strumento privatistico dovrebbe essere la completa soggezione ai canoni del diritto comune e l'abbandono di quella posizione di privilegio o superiorità connessa all'*agere* tipicamente provvedimentale e autoritativo in senso stretto³³⁷. Tuttavia rimane il fatto che la riconosciuta autonomia negoziale della p.a. deve necessariamente conformarsi ai vincoli derivanti dalla soggettività pubblica. Ogni attività posta in essere dall'amministrazione, sia essa di tipo provvedimentale o negoziale, deve infatti sempre e comunque declinarsi nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità e di tutela del terzo. Si tratta, pertanto, di una autonomia ontologicamente limitata in quanto *"i fini dell'agire sono sempre e necessariamente predeterminanti dalla legge, non sono disponibili e devono essere perseguiti secondo canoni di doverosità e di continuità,*

³³⁵ Per un approfondimento si rimanda a S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, c. 1-bis della legge 11 febbraio 2005 n. 15*, in P. STANZIONE, A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, p. 113 ss.; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5-2012, p. 481 ss.

³³⁶ Sul concetto di attività amministrativa di diritto privato si legga A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 1 ss..

³³⁷ In questo senso L. MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

senza discriminazioni e senza che il ricorso al negozio giuridico possa surrettiziamente limitare il diritto di azione dei terzi a tutela degli interessi legittimi”³³⁸. Volgendo, quindi, lo sguardo al fenomeno dell’attività contrattuale, si può dire senza tema di smentita che lo strumento negoziale riveste certamente carattere generale nell’ambito della complessa attività dell’amministrazione ma può essere utilizzato solo compatibilmente con il perseguimento del fine pubblico che dovrebbe essere sotteso alla scelta di servirsene. Così come il provvedimento deve soddisfare il fine corrispondente alla causa del potere in virtù del quale viene adottato, anche il contratto deve rappresentare la risposta, sia pur non autoritativa, alla necessità di soddisfare un interesse di rilevanza pubblicistica rientrante nel novero di quelli affidati alla cura dell’amministrazione che lo conclude. Ne consegue, pertanto, che l’utilizzo del diritto privato costituisce una rinuncia alla funzione, intesa come modalità autoritativa di perseguimento dell’interesse pubblico, ma non una rinuncia a quanto autorevolissima dottrina ha definito l’agire funzionale, inteso come necessario perseguimento degli scopi istituzionali della p.a.³³⁹.

Già da queste poche battute iniziano a delinearci i contorni delle due anime che connotano l’attività negoziale della p.a..

Innanzitutto, l’amministrazione dismette i panni di autorità e dialoga con i vari operatori di mercato con il linguaggio giuridico tipico del mercato rappresentato dalla disciplina privatistica. Questa scelta dà conto del profondo cambiamento del rapporto tra amministrazione ed amministrati, non più in termini di puro rapporto di superiorità e privilegio ma anche, e soprattutto, di dialogo e partecipazione. Inoltre, l’adozione dello strumento

³³⁸ Così L. MONTEFERRANTE, *ult. op. cit.*.

³³⁹ Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p.118.

privatistico si dimostra particolarmente idoneo all'attuazione dei principi di efficacia, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, anche più del modello autoritativo – procedimentale, specialmente quando si abbia di mira l'instaurarsi di un rapporto sinallagmatico o genericamente contrattuale e non si debbano adottare decisioni tipicamente provvedimentali in cui l'interesse pubblico può e deve prevalere sull'interesse del privato. In sostanza, laddove il rapporto instaurando non sia condizionato pubblicisticamente al punto da imporre il sacrificio della sfera giuridica dell'interlocutore privato, il *modus operandi* maggiormente efficiente ed efficace (e dunque coerente con i principi dell'azione amministrativa) non può essere quello tipicamente provvedimentale ma, piuttosto, quello delineato dalla disciplina dei rapporti contrattuali, in cui le parti definiscono i rispettivi diritti ed obblighi su un piano di parità.

Per altro verso, la pubblica amministrazione, anche quando agisce nell'ambito di rapporti privatistici, svolge sì un'attività funzionale al perseguimento dei propri interessi ma, a differenza di quanto accade per qualsiasi altro operatore di mercato, tale attività non è espressione di un diritto di libertà e, nello specifico, non è libera nel fine. Come noto, infatti, le finalità dell'*agere* pubblicistico sono predeterminate, imposte dalla legge, secondo i canoni del principio di legalità applicato all'amministrazione, e tale evenienza rende l'attività contrattuale funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico, al pari dell'attività autoritativa e provvedimentale.

L'interesse concreto che spinge qualsiasi p.a. a stipulare un contratto consiste nell'ottenere la prestazione oggetto del futuro rapporto sinallagmatico. Tale interesse, tuttavia, pur essendo equivalente nella sostanza a quello di un qualsiasi contraente privato che voglia ottenere la stessa utilità, può essere legittimamente perseguito dalla p.a. solo laddove possa dirsi strumentale rispetto all'interesse pubblico che istituzionalmente

l'ente in questione è tenuto a soddisfare in base alle norme che disciplinano le finalità della sua azione.

Di qui le ragioni di una specialità riconoscibile nella peculiare posizione dell'amministrazione e, conseguentemente, nella disciplina applicabile di diritto comune che, proprio in ragione della tensione pubblicistica sottostante al dispiegarsi della capacità negoziale, subisce alcune deroghe e alcuni adattamenti.

Una prima anomalia rispetto alla normale libertà che connota l'utilizzo degli istituti privatistici, e che è in grado di condizionare la legittimità dell'azione amministrativa, può essere individuata nell'obbligo per la p.a. di manifestare le ragioni di pubblico interesse che la spingono verso l'utilizzo dello strumento contrattuale indicando, in particolare, gli elementi in base ai quali lo ritiene maggiormente funzionale rispetto all'*agere* provvedimento³⁴⁰. Non a caso, infatti, per soddisfare questa esigenza motivazionale, la procedura ad evidenza pubblica che precede la stipula del contratto è a sua volta preceduta da una deliberazione a contrarre la cui funzione precipua si rinviene nell'esplicitazione delle ragioni che inducono la p.a. a servirsi del contratto e dell'autonomia negoziale piuttosto che far uso degli strumenti autoritativi che le sono propri in quanto soggetto pubblico.

³⁴⁰ Così F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, cit., p. 2451, in cui si rileva come questa esigenza di motivare la scelta in favore del contratto risponda alla stessa logica che ispira l'obbligo per la p.a. di adottare una determinazione unilaterale che spieghi le ragioni della scelta del modello consensuale laddove sia in procinto di concludere un accordo *ex art. 11* della legge n. 241 del 1990. In entrambi i casi infatti, anche volendo trascurare la questione circa la natura privatistica o pubblicistica degli accordi, l'amministrazione opterebbe per un modello d'azione che la priva di quella posizione di privilegio che, almeno in teoria, potrebbe garantire la maggiore soddisfazione dell'interesse (pubblico) che è istituzionalmente chiamata a curare. Di qui la necessità di una puntuale motivazione in ordine alla scelta compiuta e agli elementi che rendono il contratto, piuttosto che l'accordo, una soluzione maggiormente efficace.

Le maggiori anomalie, tuttavia, si devono rinvenire sul piano della disciplina sostanziale del rapporto contrattuale che, per lungo tempo, ha contemplato delle sensibili differenze rispetto a quella comunemente applicabile ai rapporti tra privati, in ragione della presenza del soggetto pubblico, portatore di altrettanto pubblici interessi, in qualità di parte stipulante. Basti pensare al fatto che solo negli ultimi anni sono stati superati gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali secondo cui non sarebbe applicabile alla p.a. la disciplina dettata dall'art. 1341 c.c. in materia di clausole vessatorie³⁴¹ e quello secondo cui non sarebbero configurabili né la mora della p.a. né la conseguente risoluzione per inadempimento dei contratti sinallagmatici aventi ad oggetto somme di denaro che l'amministrazione non ha erogato a causa del mancato perfezionamento del procedimento amministrativo prodromico ad ogni pagamento. In relazione a quest'ultimo profilo, si riteneva, infatti, che prima della conclusione del procedimento, disciplinato dalle norme sulla contabilità dello Stato, la p.a. non potesse essere messa in mora e qualificata inadempiente. Solo di recente questa posizione è stata superata da un *revirement* giurisprudenziale³⁴² che ha ridimensionato l'importanza e il rilievo sul piano dell'opponibilità al creditore delle problematiche connesse all'emissione del mandato di pagamento, qualificandole come *interna corporis* incapaci di incidere in senso derogatorio rispetto alle comuni regole sulla responsabilità contrattuale.

Parimenti devono ritenersi una conquista recente la possibilità per il privato di ottenere l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*

³⁴¹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1 marzo 2006, n. 1003, in *Corr. giur.*, 2006, n. 6, p. 774; *contra* Cass. civ., sez. I, 26 settembre 2007, n. 19949, in *Giust. civ., Mass.*, 2007, p. 9.

³⁴² Cfr. Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2010, n. 1097, in *Guida al diritto*, 2010, n. 7, p. 63.

dell'obbligo di addivenire alla stipula del contratto definitivo e la configurabilità di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione.

Il caso della responsabilità precontrattuale, in particolare, sarà oggetto di puntuale disamina nelle pagine che seguono perché permette di rilevare con plastica evidenza la stretta interconnessione tra prerogative pubblicistiche (si pensi alla revoca degli atti di gara) e istituti civilistici preposti alla tutela della controparte negoziale. Il fatto che la giurisprudenza abbia ormai consolidato il proprio orientamento in senso favorevole alla sussistenza in capo alla p.a. dell'obbligo di buona fede nelle trattative non elimina, infatti, tutte le differenze con analoghe fattispecie che vedono protagonisti esclusivamente soggetti privati. Quando è la p.a. a contrattare, i concetti di buona fede e correttezza si devono confrontare con il particolare *modus operandi* dell'amministrazione e, in particolare, con la possibilità ad essa assegnata dall'ordinamento di revocare per ragioni di interesse pubblico gli atti adottati in vista della stipula di un accordo negoziale. Si dovrà, allora, chiarire quando ed entro quali limiti potrà essere utilizzato lo strumento pubblicistico senza violare i canoni civilistici che presidiano la responsabilità precontrattuale, soffermandosi, poi, sui riflessi in tema di tutela del privato, lesa nel suo legittimo affidamento.

D'altro canto, questa tensione latente tra interessi pubblici, che vengono in rilievo in ogni manifestazione di volontà da parte dell'amministrazione, e rapporto necessariamente paritario tra le parti in ambito negoziale, emerge persino nelle peculiari modalità secondo cui la p.a. svolge le trattative che precedono la stipula di un contratto.

Salvo alcune residuali ipotesi³⁴³, la p.a. conduce quelle che tra privati vengono definite trattative mediante l'utilizzo della procedura ad evidenza pubblica. Si tratta di un modello procedimentale che segna la formazione

³⁴³ Si pensi ai casi eccezionali in cui è consentito il ricorso alla trattativa privata.

della volontà dell'amministrazione secondo precise scansioni logico – temporali³⁴⁴ e i cui adempimenti garantiscono il rispetto dei canoni cui è sottoposta l'attività amministrativa. Essa vuol dare risposta ad una duplice esigenza. Da un lato quella di adattare il linguaggio provvedimentale della p.a. agli schemi della contrattazione, intesa come attività di scelta della controparte e di definizione dell'oggetto dell'accordo negoziale; dall'altro, quella di garantire rigore, trasparenza, imparzialità e riduzione della discrezionalità nella scelta del contraente privato, stante l'obbligo per la p.a. di assicurare la massima concorrenzialità nell'offerta e la parità delle *chances* competitive agli operatori economici interessati a concludere il contratto.

In tempi non troppo lontani, tutta la procedura ad evidenza pubblica veniva considerata esclusivamente come uno strumento in grado di garantire all'amministrazione la selezione del miglior contraente possibile e, in generale, il conseguimento della miglior prestazione alle migliori condizioni economiche. Oggi, tuttavia, questa impostazione ha finito per

³⁴⁴ La procedura, in estrema sintesi, ha inizio con la delibera a contrarre, mediante la quale l'amministrazione enuclea l'oggetto del futuro contratto o le sue clausole essenziali, lo scopo da perseguire e le modalità attraverso cui realizzarlo. In alternativa la procedura può avere inizio con la predisposizione di un progetto di contratto e, in ogni caso, sia la delibera sia il progetto devono conformarsi ai c.d. capitoli d'onere generali e speciali, predisposti dalle p.a. per tutti i contratti di un certo tipo o per il singolo rapporto contrattuale. La seconda fase è quella della scelta del contraente che può avvenire con vari sistemi: l'asta pubblica, la licitazione privata, la trattativa privata (senza gara) e l'appalto concorso. Viene dunque pubblicato il bando di gara, cui seguono la presentazione delle offerte, la loro valutazione da parte della stazione appaltante (secondo i criteri predeterminati nel bando), la scelta della migliore e, infine, l'aggiudicazione. Individuato così il contraente, segue la stipula del contratto che, tuttavia, rimane inefficace sino alla conclusione dei controlli di regolarità amministrativa e contabile. Superata la fase di controllo, il decreto di approvazione è inviato alla Ragioneria generale dello Stato per l'impegno di spesa e, nei casi previsti dalla legge, anche alla Corte dei conti per il visto e la registrazione.

lasciare spazio ad una valutazione più ampia degli interessi coinvolti, dando il giusto rilievo anche alla posizione di chi si trova a contrattare con l'amministrazione. È il diritto comunitario che ha fornito il germe di questa rinnovata impostazione e, nello specifico, esso va individuato nelle libertà fondamentali che sostengono l'intera costruzione dei trattati comunitari e che, in materia di contratti pubblici, si condensano nell'ormai noto principio di tutela della concorrenza. La procedura ad evidenza pubblica, pertanto, è sì lo strumento mediante il quale l'amministrazione forma la propria volontà negoziale e persegue il proprio interesse a concludere un contratto a condizioni vantaggiose (anche in relazione all'interesse pubblico sotteso alla scelta di addivenire alla stipula) ma, nel contempo, è strumento di garanzia per il mercato nel quale la p.a. svolge indiscutibilmente un ruolo da protagonista, non foss'altro per l'incidenza delle commesse pubbliche sul PIL nazionale³⁴⁵. In questo scenario, dove la p.a. si trova ad essere un operatore dominante, in grado di immettere nel circuito economico ingentissime risorse, è evidente che si imponga la necessità di limitare la discrezionalità e la libertà negoziale del soggetto pubblico; pena il sacrificio degli equilibri del mercato e delle dinamiche competitive che costituiscono il volano per la crescita economica.

Si capisce, quindi, come muti il profilo funzionale dell'evidenza pubblica; da disciplina avente l'obiettivo di salvaguardare gli interessi propri dell'amministrazione a regolamentazione che protegge anche l'interesse

³⁴⁵ Cfr. M. CLARICH, L. FIORENTINO, *Appalti e concessioni: regole e prassi del mercato*, Relazione al Convegno su "Appalti pubblici e concorrenza", Vicenza, 17-18 marzo 2006, pubblicato in *www.astrid-online.it*, in cui si rileva che in Italia il mercato del *public procurement* ha corrisposto tra il 1995 e il 2003 al 12,3% del PIL e nel 2003 è stato stimato in 159 miliardi di euro.

delle imprese³⁴⁶ che, per certi versi, può ritenersi parte integrante del più ampio concetto di interesse pubblico, rivisto alla luce dei principi comunitari. Questo cambio di prospettiva, come si avrà modo di verificare nelle pagine che seguono, produce delle indubbe ripercussioni sul modo di intendere il rapporto tra gli atti della procedura ad evidenza pubblica (in particolare nel caso di una loro revoca o di un loro annullamento) e la successiva fase strettamente negoziale.

Ecco allora che inizia a delinearsi il perché di questa analisi sull'attività contrattuale della p.a. che, evidentemente, non può e non vuole essere né una descrizione delle procedure di gara, né una completa rappresentazione delle numerose problematiche interpretative che hanno per oggetto i vari istituti disciplinati dal codice dei contratti.

Ciò che si vuole analizzare sono fondamentalmente due tematiche strettamente connesse al ruolo dell'amministrazione nel mercato. La prima riguarda il condizionamento dell'*agere* pubblicistico – ispirato da logiche di tutela dell'interesse pubblico – sugli istituti e sulla disciplina di diritto comune applicabile all'attività negoziale tra privati. La seconda riguarda il pericolo di una possibile alterazione dell'assetto concorrenziale del mercato attraverso meccanismi elusivi delle procedure ad evidenza pubblica.

Naturalmente, consapevoli che l'analisi in questione meriterebbe una trattazione monografica, si ritiene di prendere in considerazione solo i casi che presentano le maggiori criticità in ordine alla peculiare posizione della p.a. nei rapporti contrattuali, ad un tempo operatore di mercato, portatrice

³⁴⁶ Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 589, in cui si richiama Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, ove si afferma il “definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica (dell'evidenza pubblica), che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale”.

dell'interesse pubblico e destinataria di precisi obblighi in funzione della garanzia delle libertà economiche comunitarie.

3.2 – La responsabilità precontrattuale della p.a. come risposta alle esigenze di tutela dell'affidamento del terzo a fronte dell'esercizio di prerogative pubblicistiche che incidono sull'attività negoziale.

Le parti che intendono stipulare un contratto, normalmente, pervengono ad un accordo al termine di trattative che devono svolgersi secondo buona fede così come previsto dall'art. 1337 c.c., pena il risarcimento del danno da illecito precontrattuale³⁴⁷. Se questo è vero, come è vero, nell'ambito delle contrattazioni tra privati, la tematica della responsabilità precontrattuale si arricchisce di notevoli complicazioni nel momento in cui una delle due parti sia la pubblica amministrazione.

Per lungo tempo è stata persino negata la possibilità sul piano ontologico di riconoscere in capo al soggetto pubblico una responsabilità per *culpa in contrahendo*. Si sosteneva, infatti, che sebbene nell'ambito dell'attività contrattuale la p.a. agisse con gli strumenti del diritto privato, nella sua condotta non si sarebbero potuti riscontrare gli estremi della responsabilità precontrattuale in ragione della sua preordinazione alla cura dell'interesse pubblico e della sua connotazione in termini di discrezionalità, con conseguente impossibilità di sindacato da parte del giudice ordinario³⁴⁸. In

³⁴⁷ Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 875.

³⁴⁸ In questo senso F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 1033, in cui si rileva che secondo questa impostazione risalente "un giudizio di slealtà o di malafede, qual è quello postulato dagli artt. 1337 e 1338 del codice civile, non potrebbe essere formulato nei confronti dell'amministrazione, implicando un sindacato di merito dell'attività compiuta". Autorevole dottrina, peraltro, aveva avuto modo di rilevare come la discrezionalità non poteva costituire un ostacolo o un limite al dovere di agire secondo buona fede; al contrario, era quest'ultimo principio che doveva assurgere a limite della discrezionalità amministrativa (in questo senso M. NIGRO, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di*

più, si riteneva assai complicato anche inquadrare a livello teorico la fase di formazione della volontà del soggetto pubblico all'interno del concetto civilistico di "trattative", stante la rigida scansione dell'iter procedimentale ad evidenza pubblica che, prima dell'influsso proveniente dal diritto comunitario, veniva considerato un modello d'azione introdotto dalla legge nell'esclusivo interesse della p.a. e non certo a tutela dei privati potenziali contraenti. Di qui la necessaria qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive di questi ultimi in termini di interesse legittimo e la conseguente impossibilità di un qualsiasi ristoro economico nel caso in cui fossero state pregiudicate da comportamenti tenuti dall'amministrazione nell'ambito dei procedimenti preordinati alla stipula dei contratti, stante la regola generale (sostenuta da dottrina e giurisprudenza prima della nota sentenza della Cassazione n. 500 del 1999) dell'irrisarcibilità della lesione degli interessi legittimi. Paradigmatica, a questo proposito, è la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 9892 del 1993, secondo cui una responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di correttezza nelle trattative non sarebbe nemmeno configurabile, in relazione allo svolgimento del procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, posto che l'aspirante alla stipulazione sarebbe titolare di un mero interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta. Per questo motivo, secondo la Suprema Corte, difetterebbero in radice *"le condizioni strutturali per la configurabilità di trattative fra due soggetti e quindi di un diritto soggettivo dell'uno verso l'altro all'osservanza delle regole della buona fede"*³⁴⁹.

condizioni legali, in *Foro it.*, 1961, I, c. 462; M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, p. 279 ss.).

³⁴⁹ Così Cass. civ., sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892, in *Giust. civ., Mass.*, 1993, p. 1446. Nello stesso senso anche la più recente Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164, in *Giust. civ.*,

Dopo alcune parziali aperture giurisprudenziali che hanno ammesso la responsabilità precontrattuale almeno nei casi di trattativa privata³⁵⁰, si è progressivamente affermata anche l'idea che tale responsabilità sia ammissibile pur laddove la scelta del contraente privato sia maturata all'interno di un procedimento amministrativo e, dunque, in forza di un'attività pubblicisticamente connotata e rispetto alla quale il privato assumerebbe necessariamente una posizione recessiva.

Alla base di questo cambio di prospettiva si trova un nuovo modo di concepire il rapporto tra fase dell'evidenza pubblica e fase strettamente negoziale.

Laddove considerate come monadi del tutto inconciliabili, queste due realtà dell'azione amministrativa non potrebbero reciprocamente influenzarsi e, conseguentemente, nemmeno la disciplina privatistica che connota la fase negoziale, e che giustificerebbe un addebito in termini di responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione, potrebbe spiegare i propri effetti in relazione a comportamenti (potenzialmente lesivi dell'affidamento ingenerato nel futuro contraente) che si innestano nella fase pubblicistica.

Parte della dottrina³⁵¹, rifuggendo l'impostazione tradizionale, ha dato invece rilievo centrale ad un concetto ampio di trattativa, rinvenendone i tratti salienti anche nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica: il bando di gara sarebbe assimilabile ad un invito ad offrire, l'offerta ad una proposta e il provvedimento di aggiudicazione all'accettazione. Si tratta di

Mass., 2005, p. 9, che si riferisce all'ipotesi di violazione delle regole di buona fede nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica.

³⁵⁰ Il riferimento va, innanzi tutto, a Cass., sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 2034.

³⁵¹ Cfr. G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, 2001, p. 1734.

un'interpretazione suggestiva, non del tutto condivisibile laddove si sforza di sovrapporre acriticamente categorie civilistiche a segmenti procedimentali, ma certamente ha il merito di condurre l'interprete verso una ricostruzione del problema che tenga conto dell'intima connessione tra fase pubblicistica e fase negoziale.

A ben vedere, infatti, il procedimento ad evidenza pubblica non si colloca all'esterno delle trattative ma ne è parte integrante proprio perché esso rappresenta il linguaggio tipicamente pubblicistico con cui l'amministrazione normalmente si approccia all'attività contrattuale e che permette il progressivo formarsi della sua volontà negoziale. In quest'ottica, dunque, al privato già titolare dell'interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura di gara, si deve riconoscere anche la titolarità di un vero e proprio diritto soggettivo a che le trattative si svolgano secondo i canoni della correttezza e della buona fede³⁵². Non si tratta, in definitiva, di sovrapporre schemi privatistici a modelli procedimentali ma di riconoscere la duplice valenza, sul piano pubblicistico e su quello negoziale, dell'azione amministrativa. Sul piano pubblicistico il privato sarà titolare di meri interessi legittimi, su quello negoziale potrà invece vantare una posizione di affidamento giuridicamente rilevante in relazione ad atti che rilevano in quanto manifestazione del comportamento e della volontà del soggetto pubblico nel corso delle trattative. Alla duplicità delle posizioni soggettive si accompagnerà poi una doppia tutela giurisdizionale: l'azione costitutiva di annullamento (eventualmente accompagnata da quella risarcitoria) in caso di lesione dell'interesse legittimo e l'azione risarcitoria a titolo di

³⁵² In questo senso S. RUSCICA, *La responsabilità civile della stazione appaltante*, Milano, 2011, p. 7.

responsabilità precontrattuale in caso di comportamento contrario a buona fede.

Questa impostazione, con cui si sostiene la configurabilità della responsabilità precontrattuale in presenza di un procedimento ad evidenza pubblica prodromico alla stipula del contratto, è stata condivisa in tempi recenti anche dalla giurisprudenza amministrativa e, in particolare, dall'importante pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 6 del 2005³⁵³ che, in estrema sintesi, ha sancito l'obbligo della p.a. di rispettare non solo le regole dettate per la cura dell'interesse pubblico ma anche i principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c..

Principi la cui violazione, secondo i giudici di Palazzo Spada, assume significato e rilevanza *“solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi siano venuti meno e questi ultimi effetti si siano trasformati in affidamenti restati senza seguito”*. Secondo questa condivisibile linea interpretativa gli atti del procedimento ad evidenza pubblica, per il sol fatto di esistere e indipendentemente dalla circostanza che rispetto ad essi i partecipanti alla gara siano titolari di soli interessi legittimi, devono essere visti come fatti capaci di ingenerare un affidamento. Si capisce, allora, che al venir meno della loro forza provvedimentoale, ad esempio in caso di revoca o di annullamento d'ufficio prima della stipula del contratto, essi non abbiano certamente più rilievo sul piano pubblicistico ma, nel contempo, possano mantenere un rilievo su quello civilistico, alla stregua di comportamenti in virtù dei quali il potenziale contraente poteva legittimamente confidare nel buon esito della trattativa.

Pertanto, se la sequenza procedimentale (magari giunta sino al provvedimento di aggiudicazione) è in grado di ingenerare un tale affidamento e l'amministrazione non stipuli poi il contratto (magari in

³⁵³ Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro amm.* – *C.d.S.*, 2005, vol. 9, p. 2515.

ragione di un legittimo provvedimento di revoca dell'aggiudicazione) il soggetto privato potrà agire in giudizio per veder accertata la responsabilità precontrattuale della p.a., con ogni conseguenza in termini risarcitori. Naturalmente, l'azione potrà trovar successo solo nel caso in cui l'attività amministrativa, legittima in relazione alle norme di diritto pubblico, si sia tradotta sul piano fattuale – civilisticamente rilevante – in comportamenti scorretti nelle relazioni con i terzi nella fase prenegoziale. Comportamenti, dunque, contrari a correttezza e buona fede pur scaturendo da atti pienamente legittimi e che ci portano a considerare la responsabilità precontrattuale della p.a. come una responsabilità non tanto da atto illegittimo, quanto da comportamento illecito.

Sul piano sistematico, la possibilità di riconoscere gli estremi della responsabilità precontrattuale anche in relazione all'agire amministrativo rappresenta una necessaria forma di tutela per i soggetti privati che intendono stringere dei rapporti negoziali con la p.a.. Quest'ultima, infatti, dispone di strumenti e prerogative che, in ragione del fine primario consistente nella cura dell'interesse pubblico, le consentono di ritornare sulle proprie decisioni e di sottrarsi a vincoli giuridicamente rilevanti, che possono discendere da un provvedimento di aggiudicazione o dalla stipula di un contratto. Se non vi fosse la possibilità, dunque, di sanzionare sul piano civilistico quelli che, da un punto di vista teorico, sono il precipitato di una legittima azione amministrativa ma che, negli effetti, sono dei comportamenti contrari al dovere di buona fede, ogni possibile controparte contrattuale della p.a. si troverebbe in una posizione di incertezza, precarietà e scarsa tutela.

D'altro canto, si potrebbe sostenere che questa differenza nei rapporti prenegoziali e negoziali rispetto a quanto avviene nelle relazioni tra privati sarebbe giustificata dalla funzione pubblica che caratterizza l'agire

dell'amministrazione, indipendentemente dal modello pubblicistico o privatistico in cui è declinato. L'osservazione, tuttavia, non coglierebbe nel segno. Un conto, infatti, è l'agire in vista della miglior cura dell'interesse pubblico e rispetto al quale il privato non può che vantare interessi legittimi; altro, invece, è il complessivo comportamento del soggetto pubblico che, pur avendo bene amministrato, non ha adempiuto il dovere civilistico di agire da corretto contraente³⁵⁴. Nel caso in cui la p.a. decida di servirsi degli strumenti di diritto privato per soddisfare le proprie esigenze di rilevanza pubblicistica su di essa finiscono per gravare entrambi gli obblighi cui si è fatto cenno e, dunque, la legittimità della sua azione non può giustificare e rendere irrisarcibile la lesione dei doveri di correttezza e buona fede che gravano su qualsiasi contraente.

3.3 – Il rapporto tra revoca degli atti di gara e responsabilità precontrattuale sotto il profilo teorico e della tutela del soggetto privato.

Già si è detto di come la responsabilità precontrattuale della p.a. sia configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico nelle trattative o nelle relazioni con i terzi (anche nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica) abbia tenuto comportamenti contrastanti con i principi di correttezza e buona fede. Tra i casi maggiormente ricorrenti possiamo ricordare quello della rottura ingiustificata delle trattative – laddove siano giunte ad un punto tale da ingenerare nella controparte un ragionevole affidamento in

³⁵⁴ In questo senso A. LIBERATI, *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*, Padova, 2009, p. 190. Nello stesso senso anche M. DE PALMA, *La responsabilità nelle gare d'appalto*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di) *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Bologna, 2005, p. 1246, dove si richiama Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2003, n. 9366, in *Guida dir.*, 2003, fasc. 28, p. 54, che afferma esplicitamente come la responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi del partecipante alla gara sia del tutto indipendente da quella precontrattuale che dipende dalla violazione di regole di condotta che la stazione appaltante deve comunque osservare.

merito alla futura conclusione del contratto³⁵⁵ – e quello della mancata comunicazione alla controparte di cause di invalidità del contratto (si pensi all'ipotesi di contratto inefficace per non essere stato approvato dall'organo di controllo).

L'ipotesi che qui si vuol analizzare, tuttavia, riguarda la revoca degli atti di gara che, di fatto, rappresenta il modo in cui l'amministrazione è in grado di sottrarsi a vincoli prenegoziali (e negoziali) servendosi di uno strumento tipicamente pubblicistico.

Alla luce di quanto detto nelle pagine che precedono e, dunque, volendo valorizzare il duplice ruolo di buon amministratore e di buon contraente assunto dalla stazione appaltante, un eventuale provvedimento di revoca dell'aggiudicazione deve essere adeguatamente motivato, in particolare facendo riferimento non solo ai motivi di interesse pubblico che giustificano il ritiro dell'atto, ma anche alle posizioni consolidate e all'affidamento ingenerato nel destinatario dell'atto da revocare. Ovviamente, laddove la revoca dell'atto costituisca un vero e proprio dovere dell'amministrazione, che è tenuta a porre rimedio alle possibili lesioni dell'interesse pubblico derivanti dal perdurare dell'efficacia del provvedimento, l'obbligo di motivazione, secondo la giurisprudenza, potrebbe ritenersi assolto con la mera evidenziazione della obiettiva situazione presupposta, atteso che l'interesse all'adozione dell'atto sarebbe

³⁵⁵ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 233, in cui si fa l'esempio di un Comune che revochi la concessione del servizio di distribuzione del gas, deliberata a favore di una società privata, in ragione della migliore offerta pervenuta da altra ditta dopo aver sollecitato la concessionaria, nel corso delle trattative per la stipula della convenzione di attuazione della concessione, all'acquisto dell'area e alla costruzione degli impianti per lo svolgimento del servizio. Altri esempi, peraltro recentissimi, possono essere rinvenuti in Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2012, n. 2239, e T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. II, 23 maggio 2012, n. 502, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

“*in re ipsa*”³⁵⁶. In questo caso, le esigenze di rilevanza pubblicistica impedirebbero di considerare illegittimo il provvedimento assunto in via di autotutela, ma le conseguenze sul piano fattuale di tale scelta costituirebbero un elemento sicuramente valutabile sul piano della conseguente responsabilità precontrattuale dell’amministrazione nei confronti dell’incolpevole soggetto già beneficiario dell’atto.

A questo punto, però, per meglio comprendere il rapporto tra revoca e responsabilità precontrattuale appare opportuno prendere in considerazione le varie situazioni che possono ricorrere a fronte dell’esercizio da parte della p.a. del potere di autotutela, cui il legislatore (e la stessa giurisprudenza) riconnettono differenti discipline e conseguenze.

La giurisprudenza³⁵⁷ ci ricorda, infatti, che occorre distinguere tra:

- l’obbligo dell’amministrazione all’indennizzo, ex art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, per il caso di revoca del provvedimento amministrativo;
- il risarcimento del danno conseguente a constatata illegittimità del provvedimento di revoca, laddove venga accertata l’esistenza degli ulteriori presupposti di configurazione del danno risarcibile;
- il risarcimento del danno derivante da accertata responsabilità contrattuale, laddove la revoca del provvedimento giunga a determinare la caducazione del contratto già stipulato;
- il risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale della p.a. ex art. 1337 c.c..

³⁵⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2011 n. 283, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, vol. 1, p. 173; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2010 n. 2244, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, vol. 4, p. 839; nonché, soprattutto in relazione all’ampiezza dell’obbligo di motivazione, la recente Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662, in *Guida al diritto*, 2012, fasc. 13, p. 80.

³⁵⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662, in *Guida al diritto*, 2012, fasc. 13, p. 80.

Quanto alla prima ipotesi, ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, la revoca del provvedimento amministrativo determina l'obbligo per la p.a. di provvedere all'indennizzo dei soggetti direttamente interessati che abbiano subito un pregiudizio. La misura di tale indennizzo, nel caso di revoca di atti amministrativi incidenti su rapporti negoziali, è stata definita dallo stesso legislatore che l'ha parametrata *"al solo danno emergente"*, e tenendo conto *"sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico"*.

L'obbligo di indennizzo gravante sulla Pubblica Amministrazione, inoltre, *"non presuppone elementi di responsabilità della stessa, ma si fonda su valori puramente equitativi considerati dal legislatore, onde consentire il giusto bilanciamento tra il perseguimento dell'interesse pubblico attuale da parte dell'amministrazione e la sfera patrimoniale del destinatario (incolpevole) dell'atto di revoca, cui non possono essere addossati integralmente i conseguenti sacrifici"*³⁵⁸.

Ricorre, dunque, quella che ben può essere definita responsabilità della p.a. da atto lecito dannoso, cui segue l'erogazione di un indennizzo volto a coprire le spese eventualmente sostenute dal privato facendo affidamento sull'efficacia del provvedimento revocato ma che non deve confondersi con un obbligo risarcitorio, la cui fonte può essere rinvenuta in un fatto illecito ma non in un legittimo atto di revoca³⁵⁹.

³⁵⁸ *Ibidem.*

³⁵⁹ Nel giudizio per responsabilità da atti legittimi o leciti, il *petitum* è limitato al pregiudizio immediatamente subito, mentre nel giudizio risarcitorio esso si estende – fermi, ovviamente, i necessari presupposti probatori – a tutto il pregiudizio (danno emergente e lucro cessante), conseguente all'illegittima violazione della sfera giuridico – patrimoniale del soggetto leso.

Ciò premesso, rimane fuor di dubbio che la serie procedimentale interrotta dal provvedimento di revoca possa aver dato luogo a dei seri e legittimi affidamenti e che, complessivamente, il comportamento tenuto dalla p.a., sul piano strettamente negoziale, possa ritenersi contrario a buona fede. Si pensi, a titolo di esempio, ad una revoca disposta molto tempo dopo rispetto al momento in cui l'amministrazione sia venuta a conoscenza dei presupposti che avrebbero giustificato, e reso necessario, l'atto di autotutela.

Proprio in riferimento ad ipotesi di questo tipo la recente giurisprudenza³⁶⁰ ha affermato la piena configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a., rispetto alla quale non assume un rilievo determinante la legittimità o l'illegittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento, ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c..

Ciò premesso, e indipendentemente dal fatto che l'atto legittimo di revoca determini il sorgere dell'obbligo di indennizzo *ex art. 21-quinquies*, se nella sequenza procedimentale (ormai priva della sua *vis* autoritativa) possono essere ravvisati gli estremi di un comportamento contrario a buona fede, all'obbligo indennitario potrà accompagnarsi anche quello risarcitorio, in funzione di una piena tutela della sfera giuridico – patrimoniale del privato. Rimane da capire, piuttosto, in cosa si differenzi questo risarcimento dall'indennizzo conseguente alla revoca.

La dottrina civilistica, a questo proposito, ci insegna che la responsabilità precontrattuale comporta l'obbligo di risarcimento del danno nei limiti del

³⁶⁰ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, fasc. 11, p. 2358.

cd. interesse negativo, e cioè dell'interesse del soggetto a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale. Il danno risarcibile, pertanto, "consiste nel pregiudizio che il soggetto subisce per avere inutilmente confidato nella conclusione e nella validità del contratto o per avere stipulato un contratto che senza l'altrui ingerenza non avrebbe stipulato o avrebbe stipulato a condizioni diverse"³⁶¹.

Ne consegue che, nel caso di mancata conclusione del contratto, il soggetto leso avrà diritto al risarcimento del danno rappresentato dalle spese inutilmente sostenute, e dalla perdita di favorevoli occasioni contrattuali, cioè di ulteriori possibilità vantaggiose sfuggite al contraente a causa della trattativa inutilmente intercorsa³⁶². A tali voci, poi, sembra corretto aggiungere anche il cd. "danno curriculare", cioè quel danno consistente nell'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito³⁶³. Naturalmente, tale voce di danno potrà essere presa in considerazione solamente nei casi in cui le trattative (*rectius*, la procedura ad evidenza pubblica) sino state interrotte a causa dell'atto di autotutela in un momento così avanzato da non lasciar margini di dubbio circa l'individuazione del contraente e dei termini del futuro accordo. In altre parole, in caso di revoca dell'aggiudicazione definitiva.

In conclusione, allora, possiamo affermare che il possibile concorso tra revoca legittima e responsabilità precontrattuale porti con sé, da un lato, l'obbligo di indennizzo e, dall'altro, il risarcimento del danno nei limiti

³⁶¹ Così C. M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 175. L'interesse positivo, al contrario, consiste nella perdita che il soggetto avrebbe evitato (danno emergente) e nel vantaggio economico che avrebbe conseguito (lucro cessante) se il contratto fosse stato eseguito

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ In questo senso anche Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662, in *Corr. giur.*, 2012, fasc. 5, p. 675, con nota di V. CARBONE, *Le nuove frontiere della responsabilità precontrattuale della P.A.*.

dell'interesse negativo (che, come detto, copre il danno emergente e il lucro cessante, inteso quest'ultimo in termini di perdita di altre occasioni favorevoli ed, eventualmente, di danno curriculare). Dalla combinazione delle due forme di tutela (ma evitando la duplicazione delle voci di danno) il soggetto privato otterrà, quindi, un ristoro integrale del pregiudizio sofferto: sia nelle vesti di titolare di un interesse legittimo (in relazione al provvedimento di revoca), sia in quelle di portatore di un legittimo affidamento, rilevante sul piano negoziale, ma rimasto deluso dal comportamento contrario a buona fede dell'amministrazione - operatore di mercato.

Ben diverso, invece, è il caso in cui il provvedimento di revoca sia illegittimo. In questa ipotesi, fermi restando i necessari oneri probatori, il privato ricorrente potrà ottenere non tanto un indennizzo, quanto piuttosto il risarcimento del danno integralmente sofferto. Naturalmente, come si diceva, sarà onere del ricorrente provare la sussistenza del danno che *“per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile”* e questo è ciò che *“distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile”*³⁶⁴. In altre parole, il giudice, sulla base degli elementi forniti da chi si ritiene danneggiato dal provvedimento illegittimo, sarà chiamato a svolgere un giudizio prognostico (*ex ante*) e in concreto in ordine al prevedibile sviluppo dell'azione amministrativa e verificare la possibilità di escludere o ritenere molto improbabili soluzioni diverse da quelle prospettate dal ricorrente.

Prendendo il caso della revoca degli atti di gara intervenuta prima dell'aggiudicazione definitiva non sarà sempre agevole dimostrare che se la procedura fosse proseguita il ricorrente avrebbe certamente ottenuto

³⁶⁴ Così Cons. Stato, sez. V, n. 2008, n. 490, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, fasc. 2, p. 460.

L'aggiudicazione e, dunque, avrebbe potuto stipulare il contratto con la p.a.. L'atto di autotutela, ancorché illegittimo, nella generalità dei casi potrà determinare solo la perdita di una "eventualità" di conseguimento del bene della vita. E, in tale ultimo caso, risulta pienamente esaustiva la tutela ripristinatoria offerta dall'annullamento e dalle sue conseguenze³⁶⁵.

Assai diversa si presenta l'ipotesi di revoca illegittima del provvedimento di aggiudicazione definitiva, cui non è seguita la stipula del contratto. Non sarebbe corretto, infatti, ritenere tale fattispecie assimilabile a quella di un mero rifiuto a concludere l'accordo negoziale o di un recesso ingiustificato dalle trattative, sanzionabile esclusivamente a titolo di responsabilità precontrattuale. La diversità appare perspicua tenendo presente che questo tipo di responsabilità presuppone la legittimità dell'azione amministrativa che, invece, nel caso prospettato, manca in radice. Il ricorrente, pertanto, potrà agevolmente dimostrare che l'atto di revoca ha finito per sacrificare ingiustamente la sua posizione e, in particolare il suo diritto alla stipula del contratto, in assenza dei presupposti di interesse pubblico che presiedono all'esercizio del potere di autotutela. Di qui la possibilità di richiedere il risarcimento del danno nel caso in cui la pronuncia costitutiva d'annullamento non fosse pienamente soddisfattiva.

Non ci si vuol sottrarre alle numerose critiche che potrebbero essere mosse alla posizione poc'anzi accennata e, dunque, ritengo opportuno delineare i passaggi logici che mi hanno portato a sostenere la possibilità di ottenere il risarcimento del danno.

Considerando che si tratta di revoca dell'aggiudicazione definitiva, il suo annullamento giurisdizionale comporterebbe la ricostituzione della

³⁶⁵ In questo senso Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2004 n. 5440, in *Serv. pubb. e app.*, 2004, p. 889; sez. V, 25 febbraio 2003 n. 1014, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, p. 613 ; sez. VI, 23 luglio 2009 n. 4628, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, fasc. 11, p. 2614; Cass. civ., sez. I, 17 luglio 2007 n. 15947, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, p. 3081.

situazione antecedente all'adozione dell'atto in questione. Pertanto, il privato ricorrente sarebbe "nuovamente" il legittimo aggiudicatario e l'amministrazione dovrebbe stipulare con lui il contratto. La sentenza costitutiva avrebbe, così, ripristinato integralmente la posizione giuridica del ricorrente e, tutt'al più, residuerebbe un problema di ritardo nella stipula. Tuttavia, volendo prendere in considerazione l'ipotesi meno auspicabile per l'aggiudicatario, la p.a. potrebbe decidere di rimanere inerte e non stipulare alcun contratto, verosimilmente per le stesse motivazioni che l'avevano portata ad adottare la revoca illegittima (ma questa volta non esplicitandole in un provvedimento formale).

Come tutelare, dunque, la posizione del privato? L'art. 11, comma 9, del codice dei contratti prevede che divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stipulazione deve intervenire entro sessanta giorni (o altro termine previsto dal bando o dall'invito ad offrire). In caso contrario, l'aggiudicatario può sciogliersi da ogni vincolo con atto notificato alla stazione appaltante e vedersi rimborsate esclusivamente le spese contrattuali documentate. La disposizione delinea, quindi, un'ipotesi di "exit strategy" garantita al privato aggiudicatario che non voglia rimanere per un tempo indeterminato legato al vincolo derivante dall'aggiudicazione senza sapere se e quando il contratto verrà stipulato.

Oltre a questa funzione primaria, la norma in parola ha il pregio di consentire una serie di riflessioni circa il rapporto tra privato e amministrazione nella fase che si colloca dopo l'aggiudicazione definitiva ma prima della stipula. Parte della dottrina³⁶⁶ ha acutamente rilevato che se all'aggiudicatario viene data la possibilità di sciogliersi da ogni vincolo significa che un qualche vincolo deve pur sussistere e che se sussiste per il privato dovrà sussistere, in una logica biunivoca, anche per la controparte,

³⁶⁶ Così F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, cit., p. 2495 ss..

cioè la stazione appaltante, che si è impegnata ufficialmente, con il provvedimento di aggiudicazione, a concludere un preciso accordo sul piano negoziale. Muovendo da queste premesse che si ancorano alla natura non solo provvedimentale ma anche negoziale dell'aggiudicazione³⁶⁷, non stupisce, allora, che parte della dottrina³⁶⁸ qualifichi la posizione soggettiva dell'aggiudicatario in termini di diritto soggettivo e che giustifichi l'esperibilità, a sua tutela, dell'azione costitutiva ex art. 2932 c.c..

Volendo condividere questa impostazione bisogna riconoscere che l'aggiudicazione definitiva, quanto meno nelle ipotesi di pubblico incanto e di licitazione privata³⁶⁹ (e sempre che non vi siano indicazioni in senso contrario nel bando o nella lettera d'invito), assurge a momento perfezionativo di un vincolo negoziale, se non equivalente a quello derivante dalla stipula del contratto, quanto meno assimilabile a quello derivante dalla conclusione di un contratto preliminare. In queste due ipotesi, infatti, ciascun offrente che partecipa alla gara è in grado di

³⁶⁷ In questo senso Cons. Stato, sez. V, ord. 28 marzo 2008, n. 1328, in *www.federalismi.it*; Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 8 marzo 2005, n. 104, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1060, ove si afferma che *"nelle procedure di evidenza pubblica, l'aggiudicazione del contratto presenta di solito una duplice natura, amministrativa e negoziale, perché si pone, al contempo, come provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato e altresì come atto giuridico con il quale l'amministrazione formalizza la propria volontà di contrarre con l'impresa scelta e alle condizioni dalla stessa offerte"*. Il bando di gara, tuttavia, può espressamente prevedere che l'aggiudicazione non impegni l'amministrazione alla stipula del contratto, con ciò escludendo la sua valenza negoziale.

³⁶⁸ F. CARINGELLA, *ult. op. cit.*, p. 2497 e, sia pur con qualche differenza, anche R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1995, p. 792, in cui si rileva che dall'aggiudicazione derivi un vincolo preliminare di tipo contrattuale, la cui violazione giustifichi l'attivazione del rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre di cui all'art. 2932 c.c..

³⁶⁹ Rispetto ai quali si potrebbe ritenere che l'aggiudicazione assuma valore contrattuale sulla scorta del principio sancito dal comma 4 dell'art. 16 del R.D. n. 2440 del 1923 secondo cui *"i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto"*.

conoscere i termini del futuro rapporto contrattuale e, una volta selezionata l'offerta migliore, il privato destinatario del provvedimento di aggiudicazione non può più sottrarsi alla vincolatività del rapporto giuridico che, proprio per questo, deve ritenersi definitivamente sorto³⁷⁰. Il che, parallelamente, determina il sorgere di un vincolo contrattuale o precontrattuale anche in capo alla stazione appaltante che si è impegnata a stipulare il contratto con l'aggiudicatario³⁷¹. Di conseguenza, non solo si potranno esperire l'azione di cui all'art. 2932 c.c. ma anche tutti gli altri rimedi previsti dall'ordinamento in caso di inadempimento dell'obbligo a contrarre, *in primis* l'azione risarcitoria. Se così non fosse, ci si troverebbe di fronte ad un'irragionevole disparità di trattamento riguardo a tutti coloro che, nei rapporti tra privati, sono obbligati al rispetto dei vincoli negoziali.

In senso contrario, non si potrebbe sostenere che la specialità del contraente pubblico e la funzionalizzazione della sua azione siano ragione sufficiente per giustificare il sacrificio della posizione dell'aggiudicatario. A ben vedere, infatti, se sussistessero delle ragioni ostative alla stipulazione del contratto aventi rilievo pubblicistico, la stazione appaltante ben potrebbe servirsi degli strumenti della revoca o dell'annullamento d'ufficio.

Infine, è doveroso evidenziare che il risarcimento del danno di cui si sta parlando è cosa ben diversa da quello ottenibile in caso di accertata responsabilità precontrattuale e, dunque, non limitato al solo interesse negativo. D'altro canto, nell'ipotesi di mancata stipula del contratto (magari, come nell'esempio fatto, dopo l'annullamento giurisdizionale di un

³⁷⁰ Così F. BUONANNO, *Perfezionamento del contratto d'appalto: il punto di vista dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *Urb e app.*, 2002, p. 1389, richiamato anche da C. BENETAZZO, *Contratti della p.a. e annullamento dell'aggiudicazione*, Padova, 2012, p. 37.

³⁷¹ Sulla natura dell'aggiudicazione ci si soffermerà ulteriormente parlando del rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione definitiva e sorte del contratto medio tempore stipulato, al par. 3.5.1.

provvedimento illegittimo di revoca dell'aggiudicazione), sarebbe del tutto contraddittorio parlare di responsabilità precontrattuale dato che già l'aggiudicazione definitiva determina il sorgere di un vincolo negoziale³⁷².

3.4 – Limiti al sindacato sulla discrezionalità amministrativa sottostante al provvedimento di revoca dell'aggiudicazione. Dietro l'interesse pubblicistico all'autotutela non si può celare l'intento di eludere il principio di tassatività delle cause di recesso.

Nel paragrafo precedente è stata affrontata la tematica della revoca illegittima degli atti di gara e, in particolare, dell'aggiudicazione definitiva sotto il profilo della tutela che l'ordinamento riconosce al soggetto leso dalla determinazione in autotutela viziata. Rimane da capire, ai fini del nostro discorso, quali siano i limiti all'esercizio del potere discrezionale della p.a. e, dunque, quale sia il confine all'interno del quale le prerogative pubblicistiche possono legittimamente spiegare i propri effetti anche a scapito della posizione del privato.

La revoca degli atti di gara e, più in generale, il potere di autotutela, si caratterizza per l'elevato contenuto discrezionale. Non è, infatti, precluso alla stazione appaltante di procedere alla revoca (o all'annullamento) dell'aggiudicazione allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni che, nel contempo, giustifichi il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario nei confronti dell'amministrazione³⁷³. Questa connotazione discrezionale, tuttavia, non sottrae il provvedimento di revoca ai principi generali del

³⁷² In questo senso R. GIOVAGNOLI, *La responsabilità extra e pre-contrattuale della p.a.*, Milano, 2009, p. 250.

³⁷³ In questo senso Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2010, n. 1997, in *Dir. e giustizia*, 2006, fasc. 19, p. 73.

procedimento amministrativo che si compendiano, in primo luogo, nell'obbligo di motivazione e di adeguata istruttoria. Principi che devono ritenersi tanto più incisivi quanto maggiore è il consolidamento della posizione del privato partecipante alla procedura ad evidenza pubblica. Al crescere della consistenza dell'affidamento ingenerato, infatti, la giurisprudenza³⁷⁴ non solo richiede un maggiore impegno della stazione appaltante nel motivare e rappresentare egli elementi di rilevanza pubblicistica posti alla base della revoca ma, nel caso di revoca dell'aggiudicazione definitiva, si spinge sino a considerare requisito di legittimità anche la comunicazione di avvio del procedimento.

Diverso il caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, atto che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario della gara e non costituisce atto conclusivo del procedimento, facendo nascere, piuttosto, in capo all'interessato, un mera aspettativa alla conclusione favorevole dello stesso. Ne consegue che l'aggiudicazione provvisoria è per sua natura inidonea, al contrario dell'aggiudicazione definitiva, ad attribuire in modo stabile il bene della vita e a ingenerare il connesso legittimo affidamento che impone l'instaurazione del contraddittorio procedimentale prima della revoca in autotutela. Per questi motivi la giurisprudenza ormai consolidata ritiene che non sussista l'obbligo dell'amministrazione di comunicare agli interessati l'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, giacché il procedimento è già stato avviato con l'atto di indizione della gara e che è

³⁷⁴ Cfr. T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 19 aprile 2007, n. 1874, in *Foro amm.* – *T.a.r.*, 2007, vol 4, p. 1246 ss.; Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2011, n. 2456, in *Foro amm.*- *C.d.S.*, 2011, vol. 4, p. 1233.

destinato a concludersi positivamente solo con l'aggiudicazione definitiva ovvero, negativamente, con la revoca dell'aggiudicazione provvisoria³⁷⁵.

Nell'ipotesi di revoca dell'aggiudicazione definitiva, invece, proprio perché questo provvedimento chiude la fase procedimentale di selezione dell'offerta, non solo sarà necessaria una nuova comunicazione d'avvio ma, in più, vi sono valide ragioni per ritenere che non possa trovare applicazione la disciplina dei vizi non invalidanti di cui al secondo comma dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990³⁷⁶. Sul punto, infatti, i giudici di Palazzo Spada hanno considerato non applicabile al caso di specie la "regola conservativa" secondo cui "il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". E ciò sia in ragione della caratterizzazione discrezionale del provvedimento di revoca sia, soprattutto, per l'esigenza di ponderare comparativamente gli interessi pubblici in rilievo e la posizione di vantaggio conseguita dal ricorrente a seguito della partecipazione, con esito vittorioso, alla procedura di gara³⁷⁷. Tale valutazione comparativa tra contrapposti interessi, evidentemente, può svolgersi in accordo con i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione solo se il diretto interessato dal provvedimento di revoca viene messo nelle condizioni di interloquire sull'effettiva sussistenza e consistenza delle ragioni di interesse pubblico sottese all'autotutela.

³⁷⁵ In questo senso Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116, *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, fasc. 7-8, p. 1834.

³⁷⁶ Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. BERGONZINI, *Art. 21-*octies* della legge n. 241/1990 e annullamento dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, vol. 2, p. 231 ss..

³⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2011, n. 2456, cit..

In ogni caso, fermi restando gli obblighi di motivazione, adeguata istruttoria e, talora, anche di comunicazione di avvio del procedimento, il dato che in questa sede maggiormente rileva consiste nell'ampia discrezionalità che la giurisprudenza riconosce alla stazione appaltante. Discrezionalità che, secondo parte della dottrina, non viene nemmeno adeguatamente sindacata sotto il profilo dell'eccesso di potere o della violazione del dovere di diligenza, in ragione della possibilità di riconoscere il risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale laddove il comportamento della p.a. risultasse contrario a correttezza e buona fede³⁷⁸.

Secondo l'impostazione dottrinale da ultimo citata, sarebbe doveroso un controllo più stringente circa la legittimità dei provvedimenti di revoca, soprattutto nei casi in cui l'interesse pubblico ad adottare un provvedimento di autotutela sia emerso molto tempo prima rispetto alla sua effettiva adozione. Il decorrere del tempo, infatti, farebbe acquisire maggiore consistenza all'interesse privato al mantenimento del provvedimento poi inciso dalla revoca e, correlativamente, richiederebbe la presenza di un interesse pubblico sotteso all'autotutela particolarmente intenso, in grado di giustificare sia il sacrificio dell'affidamento ingenerato nel privato, sia il notevole esborso economico rappresentato dall'indennizzo *ex art. 21-quinquies* e, verosimilmente, anche dal risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale³⁷⁹.

La linea di pensiero in parola va certamente apprezzata quanto meno perché evidenzia le criticità di un potere, quale è quello di revoca, che

³⁷⁸ In questo senso C. VITALE, *La revoca degli atti di gara: discrezionalità e dovere di diligenza della p.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, fasc. 5, p. 501.

³⁷⁹ A sostegno di questa impostazione si richiama E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in A. ROMANO, E. CASETTA, F.G. SCOCA, (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. II, Padova, 2007.

spesso viene utilizzato per correggere *ex post* (e in via autoritativa) errori di valutazione della p.a. che, tuttavia, sul piano negoziale, possono aver prodotto degli effetti che non sarebbero modificabili unilateralmente in una relazione tra privati. Usato in questa direzione, allora, il potere di autotutela finirebbe per scontrarsi con il principio di economicità dell'azione amministrativa e anche con il dovere di diligenza che grava sulle pubbliche amministrazioni ogniqualvolta non emergesse dalla motivazione un interesse pubblico particolarmente intenso.

Secondo chi scrive, tuttavia, la legittimità del provvedimento di revoca non può essere messa in discussione sol perché è stato adottato in ritardo rispetto a quando è emerso il relativo interesse o perché viene utilizzato per porre rimedio a scelte o comportamenti non diligenti dell'amministrazione³⁸⁰. Al contrario, gli errori di valutazione commessi dalla stazione appaltante possono ben essere la ragione giustificatrice del provvedimento di autotutela³⁸¹ e il tempo trascorso, in sé e per sé, non assume alcun rilievo ai fini della sua legittimità posto che il legislatore, nell'art. 21-*quinquies*, non ha indicato un termine per l'esercizio del potere di revoca. A differenza di quanto previsto per l'annullamento d'ufficio, infatti, nel caso di revoca, la tutela dell'affidamento passa attraverso la previsione dell'obbligo di indennizzo, senza che sia doveroso rispettare un "termine ragionevole".

In ogni caso, al di là della sua tempistica, la decisione di adottare questo provvedimento deve evidenziare la necessità di una scelta così radicale e, dunque, ritengo corretto sostenere che la p.a. dovrebbe mettere in luce

³⁸⁰ Si pensi al caso in cui la p.a. non abbia verificato sin dall'inizio della procedura ad evidenza pubblica la presenza di elementi che avrebbero *ab origine* sconsigliato la sua prosecuzione.

³⁸¹ In questo senso Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2009, n. 136, in *Foro amm.* – *C.d.S.*, 2009, vol. 1, p. 220.

anche le motivazioni in base alle quali si possa ritenere che l'adozione di provvedimenti meno incisivi non sia in grado di soddisfare l'interesse pubblico in gioco, preservando le ragioni dei soggetti privati coinvolti³⁸².

In definitiva, il principale limite alla discrezionalità della p.a. nel far uso del potere di revoca può essere ravvisato nell'onere motivazionale, che deve ritenersi sempre più intenso con il crescere del livello di affidamento ingenerato nel privato con il procedere della gara.

Un altro limite, poi, può essere ravvisato nella difficile conciliabilità tra l'utilizzo di un potere autoritativo, quale è quello di revoca, con l'obiettivo meramente privatistico di sottrarsi unilateralmente ad un contratto divenuto sgradito o sconveniente nelle valutazioni della stazione appaltante. Si pensi al caso in cui la p.a., dopo aver stipulato un contratto d'appalto decida di revocare l'aggiudicazione definitiva sciogliendosi, così, dai vincoli contrattuali nel frattempo sorti.

L'art. 21-*quinquies*, a prima vista, sembrerebbe ammettere quest'ipotesi, almeno sul piano teorico, dal momento che si riferisce esplicitamente anche ai casi in cui la revoca incida su rapporti negoziali. Inoltre, da un punto di vista logico giuridico, si potrebbe ritenere che dopo la revoca dell'aggiudicazione definitiva il contratto rimanga privo del provvedimento che ne determina l'efficacia e, conseguentemente, il vincolo negoziale verrebbe meno.

La norma, però, deve essere letta e applicata tenendo presente quanto disposto dal successivo art. 21-*sexies* della legge n. 241 del 1990, in base al quale *“il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso [solo] nei casi previsti dalla legge o dal contratto”*. Quest'ultima

³⁸² Così Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2007, n. 3298, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2007, vol. 6, p. 1802, richiamata da F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, cit., p. 2151; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 8 febbraio 2006, n. 1794, in *Foro amm.- T.a.r.*, 2006, vol. 2, p. 669; Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5681, in *www.neldiritto.it*, n. 79 – 2012.

disposizione introduce inequivocabilmente il principio della tassatività delle cause di recesso mediante le quali, peraltro, la p.a. può incidere direttamente ed esclusivamente sul rapporto negoziale ma non sull'atto amministrativo presupposto.

Il contratto, infatti, una volta stipulato, rappresenta l'unica fonte del vincolo negoziale che, per sua natura, rimane indifferente alla variazione dell'interesse dei contraenti³⁸³. Laddove, pertanto, la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico portasse la stazione appaltante a determinarsi per l'interruzione del rapporto contrattuale in essere, l'unica via sarebbe quella di recedere dal contratto ex art. 21-*sexies*. Conseguentemente, la p.a. potrebbe far uso del diritto potestativo di recesso riconosciute dall'art. 134 del codice dei contratti secondo cui *"la stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite"*.

Dalla lettera della disposizione si evince che il recesso dell'amministrazione si collega ad un atto avente carattere non autoritativo, ma paritetico, e tale facoltà, anche se esercitata per i motivi tipici sottostanti alla revoca in senso tecnico, non interviene su un provvedimento a monte, ma è riconducibile all'art. 1671 c.c. ed ha un immediato effetto rescindente sul rapporto giuridico da cui sono sorti diritti soggettivi perfetti. Con la ulteriore conseguenza che le relative controversie rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario³⁸⁴.

³⁸³ In questo senso E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 594; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, cit., p. 2458.

³⁸⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 1996, n. 41, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, vol. I, p. 172. *Contra*, Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2006, vol. 10, p. 2791.

Diverso è invece il caso in cui la revoca abbia ad oggetto l'aggiudicazione definitiva ma il contratto non sia ancora stato stipulato. Infatti, se è pur vero che l'aggiudicazione definitiva ha anche valore e natura negoziale (facendo sorgere almeno nei casi di pubblico incanto e licitazione privata il vincolo negoziale)³⁸⁵, è altrettanto vero che ha soprattutto natura provvedimentoale e, dunque, ben può essere aggredita dall'atto di autotutela. Anche la giurisprudenza, peraltro, ha tradizionalmente sempre ammesso questa possibilità.

Ciò detto, un lettore particolarmente critico potrebbe sostenere che volendo far propria la tesi secondo cui l'aggiudicazione definitiva ha una natura *anche* negoziale, non si potrebbe poi negare che essa equivalga a tutti gli effetti di legge al contratto. Ricostruita in questi termini, allora, la fattispecie di cui si discute non presenterebbe alcuna sostanziale differenza con quella dove la revoca dell'aggiudicazione interviene successivamente alla stipula. Anche in questo caso, pertanto, l'adozione del provvedimento in autotutela sarebbe comunque preclusa dalla sussistenza del principio di tassatività delle cause di recesso dal contratto che, altrimenti, verrebbe chiaramente eluso. Una simile impostazione, però, sarebbe difficilmente coordinabile sia con il comma 9 dell'art. 11 del codice dei contratti, dove si fa espressamente salva la possibilità di agire in autotutela sul provvedimento di aggiudicazione definitiva, sia con i termini di *stand still* (sostanziale e processuale) che, di fatto, non avrebbero alcuna logica giustificativa se il contratto si perfezionasse già al momento dell'adozione del provvedimento conclusivo della procedura di gara.

In realtà l'aggiudicazione definitiva ha sì una natura *anche* negoziale ma non può ritenersi del tutto equivalente al contratto. Semmai il vincolo negoziale che ne deriva può essere assimilato a quello che discende dalla

³⁸⁵ Si rimanda a quanto detto *supra*, par. 3.3, e a quanto si dirà *infra*, par. 3.5.1.

stipula di un contratto preliminare. La stazione appaltante, infatti, mediante l'aggiudicazione definitiva assume un vincolo negoziale ma esso va ravvisato nell'impegno a stipulare (successivamente) il contratto avente il contenuto definito negli atti di gara e nell'offerta selezionata ad esito della valutazione comparativa. Ferma restando la possibilità, accordata dalla legge (art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163/2006), di sottrarsi a tale impegno laddove vi siano gli estremi per il legittimo utilizzo del potere di autotutela, ovvero nel caso di annullamento giurisdizionale degli atti di gara.

A fronte della formale stipula del contratto, invece, la fonte negoziale esce dall'orbita pubblicistica e risulta disciplinata esclusivamente dalle regole del diritto comune e da disposizioni speciali, come l'art. 134 del codice dei contratti, che non ammettono la possibilità di sottrarsi al vincolo contrattuale mediante l'esercizio del potere di autotutela.

Sul piano degli effetti e delle conseguenze per il privato contraente, infine, la disciplina del recesso dal contratto si presenta maggiormente garantista rispetto all'ipotesi di mera revoca dell'aggiudicazione. Basti pensare che l'amministrazione non potrà liberarsi del vincolo negoziale con il solo pagamento di un indennizzo ma dovrà pagare interamente i lavori già eseguiti, il valore dei materiali esistenti in cantiere e il decimo dell'importo delle opere non eseguite.

3.5 - Il rapporto tra l'annullamento dell'aggiudicazione e il contratto di appalto *medio tempore* stipulato.

Come anticipato nel paragrafo introduttivo di questo terzo capitolo, l'altro argomento che ci permette di focalizzare l'attenzione sulla peculiarità dei rapporti contrattuali di cui è parte la p.a. riguarda il rapporto tra l'annullamento dell'aggiudicazione e il contratto *medio tempore*

stipulato. La questione, come noto, è stata ampiamente dibattuta³⁸⁶ e vede coinvolti diversi interessi, non sempre (anzi, quasi mai) facilmente armonizzabili: quello alla stabilità e certezza dei rapporti contrattuali di cui è parte la P.A.; quello del privato, che dopo aver ottenuto l'annullamento degli atti di gara, mira ad ottenere una tutela effettiva e sostanziale, comprensiva della possibilità di subentrare nel rapporto contrattuale; infine, quello, di cui è portatore lo stesso aggiudicatario controinteressato, spesso vittima di illegittimità verificatesi nel corso della procedura di evidenza pubblica³⁸⁷.

La problematicità della tematica in questione, inoltre, è strettamente connessa alla difficoltà di individuare la linea di confine tra la fase procedimentale ad evidenza pubblica e la successiva fase negoziale. La prima, infatti, è funzionale ad una pluralità di scopi aventi rilevanza pubblicistica coinvolgenti valori quali la tutela della concorrenza, la trasparenza dell'azione amministrativa e l'imparzialità e, per questo motivo, la sua legittimità finisce per condizionare la stabilità del vincolo contrattuale che la presuppone. Ecco, allora, che qualsiasi tentativo teorico di separare la disciplina delle due fasi irrimediabilmente si scontra con l'unitarietà del fenomeno rappresentato dall'attività contrattuale dell'amministrazione che dipende dalla continua tensione tra esigenze pubblicistiche e privatistiche, talora dialoganti e talora in contrasto.

³⁸⁶ Solo per citare alcuni contributi dottrinali, si segnala F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2007, p. 797; F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione e i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 645 ss.; F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2004, p. 649 ss.; M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2008, p. XLV; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. n. 53/2010*, in *www.giustamm.it*, n. 7-2010.

³⁸⁷ Così R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, p. 1439.

Il punto di fusione è senza dubbio rappresentato dal provvedimento di aggiudicazione e, proprio per questo, risulta di fondamentale importanza affrontare la questione relativa alla sua natura e analizzare le conseguenze, sul piano sostanziale e processuale, del suo venir meno in caso di annullamento d'ufficio o giurisdizionale. Sul piano sostanziale, nello specifico, l'attenzione verrà focalizzata sulla patologia che affligge il contratto non più sorretto dal provvedimento presupposto mentre, sul versante processuale, l'analisi si dovrà concentrare sugli strumenti di tutela a disposizione dei soggetti danneggiati dall'illegittima aggiudicazione. Aspetto, quest'ultimo, particolarmente importante ai fini della ricerca perché solo un'efficace tutela giurisdizionale consente di dare una risposta soddisfacente alle esigenze di tutela della concorrenza, non discriminazione e imparzialità imposte dal diritto comunitario in materia di appalti (*rectius*, contratti) pubblici, inevitabilmente frustrate dall'illegittimo svolgersi della procedura di gara prodromica alla stipulazione del contratto.

L'analisi che si intende svolgere, in definitiva, vuole essere uno strumento per definire la misura della specialità che contraddistingue i rapporti negoziali della p.a. e, in particolare, l'incidenza della funzione e della legittimità dell'azione amministrativa sulla naturale stabilità dei vincoli contrattuali.

3.5.1 – (segue) Profili sostanziali relativi alla patologia che affligge il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

La fattispecie concreta tipica da cui si deve prendere le mosse è rappresentata dal caso di un concorrente di una gara di appalto, non aggiudicatario, che (come spesso accade) propone ricorso avverso gli atti della gara e, in particolare, l'atto di aggiudicazione. In un primo momento il provvedimento cautelare di sospensione dell'efficacia dell'atto

impugnato non viene concesso, la p.a. nelle more del giudizio stipula il contratto con l'originario aggiudicatario ma, a distanza di tempo (generalmente molto) il giudizio di merito si conclude con l'annullamento dell'aggiudicazione.

Il primo interrogativo a cui si deve dar risposta concerne la patologia che affligge il contratto una volta che sia venuta meno l'aggiudicazione.

Fin sul finire degli anni novanta, la dottrina e la giurisprudenza sostenevano in via prevalente la tesi dell'annullabilità relativa del contratto, sulla base di quanto disposto dall'art. 1441 c.c.. In particolare, in alcuni casi si è sostenuto che l'annullamento dell'aggiudicazione avrebbe determinato a sua volta l'annullabilità del contratto per vizio del consenso (ex art. 1427 c.c.), mentre in altri casi si è sostenuta l'ipotesi dell'annullabilità del contratto per incapacità legale di contrarre (così riconducendo il vizio allo schema di cui all'art. 1425 c.c.). A questo proposito, di fondamentale importanza vista la sua chiarezza espositiva, è la sentenza n. 4269 del 1996³⁸⁸, in cui la Corte di cassazione ha sostenuto che gli atti amministrativi necessariamente precedenti la stipula dei contratti di diritto privato della p.a., sono i mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico e, pertanto, i loro vizi (che sono inquadrabili come vizi della volontà) comportano l'annullabilità del contratto, deducibile, in via d'azione o di eccezione, solamente da detto ente. Questa posizione, fatta propria anche dalla dottrina³⁸⁹ e dalla successiva giurisprudenza³⁹⁰, si basa

³⁸⁸ Cass. sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 518, con nota di N. SALNITRO.

³⁸⁹ In questo senso M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, p. 847 ss..

³⁹⁰ Moltissimi gli esempi giurisprudenziali. Tra questi, Cass., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901, in *Giust. Civ. mass.*, 2002, p. 2358; Cass. sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842, *ivi*, 1996, p. 453; T.a.r. Lombardia, Milano, 29 settembre 1999, n. 4070, in *Foro italiano*, 2000, III, c. 200, con nota di L. CARROZZA e F. FRACCHIA; Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2002, n. 570, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2002, vol. I, p. 256.

sull'idea che la sola pubblica amministrazione sia legittimata a chiedere l'annullamento del contratto per il semplice motivo che tutta la procedura ad evidenza pubblica avrebbe lo scopo di tutelare essa soltanto, salvaguardando la corretta formazione del suo consenso alla stipula³⁹¹. E' appena il caso di ricordare come tale impostazione abbia sollevato innumerevoli critiche, in particolare l'assunto che finisce per relegare la rilevanza delle norme relative all'evidenza pubblica al piano della tutela dell'interesse particolare della p.a.. Tali prescrizioni, al contrario, sono poste innanzi tutto a tutela dell'interesse generale e dei partecipanti alla gara, per salvaguardare i valori della concorrenza e quindi della libertà competitiva delle singole imprese, nonché quelli dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione³⁹².

Secondo una diversa impostazione, invece, il contratto avrebbe dovuto considerarsi nullo, vuoi per violazione di norme imperative (quelle sulle procedure ad evidenza pubblica), dando così rilievo ad una nullità di tipo virtuale ex art. 1418 c.c.³⁹³, vuoi per la mancanza di un elemento essenziale del contratto stesso, in particolare il consenso della stazione appaltante (venuto meno *ab origine* a causa dell'annullamento dell'aggiudicazione). La

³⁹¹ Afferma infatti il Giannini, nel suo manuale di diritto amministrativo, che, se la pubblica amministrazione non ha interesse a chiedere l'annullamento del contratto, "nei confronti del privato non accade nulla" (non potendo la validità del contratto essere altrimenti messa in discussione).

³⁹² Inoltre, l'attribuzione alla sola stazione appaltante della legittimazione a chiedere l'annullamento determinerebbe un ostacolo alla piena soddisfazione del ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento dell'aggiudicazione. La sorte del contratto, infatti, finirebbe per essere rimessa alle scelte discrezionali dell'amministrazione, privando di qualsiasi concreta utilità la pronuncia di annullamento della procedura di gara, in sede giurisdizionale, ferma restando la sola possibilità di richiedere il risarcimento del danno, con tutte le difficoltà del caso in sede probatoria.

³⁹³ Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, p. 959.

tesi della nullità, in entrambe le sue versioni, presentava pur essa delle criticità difficilmente risolvibili. In primo luogo, la patologia del contratto avrebbe potuto essere fatta valere in giudizio da qualunque interessato e in ogni tempo, determinando una intollerabile instabilità dei rapporti giuridici sorti *medio tempore* tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario. In secondo luogo, se da un lato la nullità si prestava ad essere accertata dallo stesso giudice competente per l'annullamento dell'aggiudicazione (quello amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva), dall'altro, a seguito delle pronunce della Consulta n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, il tentativo di ricondurre nell'ambito della medesima giurisdizione esclusiva in materia di "affidamento di lavori servizi e forniture" di cui all'art. 244 del Codice dei contratti pubblici anche la cognizione sul contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, avrebbe rappresentato una forzatura interpretativa non più conciliabile con l'orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale e della Corte di cassazione (da sempre sostenitrice dell'idea che le controversie sulla sorte del contratto appartenessero alla giurisdizione del giudice dei diritti). Più correttamente, allora, dopo aver ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, il ricorrente vittorioso dinanzi al g.a. avrebbe dovuto adire la giustizia ordinaria per la declaratoria di nullità del contratto e, successivamente, compulsare gli organi amministrativi a provvedere per il rinnovo della procedura, con tempi certamente estranei a qualsiasi esigenza economica, tanto da frustrare l'attore e orientarlo verso il risarcimento per equivalente³⁹⁴.

Anche questa ricostruzione, pertanto, appare più sensibile alle esigenze dell'amministrazione che non a quelle del ricorrente danneggiato.

³⁹⁴ In questo senso M. M. FRACANZANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Più recentemente, allora, parte della dottrina³⁹⁵ e la prevalente giurisprudenza amministrativa hanno offerto una diversa ricostruzione della tematica relativa al vizio che inficia il contratto, inquadrandola nelle categorie dell'inefficacia relativa ovvero della caducazione automatica³⁹⁶.

Secondo la prima impostazione, l'annullamento in via giurisdizionale, o in via di autotutela, degli atti di gara, attraverso i quali si è manifestata la volontà contrattuale dell'amministrazione, finirebbe per privare l'amministrazione stessa, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare. In sostanza, una volta venuto meno retroattivamente uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'amministrazione, come ad esempio la delibera a contrarre, il bando o l'aggiudicazione, l'organo amministrativo che ha concluso il contratto si troverebbe nella condizione di aver stipulato privo della legittimazione che gli era stata conferita dai precedenti atti amministrativi. La conseguente inefficacia del contratto stipulato sarebbe tuttavia relativa, per cui potrebbe essere fatta valere solo da chi avesse ottenuto la favorevole sentenza di annullamento degli atti di gara e, dunque, il contratto sarebbe da ritenere vincolante tra le parti sino ad una pronuncia giurisdizionale (ragionevolmente costitutiva più che di mero accertamento) conseguente alla domanda di parte volta a far valere il vizio di legittimazione³⁹⁷.

³⁹⁵ In particolare L. VALLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?* In *Urb. e app.*, 2004, fasc. 1, p. 182; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2003, p. 89.

³⁹⁶ Le sentenze che, tra le prime, hanno proposto queste ricostruzioni sono rispettivamente: Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Foro it.*, 2004, III, c. 1, con nota di A. TRAVI, e Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Urb. e app.*, 2003, p. 918.

³⁹⁷ La giurisprudenza che ha avanzato questa soluzione chiaramente si ispira alla tesi di G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano 1986, p. 132 ss..

La ricostruzione in termini di inefficacia relativa conseguente a difetto di legittimazione della stazione appaltante non è comunque apparsa esente da critiche. Se, infatti, nel diritto

La tesi della caducazione automatica, invece, ha valorizzato maggiormente il rapporto di consequenzialità fra l'aggiudicazione e il contratto, legati, in questa prospettiva, da un vincolo di presupposizione necessaria. Il previo esperimento della procedura ad evidenza pubblica sarebbe condizione legale di efficacia del contratto e, pertanto, l'annullamento dell'aggiudicazione, determinando il venir meno di tale presupposto, priverebbe retroattivamente il contratto dei suoi effetti. In sostanza, l'assenza di una legittima aggiudicazione impedirebbe al contratto di corrispondere al suo modello legale, dando vita ad un vizio genetico tale da determinarne la caducazione automatica e necessaria, secondo la logica del principio "*simul stabunt, simul cadent*"³⁹⁸.

La tesi, sostenuta dalla prevalente giurisprudenza³⁹⁹, sarebbe stata suffragata anche da alcune disposizioni normative. In particolare l'art. 246, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, recante norme processuali per le controversie relative ad infrastrutture e insediamenti produttivi (prima che il suo portato normativo venisse inglobato nell'art. 125 del d. lgs. n. 104 del

civile il difetto di legittimazione dipende dall'assenza del potere di disporre in capo al soggetto che negozia (sotto il profilo del difetto di rappresentanza o dell'incidenza di divieti legali o convenzionali a porre in essere certi atti dispositivi), in questa sede viene fatto discendere direttamente dall'illegittimità della procedura di gara e, dunque, da un presupposto di rilevanza tipicamente pubblicistica. La categoria civilistica della legittimazione, pertanto, sembrerebbe utilizzata fuori contesto e forzandone la *ratio*. In questo senso, cfr. C. BENETAZZO, *Contratti della p.a. e annullamento dell'aggiudicazione*, cit., p. 130.

³⁹⁸ Così R. CAPONIGRO, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Urb. e app.*, 2003, p. 918, Cons. Stato, sez. VI, n. 4295 del 2006, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2006, vol. 7-8, p. 2234; T.a.r. Liguria, sez. II, 9 novembre 2007, n. 1925, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2007, vol. 11, p. 3427; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 15 settembre 2008, n. 8238, in www.giustizia-amministrativa.it.

2010⁴⁰⁰; di qui in avanti Codice del processo amministrativo), stabiliva che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comportasse la caducazione del contratto già stipulato. Analogamente, l'art. 20, comma 8, del d.l. n. 185 del 2008, convertito con legge n. 2 del 2009, recante norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale, prevedeva⁴⁰¹ che le misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati non determinassero la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato.

Tali norme, attribuendo primaria importanza alla sollecita realizzazione dell'opera, disponevano che il contratto già stipulato fosse insensibile alla pronuncia giurisdizionale di annullamento degli atti di gara e, pertanto, si sarebbe ben potuto sostenere con un ragionamento *a contrario* che, avendo carattere derogatorio, finissero per affermare il principio opposto, secondo cui al di fuori di quella determinata tipologia di controversie, l'annullamento dell'aggiudicazione avrebbe dovuto determinare la caducazione del contratto, a prescindere dallo stato di esecuzione dei lavori.

Anche questa impostazione, per certi versi convincente, non è stata comunque esente da critiche. Il rapporto di presupposizione sotteso al meccanismo della caducazione automatica si applica, normalmente, ai provvedimenti amministrativi e solo nel caso in cui sussista un nesso di consequenzialità, inteso come una relazione di necessità logico – giuridica che lega atto presupposto ad atto consequenziale. Nel caso, invece, del

⁴⁰⁰ In tale articolo del nuovo codice il disposto di quello che era l'art. 246 del d. lgs. n. 163 del 2006 viene limitato ai casi non rientranti nell'ambito di applicazione degli artt. 121 e 123 c.p.a..

⁴⁰¹ Anche in questo caso si impone l'utilizzo dell'imperfetto poiché tale norma è stata formalmente abrogata dall'art. 4, n. 4, dell'allegato n. 4 del d. lgs. n. 104 del 2010.

rapporto tra aggiudicazione e contratto il legame dovrebbe operare tra due espressioni di dimensioni giuridiche eterogenee, rispetto alle quali, solo con un'evidente forzatura interpretativa di tale relazione, si potrebbe ragionare in termini di presupposto e conseguenza. È evidente, infatti, come l'irregolarità della serie procedimentale e, nello specifico, l'illegittimità dell'aggiudicazione, quale espressione del potere autoritativo della p.a., non possano condizionare il contratto sino al punto da determinarne la caducazione automatica, posto che il vincolo negoziale rimane una manifestazione di libertà e non può dirsi espressione dello stesso potere da cui sono germinati i provvedimenti poi annullati⁴⁰².

Un'indicazione apparentemente risolutiva viene fornita dal d.lgs. n. 53 del 2010 che ha recepito la c.d. "direttiva ricorsi" n. 2007/66/CE e, conseguentemente, introdotto numerose modifiche al codice dei contratti pubblici tra cui gli articoli 245-*bis* e 245-*ter* che qualificano la condizione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione in termini di inefficacia. Le norme in questione poi, assieme a tutte le altre che nel codice dei contratti si occupavano del contenzioso, sono state correttamente inserite nel nuovo codice del processo amministrativo agli artt. 121 e seguenti.

Si torna, quindi, al concetto di inefficacia ma, come si è lasciato intendere, si tratta di un'indicazione tutt'altro che chiarificatrice posto che non viene precisato né il tipo di inefficacia, né la causa da cui dipende. Il legislatore si è limitato ad una pragmatica descrizione del fenomeno ma ha tenuto all'oscuro il percorso logico giuridico che ha portato alla soluzione prescelta. Qualcuno potrebbe pensare che in questo caso non sia di nessuna

⁴⁰² Si è espresso in senso critico alla tesi della caducazione automatica anche F. G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, cit., p. 797, dove si legge che "la tesi della caducazione automatica è insostenibile, sia perché il meccanismo non sembra teoricamente accettabile, sia perché esso è in pieno contrasto con la disciplina applicabile al contratto".

utilità percorrere la via dei “perché” ma, per quel che ci riguarda, risulta di fondamentale importanza capire se questa inefficacia trovi la propria genesi nella disciplina privatistica che regola la fase negoziale o se l’intima connessione che lega aggiudicazione e contratto possa svolgere un qualche ruolo anche nella definizione della patologia che affligge quest’ultimo laddove sia venuto meno l’atto terminativo (illegittimo) della procedura ad evidenza pubblica.

Procediamo, dunque, con ordine. Si tratta di inefficacia in senso stretto o in senso lato?

Posto che il concetto di inefficacia indica descrittivamente la non produttività di effetti giuridici del contratto, quando si parla di inefficacia in senso stretto ci si riferisce alle ipotesi in cui un contratto valido, non affetto da alcuna irregolarità o vizio, non spiega ancora o non spiega più i suoi effetti. Solo per fare qualche esempio si può pensare ai casi di vendita di cosa determinata solamente nel genere (art. 1378 c.c.) e contratto sottoposto a termine o a condizione (art. 1353 c.c.). Intesa in questi termini, la figura dell’inefficacia non appare particolarmente idonea a dar risposta all’esigenza di mettere in relazione gli effetti derivanti dall’annullamento dell’aggiudicazione con la disciplina privatistica applicabile al contratto. L’unica possibilità ricostruttiva starebbe nel considerare l’efficacia del contratto sottoposta alla condizione risolutiva costituita dall’evento dell’annullamento dell’aggiudicazione ma, come si può intuire, questa soluzione risulterebbe scarsamente persuasiva.

In primo luogo, si sarebbe costretti ad ammettere l’esistenza di una *condicio iuris* tacita avente ad oggetto gli effetti di un provvedimento giurisdizionale costitutivo (l’annullamento del provvedimento di aggiudicazione).

In secondo luogo, si nasconderebbe dietro lo schermo della condizione il fatto che l'efficacia del contratto viene messa in discussione non tanto e non solo dalla sentenza di annullamento dinanzi al g.a. ma, prima ancora, dal vizio che affligge il provvedimento impugnato e che è legato da un rapporto di tipo strutturale con l'atto negoziale che lo presuppone. Pertanto, come ha avuto modo di rilevare parte della dottrina, l'inefficacia sarebbe conseguenza di una peculiare condizione patologica del contratto, derivante dal contrasto con le norme in base alle quali non l'aggiudicatario, ma altro soggetto, avrebbe dovuto stipulare ed essere parte del negozio⁴⁰³.

Alla luce di quanto detto, ritengo che laddove si parli di inefficacia del contratto si debba intendere l'inefficacia in senso lato che, come ci insegna la dottrina civilistica, non costituisce una categoria autonoma ma un modo di essere del negozio, che accomuna le varie ipotesi in cui gli effetti negoziali non si producono⁴⁰⁴ e che, nel nostro caso, si declina in termini di sanzione dell'irregolarità del contratto. In altre parole, l'illegittimità dell'aggiudicazione e il suo annullamento finiscono per riflettersi sul contratto determinandone l'invalidità e la conseguente inefficacia.

Si ripropone, dunque, il problema relativo all'individuazione della patologia che affligge il contratto e da cui dipende la sua inefficacia.

Nel tentativo di venire a capo del problema, parte della dottrina⁴⁰⁵ ha correttamente rilevato come la soluzione sia strettamente connessa alla questione relativa alla natura giuridica dell'aggiudicazione. L'analisi trae spunto da quanto affermato dalla già citata ordinanza della quinta sezione

⁴⁰³ In questo senso P. CARPENTIERI, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, (commento a Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666) in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 24 ss..

⁴⁰⁴ Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 987.

⁴⁰⁵ Il riferimento è al già citato recente contributo di C. BENETAZZO, *Contratti della p.a. e annullamento dell'aggiudicazione*, cit., p. 140 ss..

del Consiglio di Stato, n. 1328 del 2008⁴⁰⁶, in cui si rileva che le varie soluzioni avanzate in merito al rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto trascurano *“la pur necessaria analisi della natura giuridica e della valenza sostanziale dell'aggiudicazione”*. Nel caso in cui le si riconoscesse natura anche negoziale sarebbe ragionevole propendere per un automatico travolgimento del contratto stipulato; nel caso, viceversa, si aderisse all'impostazione secondo cui ha valore esclusivamente provvedimentale, mancherebbe *“quell'effetto diretto di eliminazione dell'atto negoziale”*.

Dalla lettura delle pagine che precedono⁴⁰⁷ già emerge che in questa sede si intende sostenere la tesi che riconosce natura negoziale al provvedimento di aggiudicazione, quanto meno in relazione ai casi di pubblico incanto e licitazione privata.

Certamente si è consapevoli del fatto che l'art. 11, comma 7 del codice dei contratti pubblici rappresenti una chiara statuizione legislativa che si pone in netto contrasto con la tesi che si vuol sposare ma, a ben vedere, la lettera della disposizione non appare insuperabile. La norma prevede che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta, tuttavia, la lettura del successivo comma 9 ci porta a ritenere che l'aggiudicazione faccia comunque sorgere un vincolo di tipo negoziale. Se così non fosse, infatti, non avrebbe alcun senso l'affermazione secondo cui l'aggiudicatario, in caso di mancata stipula del contratto entro i termini ivi previsti, può *“sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto”*. Tanto più se la norma viene letta in combinato disposto con l'ancora vigente art. 16 del regio decreto n. 2440 del 1923 che sancisce l'equivalenza al contratto dei

⁴⁰⁶ L'ordinanza in parola ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione circa la sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

⁴⁰⁷ Cfr. *supra*, par. 3.3, nota n. 366.

processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni.

Non stupisce, quindi, che i giudici di Palazzo Spada abbiano aderito, nell'ordinanza n. 1328 del 2008, all'indirizzo interpretativo che configura l'aggiudicazione come atto avente *“una duplice natura, amministrativa e negoziale, nel senso che si pone, al contempo, come provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato e di atto giuridico con il quale l'amministrazione formalizza la propria volontà di contrarre con l'impresa scelta ed alle condizioni dalla stessa offerte”*.

In adesione a questo indirizzo giurisprudenziale, la dottrina prima citata ha quindi affermato che il venir meno dell'aggiudicazione, a seguito del suo annullamento, determina la nullità del contratto per mancanza del consenso. La demolizione dell'atto con cui l'amministrazione ha espresso la sua volontà negoziale, infatti, priverebbe il relativo negozio giuridico dell'elemento essenziale costituito dall'accordo, da ritenersi insussistente proprio a causa dell'elisione dell'atto generativo del consenso di una delle parti.

Almeno due sono le obiezioni che si possono avanzare.

In primo luogo, configurando la patologia del contratto in termini di nullità, riemergerebbero tutte le criticità che già in passato avevano determinato il superamento di questa opzione interpretativa e, in particolare, quella relativa alla possibilità di veder travolto il contratto con effetto retroattivo – e su iniziativa di qualunque interessato – anche molto tempo dopo la sua conclusione⁴⁰⁸. Senza contare l'ulteriore ambiguità rappresentata dal fatto che il contratto sarebbe da considerare nullo *ab*

⁴⁰⁸ Evidenti sarebbero le ripercussioni negative sulla realizzazione delle opere e dei servizi programmati e sulla posizione, magari di assoluta buona fede, del contraente aggiudicatario.

origine, ma il vizio, a dispetto di quanto prevede il diritto comune in tema di nullità, sarebbe rilevabile solo dopo il positivo esperimento dell'azione di annullamento dell'aggiudicazione dinanzi al g.a..

A questi rilievi, tuttavia, si può replicare che le caratteristiche tipiche dell'azione di nullità devono necessariamente integrarsi con le regole che disciplinano il giudizio amministrativo visto il vincolo inscindibile che lega l'aggiudicazione (oggetto di impugnazione dinanzi al g.a.) e il contratto. Pertanto, si dovrebbe riconoscere la legittimazione a far valere la nullità solamente alle parti che hanno impugnato l'aggiudicazione, unici soggetti che hanno manifestato il relativo interesse richiedendo la rimozione dell'atto invalidante la procedura ad evidenza pubblica necessariamente prodromica alla stipula. In questo modo gli interessi pubblici sottesi all'attività negoziale della p.a., nonché l'esigenza di stabilità degli atti amministrativi e di certezza dei relativi rapporti, inevitabilmente sacrificati con l'applicazione integrale della disciplina civilistica, riemergerebbero sul piano della tutela giurisdizionale e giustificerebbero la ricostruzione della fattispecie in termini di nullità speciale. Una nullità relativa che trova la propria ragion d'essere nella necessaria pregiudizialità della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione; pena l'aggiramento delle regole processuali che rappresentano i meccanismi di tutela degli interessi lesi da provvedimenti amministrativi e che sono poste anche in funzione di garanzia dell'interesse pubblico⁴⁰⁹.

Superato questo ostacolo, l'altra obiezione che si può muovere alla teoria in parola riguarda la scarsa importanza, quasi l'indifferenza mostrata nei confronti del contratto di diritto privato. Il vincolo negoziale starebbe tutto

⁴⁰⁹ In questo senso sempre la citata ordinanza della quinta sezione n. 1328 del 2008, nonché, in dottrina, F. GOISIS, *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2004, p. 242 ss..

nell'aggiudicazione e la successiva stipula sarebbe una mera riproduzione di quanto già cristallizzato nel provvedimento. Per quanto sia condivisibile (e in questa sede la si condivide) l'idea che l'aggiudicazione abbia natura anche negoziale, rimane il fatto innegabile che il contratto, una volta stipulato, esista e sia qualcosa di diverso dall'aggiudicazione. In più, nonostante lo stretto legame che lo lega alla procedura ad evidenza pubblica, il consenso che sorregge la stipulazione è pur sempre espressione della generale autonomia negoziale appartenente alla p.a.. Difficilmente, quindi, si potrebbe sostenere che esso non rappresenti un incontro di volontà e, conseguentemente, ricostruire la patologia che lo affligge, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, in termini di nullità per mancanza del consenso appare una forzatura.

Secondo chi scrive la stipulazione del contratto è una conseguenza naturale e necessaria, a fronte della conclusione della fase pubblicistica con il provvedimento di aggiudicazione, ma mantiene una sua autonomia. Il vincolo negoziale che deriva dall'aggiudicazione, pertanto, non può sovrapporsi al contratto ed ha come oggetto, piuttosto, l'obbligo per la p.a. di stipulare il contratto alle condizioni definite nell'offerta risultata vincitrice. Un vincolo non dissimile da quello derivante dalla stipula di un preliminare, tanto più se si considera che parte della dottrina e della giurisprudenza⁴¹⁰ ritengono possibile esperire l'azione ex art. 2932 c.c. nel caso in cui la p.a., dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione rimanga inerte e non intenda addivenire alla stipulazione (ottenendo così una pronuncia costitutiva in grado di tener luogo del contratto).

Una soluzione in grado di contemperare l'esigenza di mantener ferma la ricostruzione della patologia negoziale in termini di nullità e quella di salvaguardare l'autonomia del contratto rispetto all'aggiudicazione,

⁴¹⁰ Cfr., *supra*, nota n. 360.

potrebbe essere ravvisata nella configurazione di una nullità per mancanza di causa⁴¹¹. Secondo questa linea interpretativa il contratto troverebbe la propria giustificazione causale nell'adempimento dell'obbligo di contrarre derivante dall'aggiudicazione e, pertanto, avrebbe causa esterna. Un contratto, dunque, da considerare come un atto dovuto *solvendi causa* che, evidentemente, rimarrebbe privo della propria giustificazione causale nel momento in cui dovesse venir meno l'aggiudicazione (e, con essa, il vincolo negoziale). Di qui la nullità in base al combinato disposto degli artt. 1418, secondo comma e 1325 c.c..

Questa soluzione sembra coerente sia con la natura negoziale dell'aggiudicazione (da cui discende l'obbligo privatistico di stipulare il contratto), sia con la dualità del meccanismo negoziale che presidia l'attività contrattuale della p.a.. Attraverso la ricostruzione in termini di nullità per mancanza di causa, infatti, viene preservata l'autonoma rilevanza del contratto rispetto al provvedimento conclusivo della procedura ad evidenza pubblica.

Ci si potrebbe, quindi, ritenere soddisfatti se non fosse per le forme di tutela processuale introdotte con il d.lgs. n. 53 del 2010, e poi riprodotte nel codice del processo amministrativo, che ci portano seriamente a dubitare circa la correttezza di una soluzione pan-civilistica come quella prospettata.

3.5.2 – (segue) L'inefficacia flessibile delineata dagli artt. 121 e ss. del c.p.a. e l'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo nel calibrare gli effetti sul contratto del venir meno dell'aggiudicazione

⁴¹¹ L'idea, sia pur argomentata in modo diverso è stata sostenuta anche da L. V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, ripresa poi nel successivo scritto L. V. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 597 ss..

fanno propendere per una ricostruzione pubblicistica dell'invalidità negoziale.

La riforma del codice dei contratti pubblici operata dal d. lgs. n. 53 del 2012 ha introdotto una graduazione delle conseguenze sul contratto derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione, in accordo con quanto stabilito dalla direttiva n. 2007/66/CE. La normativa comunitaria, infatti, aveva previsto come principio generale che un contratto risultante da un'aggiudicazione illegittima avrebbe dovuto essere considerato privo di effetti⁴¹² ma, nel contempo, escludeva in alcuni casi la comminatoria di inefficacia allorché l'organo di ricorso rilevasse *“che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale”* imponesse il mantenimento degli effetti del contratto stipulato. In queste ipotesi gli ordinamenti nazionali avrebbero potuto prevedere delle sanzioni alternative.

In conformità a quanto previsto dalla direttiva, il legislatore italiano ha quindi introdotto nel nostro ordinamento e, nello specifico, nel d.lgs. n. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), gli artt. 245-bis, 245-ter e 245-quater, poi, come detto, trasfusi nel corpo del codice del processo amministrativo, negli artt. 121 e seguenti.

L'art. 121 c.p.a., rubricato *“inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni”*, indica quelle ipotesi in cui le gravi illegittimità che affliggono la procedura di gara impongono la privazione degli effetti del contratto. Si tratta di quattro fattispecie che possono essere ordinate in due gruppi da due casi ciascuno⁴¹³: il primo riguarda due ipotesi di violazione della

⁴¹² In questo senso il tredicesimo considerando della direttiva, in cui si prendono in considerazione ipotesi di illegittimità dell'aggiudicazione derivanti da gravi violazioni del diritto comunitario in materia di contratti pubblici e, nello specifico, delle disposizioni poste a tutela della concorrenzialità dei mercati.

⁴¹³ Così M. M. FRACANZANI, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, cit., § III.

concorrenza che operano a monte rispetto alla stipula del contratto, cioè quando la gara non abbia avuto adeguata pubblicità o quando la stazione appaltante abbia seguito una procedura meno competitiva rispetto a quella che avrebbe dovuto essere utilizzata. Il secondo gruppo riguarda invece due ipotesi di violazione della concorrenza a valle, che si manifestano dopo la conclusione della procedura ad evidenza pubblica e cioè quando il contratto venga stipulato senza lasciare tempo agli altri partecipanti alla gara di contestare la procedura (senza quindi rispettare il termine di *stand still* sostanziale di cui all'art. 11, comma 10, del codice dei contratti⁴¹⁴) e quando, in pendenza di un ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva, la p.a. abbia comunque stipulato il contratto senza rispettare il termine di *stand still* processuale di cui all'art. 11, comma 10-ter del codice dei contratti⁴¹⁵. In relazione a questo secondo gruppo, il legislatore precisa poi che le violazioni in parola possono considerarsi gravi (e giustificare quindi la declaratoria di inefficacia del contratto) allorché vengano soddisfatte altre due condizioni rispetto al mancato rispetto dei termini dilatori: a) la presenza di altri vizi dell'aggiudicazione definitiva; b) il pregiudizio per le possibilità di difesa effettiva del ricorrente.

Il rigore della disposizione, ispirato all'esigenza di dare risposta all'imposizione comunitaria di predisporre un apparato di regole in grado

⁴¹⁴ La disposizione in parola, introdotta dal d.lgs. n. 53 del 2010, prevede che *"il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva"*.

⁴¹⁵ La disposizione in parola, introdotta anch'essa dal d.lgs. n. 53 del 2010, prevede che *"se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva"*.

di tutelare efficacemente la concorrenza, viene però mitigato e reso cedevole di fronte ai superiori interessi pubblici che il legislatore si premura di indicare con una dizione generica (e dunque elastica) accompagnata da una esemplificazione di certo non esaustiva. In base al secondo comma dello stesso art. 121 c.p.a. il contratto è, infatti, destinato a rimanere efficace anche in presenza delle violazioni (gravi) di cui al comma 1 nel momento in cui venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra queste esigenze vengono indicati una serie di casi⁴¹⁶ dettati da un certo pragmatismo che sconsiglia di rendere inefficace il contratto laddove il beneficio derivante dal ripristino della legalità violata non sarebbe in grado di compensare il grave danno che subirebbe la stazione appaltante in caso di mutamento della controparte contrattuale.

Il giudice, pertanto, anche laddove vi siano gravi violazioni delle regole a tutela della concorrenza, può alternativamente: a) scegliere di conservare l'efficacia del contratto in ragione delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale; b) in mancanza di tali esigenze dichiarare inefficace il contratto fissandone la relativa decorrenza, *ex tunc* o *ex nunc*, con

⁴¹⁶ Per esigenze di chiarezza si riporta il testo del secondo comma dell'art. 121 c.p.a.: *"Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia"*.

l'applicazione di sanzioni alternative laddove la scelta ricadesse su quest'ultima opzione.

Un potere, quindi, particolarmente elastico, in grado di adattare le sorti del contratto alle esigenze di interesse pubblico che di volta in volta vengono in rilievo e che, a ben vedere, non dovrebbero trovare alcun ruolo nell'ambito di valutazioni concernenti l'efficacia negoziale di un contratto di diritto privato. Sul punto si avrà modo di tornare dopo aver analizzato il caso ancor più paradigmatico delle violazioni meno gravi e che ci porterà sulla strada di una ricostruzione in termini pubblicistici dell'inefficacia di cui agli artt. 121 e ss. gg. c.p.a..

L'art. 122 c.p.a. (in cui è confluito il portato dell'art. 245-ter del codice dei contratti) disciplina i casi diversi dalle violazioni gravi di cui all'art. 121 c.p.a. e contempla il potere del giudice di valutare caso per caso se pronunciare l'inefficacia del contratto (fissandone la decorrenza) o mantenerne gli effetti, accordando in quest'ultimo caso il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. Un potere particolarmente incisivo che deve essere esercitato *“tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”*.

Dalla lettura delle due norme si ricava, innanzi tutto, la diversa caratterizzazione dell'inefficacia. Nel caso delle violazioni gravi, il contratto dovrebbe rimanere privo di effetti, senza neppure il bisogno di una puntuale domanda di parte in tal senso⁴¹⁷, ma la regola subisce

⁴¹⁷ La rilevabilità d'ufficio dell'inefficacia del contratto è sostenuta soprattutto da chi ritiene che tale inefficacia abbia natura sanzionatoria, in ragione del fatto che nei casi in cui non è possibile pronunciarla è prevista la necessaria applicazione di sanzioni alternative. In

un'importante eccezione laddove si prevede la possibilità che il giudice, valorizzando la presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale, possa comunque mantenerlo in vita (e per questo parte della dottrina ha parlato di "inefficacia cedevole"). Nel caso delle violazioni "non gravi", invece, l'inefficacia può qualificarsi come facoltativa: non sarebbe, infatti, una conseguenza né ordinaria, né necessaria, dell'annullamento dell'aggiudicazione. Conseguentemente, non si potrebbe nemmeno sostenere la sussistenza di un potere di rilevamento officioso da parte del giudice al pari di quanto avviene nell'ipotesi precedentemente descritta⁴¹⁸.

Ciò che invece accomuna le due fattispecie (e che rappresenta l'aspetto della disciplina di maggiore interesse in relazione al nostro discorso) è l'assenza di un rapporto di necessaria consequenzialità tra annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia del contratto. Come ha avuto modo di rilevare anche la recente giurisprudenza, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione spetta al giudice amministrativo il potere di decidere *discrezionalmente*, anche nei casi di violazioni gravi, se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato⁴¹⁹. L'inefficacia, pertanto, deve essere oggetto di una specifica statuizione giudiziale e non può definirsi una conseguenza che deriva direttamente dall'annullamento dell'aggiudicazione. Quest'ultima, piuttosto, determina solo il sorgere del

questo senso M. M. FRACANZANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo*, cit.; M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d. lgs. n. 53 del 2010*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2010, p. XCVIII.

⁴¹⁸ Cfr. T.a.r. Lombardia, Brescia, 17 novembre 2011, n. 1586, in *Foro amm.- T.a.r.*, 2011, vol. 11, p. 3420, in cui si rileva che "al di fuori dei casi di maggiore gravità espressamente disciplinati dall'art. 121, la declaratoria dell'inefficacia del contratto è una mera eventualità, il cui verificarsi è subordinato all'espressa domanda di parte ricorrente in tal senso".

⁴¹⁹ In questo senso: Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, vol. 12, p. 3652; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 8 marzo 2011, in *Foro amm.- T.a.r.*, 2011, vol. 3, p. 879; T.a.r. Toscana, sez. I, 27 gennaio 2011, n. 154, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba continuare a produrre effetti oppure no.

Inoltre, non è elemento di poco conto la circostanza che le valutazioni a cui è chiamato il giudice sono condotte, nel caso di violazioni gravi, tenendo in considerazione l'eventuale presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale; nel caso di violazioni non gravi, tenendo conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrarvi. Si tratta, evidentemente, di un sindacato particolarmente incisivo, che tiene conto di tutti gli interessi che si agitano nel concreto della fattispecie e, proprio in relazione a questo rilievo, parte della dottrina sostiene che la valutazione del giudice funzionale alla dichiarazione di inefficacia del contratto lambisca un giudizio di equità, in cui, per volontà del legislatore, rimangono separati il piano della validità e quello dell'efficacia⁴²⁰. Le norme, infatti, sembrano più orientate ad assicurare una tutela processuale effettiva e rapida al ricorrente che non a disciplinare il regime dell'invalidità che affligge il contratto.

Non stupisce, allora, che la centralità attribuita al bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti abbia portato a sostenere anche la tesi che si sarebbe al cospetto di un'ipotesi innominata di giurisdizione estesa al merito. Il giudice, infatti, oltre a statuire sulla legittimità della procedura di gara, nel momento in cui è chiamato a pronunciarsi sull'efficacia del contratto stipulato deve far uso di parametri di giudizio molto elastici, generici e vicini a quelli cui deve ispirarsi l'azione amministrativa. Per quanto legislativamente determinate, le valutazioni che deve compiere il

⁴²⁰ In questo senso F. AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d. lgs. n. 53 del 2010*, in *Rivista Nel Diritto*, 2010, p. 757 ss..

giudice sono valutazioni di opportunità, che tengono in massima considerazione l'interesse pubblico sotteso alla stipulazione (e all'esecuzione) del contratto. In questa prospettiva, pertanto, si tratterebbe di un'attività di valutazione dell'interesse pubblico *"sostitutiva di quella che potrebbe essere svolta dall'amministrazione"*⁴²¹. La peculiare discrezionalità assegnata al potere del giudice, caratterizzato da una valenza gestionale e dalla mera indicazione di finalità da perseguire, finirebbe, quindi, per connotarlo *"in termini di potere amministrativo affidato al giudice, più che come vero e proprio potere giurisdizionale"*⁴²².

Nonostante la persuasività della suggestiva ricostruzione, che prende atto dell'ampiezza delle valutazioni giudiziali, estese alla ponderazione degli interessi della parti (dunque anche della p.a.), si deve rilevare come la prevalente dottrina le abbia comunque ricondotte, non senza qualche difficoltà, nell'alveo della giurisdizione di legittimità ed esclusiva.

In primo luogo perché nonostante la legge delega prevedesse la possibilità di attribuire al g.a. una giurisdizione estesa al merito, il legislatore delegato ha preferito espungere il riferimento a quest'ultima e inserire le pronunce di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione tra i casi di (sola) giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 c.p.a.⁴²³. In secondo luogo perché il giudice amministrativo sarebbe

⁴²¹ Così R. CAPONIGRO, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2009, p. 2450; G. GIOVANNINI, R. CAPONIGRO, *Art. 7*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO, (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011, p. 106 – 108.

⁴²² Così P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, in *www.giustiziainministrativa.it*.

⁴²³ Per la precisione, il riferimento in questione si trova al comma 1, lettera e), n.1, dell'art. 133 c.p.a., rubricato *"Materie di giurisdizione esclusiva"*. Secondo chi scrive, tuttavia, la posizione di chi afferma che non si tratti di giurisdizione estesa al merito solo perché le controversie di cui si discute non sono state indicate nel relativo articolo (art. 134 c.p.a.) sembra essere eccessivamente formalista.

comunque tenuto a riempire di significato concetti giuridici – per quanto indeterminati ed elastici – *“secondo una tecnica giurisdizionale che rimane nell’area della conoscenza del fatto, cui anche gli interessi vanno ascritti”*⁴²⁴.

In ogni caso, anche senza dover necessariamente coinvolgere la sussistenza di una giurisdizione estesa al merito, chi scrive rimane nel convincimento che l’inefficacia delineata dagli artt. 121 e, soprattutto, 122 c.p.a. non sia riconducibile ai modelli civilistici di patologia negoziale e debba, di converso, essere inquadrata, interpretata e rilevata giudizialmente alla luce di categorie e principi tutti pubblicistici, primo fra tutti la necessità di bilanciare l’interesse privato alla “caducazione” del contratto con quelli generali che si oppongono a questa soluzione. Di qui si spiega il richiamo all’interesse delle parti, allo stato di esecuzione dei lavori, alla possibilità di subentro e al rilievo attribuito, nel caso di violazioni gravi, allo sproporzionato (rispetto all’interesse del ricorrente) pregiudizio economico che subirebbe la stazione appaltante laddove venisse pronunciata l’inefficacia del contratto. Parametri che, seppure oggettivi, sono però da combinare in vario modo tra loro, in relazione alle specifiche e variabili caratteristiche della situazione di fatto di volta in volta in esame⁴²⁵ e che determinano il carattere polimorfico dell’inefficacia di cui si tratta. La privazione degli effetti del contratto, infatti, potrà dipendere da valutazioni sempre diverse alla cui base troviamo ora uno, ora l’altro, dei parametri presi in considerazione dal legislatore e la stessa retroattività potrà essere modulata in relazione alle peculiari caratteristiche della fattispecie sottoposta all’attenzione del giudice.

⁴²⁴ Così R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1444.

⁴²⁵ Cfr. T.a.r. Sicilia, Catania, sez. IV, 7 novembre 2011, n. 2645, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2011, vol. 11, p. 3741.

Si capisce, allora, che tale inefficacia non può essere considerata il precipitato di una precisa forma di invalidità negoziale dato che il diritto civile non contempla la possibilità di variare ed adattare le conseguenze della patologia contrattuale in relazione a parametri di giudizio tanto elastici e, soprattutto, tanto sensibili all'esigenza di bilanciare interessi pubblici e privati. Anzi, il fatto che il giudice sia depositario del potere di ridisegnare l'assetto negoziale derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione anche tenendo conto dell'interesse pubblico sottostante, ci porta a ritenere che voler qualificare la privazione degli effetti del contratto secondo i rigidi modelli definiti dalla disciplina privatistica finirebbe per costituire una limitazione ai poteri di valutazione che il legislatore ha voluto attribuire al giudice amministrativo⁴²⁶.

Il contratto deve, dunque, considerarsi inefficace non perché sia nullo o annullabile ovvero per effetto di una caducazione automatica derivante dalla pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione ma, molto più semplicemente, perché così vuole il legislatore.

Si tratta di un'inefficacia del tutto peculiare, flessibile, avente natura interamente pubblicistica e rilevanza eminentemente processuale. Un'inefficacia che solo attraverso forzature interpretative potrebbe essere spiegata con categorie privatistiche perché, in ultima analisi, dipende da valutazioni pragmatiche che tengono conto dell'evoluzione della situazione di fatto e dell'interesse al mantenimento in vita degli effetti del contratto stipulato⁴²⁷, sia pur in base ad atti amministrativi dichiarati poi illegittimi e annullati.

⁴²⁶ Così si esprime M. LIPARI, *ult. op. cit.*, p. XC.

⁴²⁷ Secondo E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, fasc. 1, p. 240-268, l'inefficacia delineata dal codice del processo amministrativo sarebbe limitata "ai casi in cui è veramente utile

Il giudice, pertanto, non è tenuto a verificare se in ragione dell'annullamento dell'aggiudicazione risulti viziato qualche elemento del contratto in modo da determinarne la nullità piuttosto che l'annullabilità. Come ha rilevato parte della dottrina, *"questo tipo di indagine esula dal sindacato del giudice amministrativo"*⁴²⁸. E ciò perché l'inefficacia non deriva dalla propagazione dei vizi degli atti di gara (in particolare dell'aggiudicazione) agli elementi del contratto, contaminandoli sotto il profilo della validità⁴²⁹, ma deriva dalla valutazione giudiziale in merito alla possibilità di tenere in vita o meno gli effetti del contratto alla luce degli interessi pubblici e privati coinvolti. Un'inefficacia, dunque, che affonda le proprie radici più nel diritto amministrativo che nel diritto civile.

Tale considerazione trova ulteriore supporto anche nel peculiare meccanismo processuale che permette la dichiarazione di inefficacia.

Gli artt. 121 e 122 c.p.a., prevedendo che a pronunciare l'inefficacia sia il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva, hanno introdotto una sorta di pregiudiziale di annullamento dell'aggiudicazione. Senza la caducazione giudiziale di quest'ultima, pertanto, non sarà possibile nemmeno mettere in discussione gli effetti del contratto stipulato. In più, posto che l'azione di annullamento può essere esperita entro rigorosi e brevissimi termini decadenziali, agli stessi termini (del tutto sconosciuti alla disciplina civilistica delle invalidità negoziali) dovrà ritenersi sottoposta anche la domanda di dichiarazione dell'inefficacia del contratto.

all'obiettivo in quanto consente il subentro del ricorrente, ferma restando in ogni caso la necessità del confronto in termini di proporzionalità con l'interesse pubblico sotteso al contratto".

⁴²⁸ Così E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 – 124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, fasc. 4, p. 1083.

⁴²⁹ *Ibidem*.

La specialità del rapporto contrattuale instaurato con la pubblica amministrazione emerge, dunque, con grande evidenza. Non solo l'annullamento dell'aggiudicazione condiziona la sorte del contratto *medio tempore* stipulato ma tale sorte, rifuggendo ogni inquadramento nelle invalidità negoziali tipiche, finisce per tradursi in un'inefficacia polimorfica e sensibile alle esigenze di cura dell'interesse pubblico, che vengono in rilievo tanto sul versante della sua caratterizzazione sostanziale, quanto su quello della tutela processuale⁴³⁰.

3.6 – L'autonomia negoziale della p.a. si differenzia da quella degli operatori di mercato privati anche in ragione dell'obbligo di tutela della concorrenza. Analisi dei limiti all'utilizzo delle procedure negoziate.

Come anticipato nel paragrafo 3.1, la seconda parte di questo capitolo è dedicata all'analisi dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione sotto il profilo degli obblighi di tutela della concorrenza su di essa gravanti. La tematica, evidentemente, è ampia; basti pensare che buona parte della

⁴³⁰ Un ulteriore elemento che testimonia la specialità dei rapporti contrattuali in cui è parte la p.a. è rappresentato dallo stretto legame che avvince non solo la domanda di annullamento con quella di dichiarazione dell'inefficacia ma anche queste ultime con la domanda risarcitoria. L'art. 124 c.p.a. prevede infatti che, nel caso di mancata pronuncia dell'inefficacia, il giudice disponga il risarcimento del danno per equivalente ma, nel contempo, precisa che in caso di mancata proposizione della domanda di risarcimento in forma specifica (cioè la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, che è condizionata alla dichiarazione di inefficacia e, dunque, alla sentenza di annullamento), il giudice tenga conto di tale condotta processuale ai fini dell'applicazione dell'art. 1227 c.c.. In altri termini, il mancato esperimento del rimedio processuale avverso l'aggiudicazione non solo impedirebbe la declaratoria di inefficacia del contratto ma, in più, verrebbe considerato come un comportamento rilevante ai fini della limitazione del *quantum* risarcibile. Un simile meccanismo (che, per certi versi, riproduce la tanto contestata pregiudizialità amministrativa) è tipico dei giudizi risarcitori in conseguenza di lesioni di interessi legittimi (art. 30, comma 3, c.p.a.) ma è del tutto alieno rispetto alla tutela risarcitoria assicurata nell'ambito dei rapporti contrattuali tra privati.

disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici è ispirata dall'esigenza di contemperare l'interesse della p.a. ad ottenere le varie prestazioni che possono costituire l'oggetto del contratto alle migliori condizioni con l'obbligo di assicurare parità di trattamento ai potenziali contraenti. In questa sede, tuttavia, l'attenzione verrà focalizzata su quegli istituti e su quelle fattispecie concrete in cui l'autonomia negoziale della p.a. può svolgere un ruolo maggiormente incisivo e in cui, conseguentemente, si possono annidare dei pericoli per il confronto concorrenziale.

Per selezionare le proprie controparti contrattuali, la p.a. è normalmente chiamata ad attivare i meccanismi delle procedure ad evidenza pubblica che possono assumere connotati più o meno rigidi a seconda del valore economico del contratto da stipulare. Nelle ipotesi che si collocano sopra la c.d. soglia di rilevanza (economica) comunitaria, il codice dei contratti ha previsto una disciplina assai dettagliata, in recepimento delle varie direttive comunitarie che hanno interessato la materia degli appalti pubblici e, dunque, gli spazi di manovra per il dispiegarsi dell'autonomia negoziale sono decisamente angusti e la concorrenza è tutelata al massimo grado. Gli appalti sotto soglia, tuttavia, non sono da considerare estranei all'ambito di applicazione del diritto comunitario, stante la loro rilevanza ai fini della creazione del mercato unico europeo. Le varie stazioni appaltanti, dunque, sono state esonerate dalla puntuale e obbligatoria applicazione di tutte le prescrizioni del codice dei contratti ma, in ogni caso, non possono prescindere dal rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, così come previsto dal combinato disposto degli artt. 2 e 121 del d.lgs. n. 163 del 2006. D'altro canto è un principio ormai consolidato quello che, di regola, laddove venga conferito ad un soggetto privato operante nel mercato un'opportunità di guadagno e/o un vantaggio competitivo, il

rispetto dei principi comunitari su cui si fonda la costruzione del mercato unico imponga l'obbligo della gara, del confronto competitivo, ancorché disciplinati in modo più elastico nelle ipotesi di minore rilevanza economica⁴³¹.

Costituiscono eccezione a questa regola le ipotesi in cui viene riconosciuta al soggetto pubblico la possibilità di evitare gli adempimenti funzionali al confronto competitivo mediante l'utilizzo delle c.d. procedure negoziate.

Si tratta di procedure cui la stazione appaltante può fare ricorso solo nelle ipotesi e alle condizioni espressamente stabilite dal codice dei contratti e, naturalmente, devono considerarsi alternative ma facoltative rispetto alle ordinarie, e più garantiste, procedure di affidamento. Il codice ne contempla di due tipi: a) procedure negoziate previa pubblicazione di un bando di gara (art. 56); b) procedure negoziate senza necessità di previa pubblicazione di un bando di gara (art. 57).

In base a quanto disposto dall'art. 56, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, quando, in esito all'esperimento di una precedente procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono risultate irregolari o inammissibili, in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte⁴³². Un'offerta potrà dirsi irregolare quando non risponde ai requisiti di forma richiesti dalla *lex specialis* di gara o da specifiche disposizioni di legge o regolamento volte ad assicurare la

⁴³¹ In questo senso, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, cit., p. 2472.

⁴³² È, invece consentito il ricorso alla procedura negoziata senza bando nel caso in cui la stazione appaltante inviti tutti i concorrenti della precedente gara in possesso dei requisiti di cui agli artt. da 34 a 45 che abbiano presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima (si tratta, dunque, delle offerte regolari ma inammissibili).

regolarità ed imparzialità della gara⁴³³. Sarà, invece, inammissibile quando, pur correttamente predisposta sotto il profilo formale, non è conforme alle richieste avanzate dalla stazione appaltante nel bando e nel capitolato speciale⁴³⁴ e, per questo, non potrà essere presa in considerazione e valutata.

Un'ulteriore ipotesi di procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara (art. 56, comma 1, lett. c)) riguarda i soli appalti pubblici di lavori che, però, siano realizzati a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo.

Si tratta, dunque, di una procedura eccezionale, mediante la quale le stazioni appaltanti possono consultare direttamente gli operatori economici da loro prescelti e negoziare le condizioni dell'appalto. A prima vista sembrerebbe un'opzione che si pone in aperto contrasto con la *ratio* che ispira la procedura ordinaria ad evidenza pubblica ma, a ben vedere, la procedura negoziata in parola è stata introdotta dal legislatore per assicurare nel campo dei contratti pubblici l'attuazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità attraverso il contemperamento degli opposti principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e pubblicità (posti a garanzia

⁴³³ Si pensi alle ipotesi di errata predisposizione dei plichi dell'offerta o di mancato possesso di alcuni requisiti di partecipazione.

⁴³⁴ Secondo la giurisprudenza è inammissibile, ad esempio, l'offerta presentata da un raggruppamento temporaneo di imprese che contiene una polizza fideiussoria stipulata dalla sola capogruppo, con conseguente garanzia solo nei confronti di questa e non delle altre mandanti (Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2009, n. 2400, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, fasc. 4, p. 992). Parimenti inammissibile è un'offerta condizionata o che, in ogni caso, vuole introdurre nel regolamento negoziale clausole difformi da quelle proposte dalla stazione appaltante (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 248, in *Contr. Stato enti pub.* 2010, p. 202).

della più ampia partecipazione), con quelli di economicità, efficacia, e tempestività dell'azione amministrativa, nel momento in cui sia rimasta senza esito una precedente procedura aperta o ristretta o un dialogo competitivo per l'irregolarità o l'inammissibilità delle offerte presentate⁴³⁵.

Si tratta, dunque, di un modello operativo che va a sopperire l'insuccesso (e l'inefficacia nel caso concreto) della procedura ad evidenza pubblica e che si caratterizza per il maggior spazio lasciato all'autonomia negoziale della p.a. allo scopo di aumentare le possibilità di concludere il contratto cui mira la stazione appaltante. Il tutto cercando di limitare al minimo il sacrificio del leale confronto competitivo tra gli operatori di mercato interessati. Non solo, infatti, è prevista la necessaria pubblicazione di un bando in modo che i partecipanti alla precedente gara siano messi nelle condizioni di conoscere l'intenzione della p.a. di procedere alla negoziazione ma, in più, l'art. 56 impone alla stazione appaltante di non modificare in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Quest'ultima prescrizione rappresenta un presidio irrinunciabile per la tutela della concorrenza. Essa, infatti, è finalizzata a garantire parità di trattamento tra gli operatori economici ammessi alla nuova gara rispetto a quelli che hanno partecipato alla prima procedura. La stazione appaltante, infatti, potrebbe facilmente eludere il principio di tutela della concorrenza proponendo condizioni contrattuali più favorevoli, cioè più vantaggiose per il futuro contraente, rispetto a quelle indicate nella precedente procedura aperta – o ristretta – non andata a buon fine⁴³⁶.

⁴³⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 526.

⁴³⁶ Cfr. T.a.r. Valle d'Aosta, 28 aprile 2009, n. 37, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2009, fasc. 4, p. 961, secondo cui nella procedura negoziata previa pubblicazione del bando, "l'Amministrazione non può stabilire una diversa base d'asta né può modificare le altre condizioni del contratto che influiscono sul sinallagma perché la norma mira ad evitare un'elusione delle norme sulla concorrenza".

Inoltre, come ha avuto modo di rilevare la giurisprudenza, è proprio l'uniformità dell'oggetto del futuro contratto a giustificare l'utilizzo della procedura negoziata "sotto il profilo dell'adeguatezza, proporzionalità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa"⁴³⁷. Un eventuale cambiamento delle condizioni contrattuali imporrebbe, infatti, l'indizione di una nuova procedura aperta o ristretta per verificare se il mercato sia in grado di dare risposta alle nuove esigenze che emergono dal cambiamento dei termini del sinallagma.

Il pericolo di elusione dell'obbligo di tutela della concorrenza emerge in modo ancora più netto nei casi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara che sono disciplinati dall'art. 57 del codice dei contratti.

Alcune tra tali ipotesi si riferiscono indistintamente agli appalti di lavori, servizi e forniture (comma 2, che sarà analizzato nelle pagine che seguono), mentre altre riguardano solo l'una o l'altra tipologia di contratti (per la cui descrizione si rinvia alla lettura dei commi 3, 4 e 5). In ogni caso, però, se la stazione appaltante decide di aggiudicare un contratto di appalto mediante questa procedura, deve darne conto con adeguata motivazione nella delibera o determinazione a contrarre.

Proprio perché si tratta di una procedura che finisce per escludere il confronto competitivo tra gli operatori economici, si capisce che l'amministrazione debba indicare con precisione la sussistenza di tutti i presupposti che la legittimano e non è sufficiente la generica affermazione circa la sussistenza di una delle ipotesi descritte nella norma in parola⁴³⁸.

⁴³⁷ Così Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090, cit..

⁴³⁸ Così I. SORRENTINO, *La negoziazione in luogo della gara: le diverse ipotesi*, in AA.VV., *Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture*, vol. 2, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in *www.governo.it*, p. 154.

Tre sono i casi in cui la procedura negoziata è ammessa sia per gli appalti di lavori, che di servizi e di forniture.

Il primo riguarda l'ipotesi in cui, all'esito di una procedura aperta o ristretta non sia stata presentata alcuna offerta, o nessuna offerta sia stata ritenuta appropriata⁴³⁹, o non si sia registrata alcuna candidatura. Come nel caso di procedura negoziata previa pubblicazione di un bando gara, anche in questa ipotesi la norma prevede che la stazione appaltante non possa modificare in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Sarà, dunque, possibile un aggiornamento dei prezzi in conseguenza del necessario adeguamento all'indice di inflazione ma non una modifica di uno o più elementi del contratto aventi una rilevanza tale da essere in grado di alterare l'originario equilibrio del sinallagma; pena la violazione del principio di parità di trattamento degli operatori di mercato e, in generale, del principio di tutela della concorrenza.

Ad ulteriore presidio di garanzia dei presupposti di legittimità che consentono l'esperimento della procedura in parola, la disposizione prevede che, a seguito di specifica richiesta della Commissione, vi sia l'obbligo per la stazione appaltante di trasmettere una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla conseguente necessità della procedura negoziata.

Infine, ferma restando la necessaria sussistenza dei presupposti richiesti per la legittimità di questa modalità d'azione, la p.a. dovrà adeguatamente motivare in ordine all'esito della precedente procedura ordinaria e alla circostanza che una nuova procedura competitiva aperta o ristretta non sarebbe comunque idonea a conseguire il fine perseguito.

⁴³⁹ Un'offerta deve ritenersi inappropriata quando non risulta conveniente o idonea rispetto all'oggetto del contratto da stipulare (art. 81, comma 3) o anormalmente bassa e, dunque, inaffidabile (art. 86 e ss.).

Solo il rispetto di tutti questi limiti che, prudentemente, circondano il ricorso alla procedura negoziata consente di escludere un suo utilizzo in senso elusivo rispetto alle regole pro concorrenziali che informano la disciplina dei contratti pubblici e, nel contempo, consente di connotare la scelta in parola in termini di adeguatezza e proporzionalità rispetto all'esigenza di soddisfare il fine sotteso al contratto che la stazione appaltante vuol concludere.

Assai più delicato si presenta, invece, il caso di cui alla lettera b), in base al quale la procedura negoziata è consentita laddove, *“per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato”*.

La motivazione che sorregge il ricorso alla procedura negoziata risiede, essenzialmente, nella struttura del mercato di riferimento in relazione all'oggetto dell'appalto e alle specifiche esigenze che l'amministrazione vuol soddisfare⁴⁴⁰. Infatti, anche laddove si optasse per un'ordinaria procedura aperta o ristretta vi sarebbe comunque un solo operatore in grado di fornire la prestazione richiesta. Tuttavia, e questo è il punto di maggiore interesse, la stazione appaltante dovrà dimostrare e adeguatamente motivare la sussistenza del requisito dell'unicità dell'operatore economico disponibile nel mercato, che deve essere valutato oggettivamente, con riferimento a caratteri di natura tecnica, artistica o attinenti alla tutela di diritti di esclusiva e non certo in relazione a motivi di mera convenienza economica o di preferenza soggettiva per un prodotto rispetto ad un altro che può svolgere la stessa funzione.

Innanzitutto, quindi, per evitare censure sotto il profilo della violazione dei principi posti a tutela della concorrenza, dell'imparzialità e della parità di trattamento, la stazione appaltante è chiamata a svolgere una preventiva

⁴⁴⁰ Così I. SORRENTINO, *ult. op. cit.*, p. 156.

analisi di mercato che comprovi l'unicità dell'operatore con cui intende stipulare il contratto. La giurisprudenza, infatti, ha rilevato l'illegittimità della procedura negoziata nel caso in cui l'amministrazione si limiti ad affermare, in base alle sole informazioni in suo possesso, ma non supportate da un puntuale studio di mercato, che l'attività oggetto della prestazione sia svolta esclusivamente da una certa impresa e non anche da altre sue possibili concorrenti⁴⁴¹.

L'analisi di mercato, poi, potrà concludersi con l'accertamento dell'unicità dell'operatore solo in base alle particolari, specifiche, qualità dell'impresa in parola che siano in grado di farla apparire l'unica in grado di eseguire una certa opera o una certa prestazione. Si pensi agli strumenti tecnologici di cui può disporre, ai brevetti di cui può servirsi o, comunque, a quelle peculiarità che portino ad escludere l'equivalenza del prodotto offerto con quello di altre imprese.

Quest'ultimo punto merita qualche riflessione in più. Molte volte, in effetti, è ben possibile che un determinato prodotto (penso, ad esempio, ad un sistema informatico) possa essere realizzato da una sola impresa, magari perché è l'unica che detiene dei brevetti indispensabili o perché, semplicemente, altre imprese ne producono di simili ma con caratteristiche lievemente diverse. In questi casi l'amministrazione non potrebbe

⁴⁴¹ Cfr. Corte Conti, sez. contr., 20 gennaio 1992, n. 5, in *www.corteconti.it*; T.a.r. Liguria, sez. II, 2 febbraio 2011, n. 191, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2011, fasc. 2, p. 403 Nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2007, n. 5766, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, fasc. 11, I, p. 3148, dove, in più, si precisa che tale indagine deve necessariamente compiersi prima di addivenire alla procedura negoziata e non può essere surrogata dalla valutazione delle offerte pervenute nel corso di una procedura aperta ad esito della quale la stazione appaltante ritenga che le caratteristiche di una sola delle offerte pervenute siano in grado di soddisfare le sue esigenze. Il riconoscimento postumo dell'unicità dell'operatore economico in ragione delle peculiarità dell'offerta da questo presentata consentirebbe un facile aggiramento delle regole pro concorrenziali che presidiano l'attività contrattuale della p.a..

legittimamente ricorrere alla procedura negoziata solo perché interessata ad acquisire quel determinato prodotto e non altri.

Ciò che l'amministrazione può selezionare sono gli interessi da soddisfare mediante la stipula di un certo contratto ma non anche quale sia lo specifico bene di cui intenda servirsi. E questo perché ciò che rileva per la legittimità della procedura negoziata non è l'unicità del produttore di un certo bene o del fornitore di un certo servizio ma l'unicità dell'utilità che da quel bene o servizio si può trarre e che corrisponde all'utilità di cui la stazione appaltante necessita per dare risposta agli interessi di rilevanza pubblicistica sottesi all'attività contrattuale⁴⁴².

Per questo motivo la motivazione che sorregge la scelta di ricorrere alla procedura negoziata senza bando dovrà necessariamente basarsi su di un'analisi di mercato che non solo evidenzia l'unicità dell'operatore di mercato ma anche la mancanza nel mercato di prodotti o servizi che, sebbene diversi da quello preso in considerazione come parametro, siano comunque in grado di soddisfare le richieste della stazione appaltante sotto il profilo dell'equivalenza funzionale.

Veniamo ora alla lettera c) del secondo comma dell'art. 57, in base al quale viene ritenuta ammissibile la procedura negoziata senza bando quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. La norma poi precisa che le circostanze invocate a giustificazione dell'urgenza non debbano essere imputabili alla stazione appaltante.

Proprio quest'ultima indicazione legislativa ci permette di cogliere il pericolo latente per la tutela della concorrenza che si cela dietro questa

⁴⁴² In accordo con la linea interpretativa proposta si segnala in giurisprudenza T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 31 luglio 2009, n. 1107, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ipotesi di procedura negoziata. L'urgenza di provvedere non deve essere addebitabile in alcun modo all'amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione o per sua inerzia o responsabilità. In caso contrario, la stazione appaltante potrebbe addirittura essere tentata di creare artificiosamente le condizioni d'urgenza incompatibili con i tempi tecnici delle procedure ordinarie e, in questo modo, sottrarsi agli stringenti vincoli che gravano sulla sua autonomia negoziale. Vincoli che, come già detto, sono dettati dall'esigenza di garantire la massima partecipazione e l'imparzialità nella selezione dei contraenti privati che, a ben vedere, non si traduce in un inutile e poco funzionale appesantimento dell'iter per giungere alla conclusione di un contratto ma, all'opposto, è funzionale all'efficienza dell'azione amministrativa. È evidente, infatti, che incentivando la concorrenzialità dei mercati aumentano le possibilità di ricevere offerte competitive da parte di imprese che necessariamente devono percorrere la via dell'innovazione e dello sviluppo per emergere ed ottenere le commesse pubbliche. Con indubbio vantaggio per l'amministrazione che può scegliere tra quanto di meglio il mercato può offrire.

Conseguentemente, la stazione appaltante dovrà sempre preferire le procedure ordinarie, anche sotto il profilo dell'efficienza e dell'efficacia. La procedura negoziata potrà trovare spazio solo nelle puntuali circostanze eccezionali indicate nelle norme di cui si sta dando conto e, nel caso specifico dell'urgenza a provvedere, quest'ultima dovrà rilevare come una condizione oggettiva indipendente dalla volontà o dalla responsabilità dell'amministrazione⁴⁴³.

⁴⁴³ Secondo l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici deve considerarsi illegittimo il ricorso alla procedura in parola quando l'urgenza sia sopravvenuta per un comportamento imputabile all'amministrazione che, ad esempio, pur potendo prevedere

3.7 – Rischi per la tutela della concorrenza nella fase successiva all’aggiudicazione definitiva: la rinegoziazione delle condizioni contrattuali prima della stipula e l’esecuzione del contratto non conforme all’offerta presentata dall’aggiudicatario.

Altri pericoli per l’effettività del principio di tutela della concorrenza possono essere ravvisati nella fase successiva alla conclusione della procedura ad evidenza pubblica.

Si pensi, innanzi tutto, all’ipotesi in cui la stazione appaltante e il soggetto risultato aggiudicatario si accordino per modificare le condizioni contrattuali in senso difforme rispetto a quelle che hanno caratterizzato l’offerta risultata vincitrice del confronto competitivo. Sembra un’ipotesi di scuola ma, soprattutto in passato, è stata oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali, a riprova di una sua frequenza statisticamente apprezzabile.

In effetti, si potrebbe pensare che, una volta esaurita la fase pubblicistica ad evidenza pubblica e selezionata l’offerta migliore, non sarebbe necessariamente precluso il dispiegarsi dell’autonomia negoziale della p.a. al fine di ottenere delle condizioni ulteriormente migliorative, a tutto

un certo evento, non ne ha tenuto conto ai fini della valutazione circa i tempi tecnici necessari alla realizzazione dell’intervento e quindi non ha provveduto ad attuare una corretta pianificazione dell’attività da svolgere (cfr. Determinazione AVCP, 5 aprile 2000, n. 18, in *www.avcp.it*). In questo senso, *ex multis*, anche T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 24 aprile 2012, n. 3663, in *Diritto & Giustizia*, 28 maggio 2012; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 1 marzo 2011, n. 524, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2011, fasc. 3, p. 1023, ove si afferma che “*il ricorso a tale sistema di scelta del contraente, che si sostanzia in una vera e propria trattativa privata, rappresenta un’eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta, fermo restando che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva e in particolare, per quanto riguarda l’urgenza di provvedere, essa non deve essere addebitabile in alcun modo all’Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità*”.

vantaggio del soddisfacimento dell'interesse pubblico. A ben vedere, però, una simile soluzione si pone in contrasto con alcuni fondamentali principi che ispirano l'attività contrattuale della p.a..

In primo luogo, dalle norme che disciplinano le procedure ad evidenza pubblica si ricava l'indicazione che la volontà (contrattuale) dell'amministrazione si forma attraverso le varie fasi del procedimento e si cristallizza nel provvedimento di aggiudicazione. Quest'ultimo, poi, in base alla sua duplice natura provvedimento e negoziale⁴⁴⁴, già di per sé determina il sorgere del vincolo (pre)contrattuale, almeno nelle ipotesi di pubblico incanto e licitazione privata, con la conseguenza che sarebbe preclusa alla stazione appaltante qualsiasi modifica agli elementi costitutivi del contratto da stipulare.

L'ente procedente, quindi, una volta intervenuta l'aggiudicazione perde la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale – che resta regolato dallo schema approvato con l'indizione della gara e dalle condizioni che emergono dall'offerta selezionata – e, nel contempo, anche “la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale”⁴⁴⁵. Tale conclusione, secondo la giurisprudenza, si fonderebbe sul rilievo che ogni determinazione idonea ad incidere sulle condizioni del contratto, modulando assetti e interessi difformi da quelli consacrati negli atti di gara, andrebbe riferita alla funzione amministrativa nel cui esercizio si è proceduto alla selezione del contraente e non alla generale capacità di diritto privato della p.a. che normalmente emerge nella fase di esecuzione del contratto.

⁴⁴⁴ Già si è detto della duplice natura che connota il provvedimento di aggiudicazione. Vedi *supra*, par. 3.5.1.

⁴⁴⁵ Così Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2003, n. 4167, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1156.

La modifica delle condizioni contrattuali, infatti, altera inevitabilmente l'assetto negoziale risultante dall'esito della procedura competitiva e, conseguentemente, potrebbe verificarsi l'aggiramento delle regole in base alle quali deve essere scelto il miglior offerente. Basti pensare che se fosse sempre possibile rinegoziare in un momento successivo all'aggiudicazione uno o più elementi essenziali del contratto (magari il prezzo) *“verrebbe modificato ex post un elemento decisivo ex ante al fine della scelta dell'offerta migliore”*⁴⁴⁶.

Facciamo alcuni esempi. Con riferimento alla modificabilità del prezzo, il timore di un suo aumento porterebbe i concorrenti a mantenere le offerte al minimo al momento della presentazione, per poi negoziare condizioni più favorevoli dopo l'aggiudicazione in proprio favore. Nel caso di modifiche in diminuzione, invece, si potrebbe finire per raggiungere un accordo al di sotto della soglia di anomalia individuata in sede di gara, con inevitabile alterazione dei risultati della stessa. Senza contare che, anche laddove non si giungesse ad un simile risultato, l'impresa aggiudicataria potrebbe essere indotta a recuperare l'ulteriore sconto offerto sul prezzo attraverso il peggioramento della qualità del bene o del servizio da fornire.

Chiarito, dunque, che la modifica delle condizioni contrattuali dopo l'aggiudicazione va ad incidere sui risultati della procedura ad evidenza pubblica in spregio alle regole che la disciplinano, non solo si può ragionevolmente sostenere che il mancato rispetto di tali regole privi la stazione appaltante della capacità di contrattare ma anche che tale *modus operandi* si traduca in una chiara distorsione della concorrenza.

⁴⁴⁶ Così A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, fasc. 4, p. 1160.

La rinegoziazione dell'offerta, infatti, si sostanzia nella trasformazione della procedura ad evidenza pubblica in una procedura negoziata in mancanza, tuttavia, dei presupposti necessari per farvi ricorso⁴⁴⁷.

Sulla scorta di questi argomenti la più recente giurisprudenza⁴⁴⁸ ha quindi definitivamente negato la possibilità di modificare le condizioni contrattuali di affidamento di un servizio o di una fornitura o della realizzazione di un'opera, sia prima che dopo l'aggiudicazione, in quanto non vi sarebbe la capacità di agire dell'ente in tal senso e vi sarebbe palese violazione delle regole di concorrenza e di parità di trattamento tra i partecipanti alle gare.

Quanto al contratto stipulato a seguito di rinegoziazione, stante la chiara violazione delle norme imperative poste a tutela della concorrenza (in particolare laddove le modifiche incidano su elementi essenziali dello stesso) dovrà considerarsi nullo *ex art. 1418, comma 1, c.c.*

Un'altra ipotesi che può presentare alcune criticità riguarda il caso della modifica delle prestazioni contrattuali in corso di esecuzione. A questo proposito il dato di partenza è rappresentato dall'art. 114 del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui le varianti in corso di esecuzione del contratto sono ammesse nei casi stabiliti dal codice. Poi, in relazione ai contratti relativi a servizi e forniture ovvero ai contratti misti che comprendono anche servizi e forniture, la norma rimanda al regolamento d'attuazione l'individuazione dei casi in cui sono ammesse le varianti.

⁴⁴⁷ In questo senso si esprime la Cons. Stato, Ad. Comm. Speciale 12 ottobre 2001, in *www.giustiza-amministrativa.it* dove, inoltre, si rileva che *"il divieto di rinegoziare le offerte deve razionalmente intendersi in linea di principio [...] anche come successivo all'aggiudicazione, in quanto la possibilità di rinegoziazione tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, modificando la base d'asta, finirebbe (seppure indirettamente) coll'introdurre oggettivi elementi di distorsione della concorrenza, violando in tal modo i principi comunitari in materia"*.

⁴⁴⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2006, fasc. 1, p. 168.

Innanzitutto è bene precisare che le modifiche contrattuali possono riguardare sia l'aspetto qualitativo, sia quello quantitativo della fornitura o del servizio e, dunque, consistono nell'individuazione di prezzi, condizioni tecniche, termini e quantità differenti rispetto alle previsioni dell'originario atto negoziale⁴⁴⁹. Stando così le cose è evidente che per evitare uno sconvolgimento dell'assetto contrattuale, in aperta violazione delle regole sull'evidenza pubblica, questa possibilità di modifica debba essere circondata da precisi limiti rappresentati dalle condizioni eccezionali in costanza delle quali si rende necessario questo intervento nella fase d'esecuzione.

Gli artt. 310 e 311 del regolamento d'attuazione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) tentano di dare risposta a questa esigenza di delimitazione del potere di modifica. In primo luogo, viene precisato che nessuna variazione o modifica al contratto può essere introdotta dall'esecutore, se non è disposta dal direttore dell'esecuzione del contratto e preventivamente approvata dalla stazione appaltante. In secondo luogo, dal combinato disposto dei due articoli citati, si ricava che la stazione appaltante potrà richiedere e ammettere variazioni del contratto nei seguenti casi: a) esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; b) per cause impreviste e imprevedibili accertate dal responsabile del procedimento o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento in cui ha avuto inizio la procedura di selezione del contraente, che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità delle prestazioni eseguite; c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni o dei luoghi sui quali si interviene, verificatisi nel corso di esecuzione del contratto. Si

⁴⁴⁹ Così S. DETTORI, *L'esecuzione del contratto*, in AA.VV., *Guida pratica ai contratti pubblici di servizi e forniture*, vol. 3, cit., pp. 50 - 51.

tratta, come è evidente, di condizioni che rendono necessaria la modifica contrattuale posto che, in caso contrario, l'esecuzione della prestazione così come originariamente pattuita potrebbe rivelarsi dannosa, infruttuosa, insoddisfacente per la realizzazione dell'interesse pubblico sotteso al contratto o, in casi estremi, potrebbe addirittura non essere più possibile.

Più delicata è, invece, la previsione di cui al comma 3 dell'art. 311, in base alla quale sono ammissibili varianti (anche al di fuori dei casi appena menzionati) nell'esclusivo interesse della stazione appaltante, aventi la finalità di garantire la migliore funzionalità delle prestazioni oggetto del contratto e *“a condizione che tali varianti non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto”*. In questo caso è l'impossibilità di procedere a modifiche sostanziali che costituisce il vero presidio per evitare un aggiramento delle regole che disciplinano la contrattazione pubblica.

La tutela della concorrenza, in definitiva, non può dirsi minacciata dalle modifiche contrattuali in corso di esecuzione se queste vengono introdotte nel rispetto dei limiti individuati dal legislatore.

Ben diversa, invece, è l'ipotesi in cui l'aggiudicatario, dopo aver stipulato il contratto, vi dia esecuzione in difformità rispetto alle condizioni pattuite, magari (nelle ipotesi maggiormente patologiche) con la tolleranza da parte della stazione appaltante. Rispetto al caso precedentemente illustrato, qui non sono le clausole del contratto ma è il comportamento esecutivo che contribuisce a definire l'equilibrio economico – giuridico del contratto in modo non noto in sede di gara, determinando un'evidente violazione delle norme pro concorrenziali. Vediamo quali rimedi si possano invocare.

Il codice dei contratti ha previsto che, in caso di grave inadempimento, grave irregolarità o grave ritardo, la stazione appaltante, previa

contestazione degli addebiti all'appaltatore, deliberi la risoluzione del contratto (art. 136). Successivamente sarà possibile interpellare progressivamente le imprese in graduatoria⁴⁵⁰ al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori e, ovviamente, l'affidamento dovrà avvenire alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario. Se così non fosse si verserebbe nell'ipotesi di una procedura negoziata in mancanza dei presupposti per farvi ricorso, con ogni conseguenza in termini di violazione dei principi di pubblicità, concorrenza e massima partecipazione.

Il meccanismo predisposto dal legislatore appare dunque efficace e funzionale se applicato ai casi di esecuzione difforme dal regolamento contrattuale che si traduca in grave inadempimento, grave ritardo o grave irregolarità. Le cose, tuttavia, si complicano notevolmente se la stazione appaltante dovesse decidere di non contestare l'inadempimento, magari proprio con l'intenzione di favorire l'impresa aggiudicataria.

Ci troveremmo di fronte ad un'aggiudicazione certamente legittima, un contratto formalmente conforme all'offerta risultata vincitrice e ad una violazione nei fatti delle regole che presidiano la contrattazione pubblica. Impugnare il provvedimento di aggiudicazione non avrebbe alcun senso (anche perché è assai verosimile ipotizzare l'intervenuta decadenza dal termine) e anche un'eventuale azione da parte del secondo classificato volta a far accertare l'invalidità del contratto non troverebbe fortuna. Il contratto,

⁴⁵⁰ L'art. 140, primo comma, così dispone: *"Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di liquidazione coatta e concordato preventivo dello stesso o di risoluzione del contratto ai sensi degli articoli 135 e 136 o di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 11, comma 3 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente, escluso l'originario aggiudicatario".*

infatti, è geneticamente perfetto e valido; viceversa, si è al cospetto di un'ipotesi di inadempimento. Che fare, dunque?

Considerando che il secondo classificato potrebbe ottenere l'aggiudicazione in proprio favore laddove la stazione appaltante deliberasse la risoluzione per inadempimento del contratto, si potrebbe ipotizzare la sussistenza di un interesse qualificato a sollecitare e, per certi versi, a partecipare all'attività di vigilanza sull'esatto adempimento che costituisce il presupposto istruttorio indispensabile per giungere alla risoluzione e al successivo scorrimento della graduatoria. Operativamente, a fronte di un grave inadempimento, il secondo classificato potrebbe avanzare un'istanza diretta a sollecitare l'esercizio dei poteri di vigilanza di cui all'art. 136 chiedendo, nel contempo, lo scorrimento della graduatoria in conseguenza della possibile, e verosimile, risoluzione del contratto⁴⁵¹. La stazione appaltante, a questo punto, sarebbe tenuta a dare risposta all'istanza in ossequio ai principi di doverosità dell'azione amministrativa e buona fede e, per questa via, si otterrebbe il risultato di attivare il meccanismo di cui all'art. 136, a garanzia dell'interesse particolare del soggetto istante e dell'interesse generale a che non sia violato il principio di tutela della concorrenza.

Si tratta, certamente di una soluzione forzata e con molti punti deboli. L'inadempimento contrattuale, come noto, può essere stigmatizzato solo dalla parte che lo subisce, non da un terzo; inoltre se è pur vero che il secondo in graduatoria si limiterebbe ad un'istanza volta a sollecitare la vigilanza che l'art. 136 prescrive alla stazione appaltante, è altrettanto vero che solo attraverso la decisione – discrezionale – di scorrimento della

⁴⁵¹ In questo senso R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, p. 335.

graduatoria potrebbe ottenere il bene della vita rappresentato dal contratto, non certo in via diretta dalla risoluzione conseguente all'inadempimento.

Ciò nonostante, l'esigenza di non lasciare spazio a comportamenti chiaramente lesivi del principio imperativo di tutela della concorrenza ci potrebbe indurre a valorizzare la posizione del soggetto pregiudicato da tale violazione.

Pur riconoscendo la natura discrezionale della scelta di procedere allo scorrimento della graduatoria, è innegabile che rispetto a tale opzione il secondo classificato possa vantare un interesse legittimo pretensivo. Conseguentemente, la stazione appaltante, a fronte dell'istanza presentata, dovrebbe comunque compiere un'attività istruttoria che comprende la valutazione circa la sussistenza dell'inadempimento denunciato il quale, evidentemente, costituisce il presupposto per la risoluzione e l'eventuale scorrimento della graduatoria cui aspira il soggetto istante.

Evidentemente, si tratta di una tesi che meriterebbe maggiore approfondimento ma, ai fini del nostro discorso, è sufficiente rilevare come un'efficace tutela della concorrenza non può che ingerirsi anche nella fase esecutiva del contratto, assicurando il corretto adempimento dell'obbligazione nel rispetto delle condizioni di aggiudicazione, senza compiacenze o tolleranze sulla qualità della prestazione⁴⁵².

⁴⁵² Cfr. P. SANTORO, E. SANTORO, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2011, p. 65.

Conclusioni.

Al termine di questa ricerca sono necessarie alcune riflessioni conclusive allo scopo di tracciare un quadro d'insieme delle varie tematiche che di volta in volta sono state affrontate.

Il dato di partenza è rappresentato dal rapporto tra stati nazionali e Unione europea, caratterizzato dal progressivo arretramento e ridimensionamento dei primi, soprattutto in materia economica, in favore del nuovo ordinamento sovranazionale. Un arretramento che si è tradotto in una rinuncia di sovranità che ha privato i singoli Stati membri del potere di controllare e condizionare le variabili economiche in funzione dell'interesse nazionale. Al passo indietro compiuto dagli Stati, tuttavia, non è corrisposto un recupero di quest'ottica interventista a livello comunitario⁴⁵³. Al contrario, la scelta è stata nel senso di lasciar spazio al libero formarsi degli equilibri di mercato in virtù del netto favore con cui viene guardata dalle istituzioni dell'Unione la riespansione dell'economia privata, per lungo tempo condizionata dai principi dell'interventismo pubblico.

Conseguentemente si è assistito al progressivo ritiro dello Stato dall'economia, che è stato controbilanciato dall'espandersi dei fenomeni delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni, la cui piena attuazione ha necessitato, e necessita tuttora, di una penetrante attività regolatoria volta a creare le condizioni affinché l'auspicata concorrenza possa svilupparsi. In una logica di pesi e contrappesi funzionalizzata all'equilibrio efficiente del mercato lo Stato ha quindi gradualmente dismesso le aziende pubbliche e ceduto le proprie partecipazioni in società formalmente private ma, in

⁴⁵³ In questo senso S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 390.

risposta all'esigenza insopprimibile di evitare il formarsi di pericolosi monopoli privati e di scongiurare l'aumento incontrollato di prezzi e tariffe, sono state create numerose autorità garanti con incisivi poteri di regolamentazione, controllo e anche sanzionatori nei rispettivi settori economici di competenza.

Questo parallelismo tra liberalizzazione e aumento della regolazione di settore non deve, però, apparire contraddittorio. La liberalizzazione non deve essere intesa come sinonimo di eliminazione delle regole e dei vincoli posti dall'ordinamento al concreto svolgimento di una certa attività, quanto piuttosto come un'apertura all'ingresso di nuovi operatori, in una logica di confronto competitivo che innalzi la qualità e riduca i costi per consumatori e utenti finali. Ed è evidente che tale percorso necessita, soprattutto laddove esistano degli operatori dominanti (magari gli ex monopolisti pubblici), un notevole controllo in funzione di garanzia del corretto sviluppo di un mercato ancora immaturo per essere in grado di trovare in se stesso la forza di autoregolamentarsi.

Di qui la necessità di queste istituzioni neutrali la cui ragion d'essere testimonia il cambio di passo compiuto dallo Stato e, in generale, dall'amministrazione, che abbandona il ruolo di attore protagonista del mercato ma non rinuncia (e non potrebbe rinunciare) *tout court* a svolgere un ruolo nell'economia dato che quest'ultima è inevitabilmente il veicolo attraverso cui poter soddisfare numerosi interessi di rilevanza pubblicistica. Interessi che, ben s'intende, non possono più essere perseguiti utilizzando forme autoritative ma attraverso lo svolgimento di attività economicamente rilevanti da parte della stessa pubblica amministrazione, ma anche da parte di soggetti privati.

Si presenta, allora, dinanzi agli occhi dell'interprete uno scenario in cui l'amministrazione, senza dismettere le vesti di soggetto pubblico, agisce

anche come soggetto privato e in cui le attività private vengono per certi versi funzionalizzate alla cura dell'interesse pubblico.

Il pericolo latente di questa mescolanza di obiettivi e modalità d'azione va ravvisato, da un lato, nel progressivo consolidamento di un diritto amministrativo declinato in modo da soddisfare la cura anche di interessi privati attraverso il rispetto delle regole del mercato, dall'altro, nel contemporaneo sviluppo di un diritto privato speciale ove la persistenza dell'interesse pubblico può compromettere la libertà e l'autonomia dei suoi fruitori che tradizionalmente l'ha sempre contraddistinto⁴⁵⁴.

Numerosi sono gli esempi di questa contaminazione che sono stati oggetto di trattazione.

Nel settore dei servizi pubblici le regole pro-concorrenziali di derivazione comunitaria finiscono per limitare la libertà della p.a. di scegliere le forme di gestione, intese sia in termini di concrete modalità di erogazione, sia in termini di modalità di affidamento. Nel contempo, i privati che nei settori liberalizzati svolgono un'attività corrispondente ad un servizio di rilevanza pubblicistica, sono assoggettati all'attività regolatoria di settore e agli obblighi di servizio pubblico che, in ultima analisi, sono entrambi degli elementi di specialità da leggere in chiave di bilanciamento rispetto al ridimensionamento del ruolo attivo della mano pubblica nell'economia.

Sul versante dell'attività contrattuale, le regole privatistiche cui è assoggettata anche la p.a., al pari di qualsiasi altro soggetto nell'esercizio della sua autonomia negoziale, talora si piegano alle ragioni dell'interesse pubblico, specie laddove l'intima connessione tra la fase pubblicistica, che permette il formarsi della volontà negoziale, si intreccia, in una logica di

⁴⁵⁴ Cfr. V. DOMENICHELLI, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"?*, in *Dir. amm.*, 1999, fasc. 1, p. 195.

condizionamento e presupposizione, con la fase meramente privatistica della stipulazione e dell'esecuzione del contratto. Il pensiero va in particolare ai casi di revoca degli atti di gara, alla responsabilità precontrattuale e alle sorti del contratto ad esito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

L'analisi svolta ci porta a concludere che per far convivere armonicamente i vari interessi che la pubblica amministrazione incontra nel suo cammino al servizio della collettività è necessario ridefinire il fondamentale concetto di interesse pubblico.

In esso devono trovare spazio il principio di tutela della concorrenza così come tutte quelle garanzie per i soggetti privati introdotte dal legislatore interno e comunitario che potrebbero apparire come un ostacolo e una limitazione all'efficace perseguimento dei fini propri dell'amministrazione che agisce quale operatore di mercato. Se, infatti, l'interesse pubblico viene declinato in termini di interesse per tutta la collettività risulta allora più semplice e più corretto ritenere funzionali all'efficienza complessiva dell'azione amministrativa anche la disciplina pro-concorrenziale sottesa alla selezione dei *partners* economici della p.a. e l'introduzione di regole che impediscano alle stazioni appaltanti di sottrarsi unilateralmente ai vincoli negoziali e alle responsabilità che gravano su ogni operatore di mercato facendo uso di poteri autoritativi che assumono le sembianze di privilegi intollerabili se utilizzati per alterare l'equilibrio di rapporti paritari di diritto privato.

Specularmente, anche lo stesso diritto privato non può sottrarsi a questo cambio di rotta e, dunque, rifuggendo un'antistorica contrapposizione tra ciò che pertiene alla sfera pubblica e ciò che rientra in quella privata, anche il diritto delle società e dei contratti deve potersi declinare in modo da

rappresentare “una regola posta nell’interesse di tutti”⁴⁵⁵. In questa prospettiva non si può ritenere soddisfacente la creazione di un diritto privato speciale laddove uno dei suoi fruitori sia la pubblica amministrazione. Al contrario è la presenza di un particolare e concreto interesse pubblico a poter giustificare l’introduzione di norme capaci di dare risposta delle esigenze ad esso sottese, in una logica non di privilegio ma di coerenza con i valori coinvolti in un dato rapporto giuridico.

La conclusione di questo lavoro non può che tradursi in un auspicio, soprattutto *de iure condendo*. Che il diritto civile e il diritto amministrativo, il principio di libera iniziativa economica e il principio di tutela della concorrenza siano concepiti e applicati in modo pragmatico, abbandonando le tradizionali classificazioni dogmatiche, in modo da creare un sistema giuridico in grado di guidare l’attività dell’amministrazione e l’attività economica dei privati lungo il sentiero dell’efficienza, a vantaggio di tutti, della collettività e, dunque, anche del singolo.

⁴⁵⁵ Così V. DOMENICHELLI, *ult. op. cit.*, p. 200.

Bibliografia

- A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, fasc. 4, p. 1160;
- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.;
- AMMANNATI L. (a cura di), *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005;
- AMMANNATI L., CANEPA A., CARFI F., *La tutela della concorrenza nei mercati regolati: le decisioni dell'Agcm in materia di servizi di interesse economico generale (secondo semestre 2009 e 2010)*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 214 ss.;
- AMMANNATI L., *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in DE VINCENTI C., VIGNERI A., *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, p. 371 ss.;
- AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 1 ss.;
- AULETTA F., *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d. lgs. n. 53 del 2010*, in *Rivista Nel Diritto*, 2010, p. 757 ss.;
- BALLARINO T., BELLODI L., *La golden share nel diritto comunitario*, in *Riv. società*, 2004, 2 ss.;
- BASSANINI F., TORCHIA L. (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Firenze, 2005;
- BASSI G., *Servizi pubblici locali e società di gestione*, Santarcangelo di Romagna, 2010;
- BASTIANON S., *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Mercato concorrenza e regole*, 1999, p. 149;

- BELL J., *The concept of public service under threat from Europe. An illustration from energy law*, in *European public law*, 1999, p. 189 ss.;
- BELLOMO F., in *Manuale di diritto amministrativo*, II vol., Padova, 2008;
- BENETAZZO C., *Contratti della p.a. e annullamento dell'aggiudicazione*, Padova, 2012;
- BENVENUTI F., *Evoluzione dello Stato moderno*, in *Jus*, 1959, p. 160 ss.;
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p.118;
- BENVENUTI L., *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Il diritto della Regione*, 2002, fasc. 2-3, p. 333;
- BERGONZINI G., *Art. 21-octies della legge n. 241/1990 e annullamento dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, vol. 2, p. 231 ss.;
- BERTI J., *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Conc. Mercato*, 1998, p. 335;
- BIANCA C. M., *Il contratto*, Milano, 2000;
- BIGOLARO S., CASTELLANI V. (a cura di), *Le società in house negli enti locali e nella sanità*, Santarcangelo di Romagna, 2012;
- BIGOLARO S., *Effetti della sentenza della Corte Costituzionale 199/2012 sui servizi pubblici locali*, in <http://venetoius.it>;
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2009;
- BONELLI F., *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001;
- BONELLI F., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996;
- BONELLI F., ROLI M., *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 998;
- BROSIO G., *Economia e finanza pubblica*, Roma, 2001;
- BRUTI LIBERATI E., DONATI F. (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007;
- BRUTI LIBERATI E., FORTIS M., *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna, 2001;

- BUENDA SIERRA J. L., *Exclusive Rights and other anti-competitive state measures*, in FAULL J., NIKPAY A., *The EC law of competition*, Oxford, 2007, p. 343;
- BUONANNO F., *Perfezionamento del contratto d'appalto: il punto di vista dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *Urb e app.*, 2002, p. 1389;
- CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali (art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326 e art. 4, comma 234° della legge 24 dicembre 2003, n. 350)*, in *www.giustiza-amministrativa.it*;
- CAIA G., *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali dopo la legge finanziaria 2002*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;
- CAMPOBASSO G. F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2011;
- CAMPORESI R., *Costituzioni di società holding come modello di governance delle partecipazioni comunali*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*;
- CAPONIGRO R., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2009, p. 2450;
- CAPONIGRO R., *Interessi e regole di tutela negli ambiti nazionale e comunitario*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Proprietà - dovere dei beni in titolarità pubblica*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2003, p. 74;
- CARBONE V., *Le nuove frontiere della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Corr. giur.*, 2012, fasc. 5, p. 675 ss.;
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, tomi I e II, Milano, 2008;
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010;
- CARINGELLA F., PROTTO M. (a cura di) *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Bologna, 2005;
- CAROLI CASAVOLA H., *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, p. 469;

- CARPENTIERI P., *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, (commento a Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666) in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 24 ss.;
- CARPENTIERI P., *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, in www.giusitizia-amministrativa.it;
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009;
- CASSESE S. (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Roma, 2008;
- CASSESE S., FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, Bologna 1996;
- CASSESE S., *Negoziato e trasparenza nel procedimento davanti alle autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999;
- CASSESE S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 390;
- CATTANEO S., *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 371;
- CAVALLO PERIN R., RACCA G. M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, p. 335;
- CERVIGNI G., D'ANTONI M., *Monopolio naturale, concorrenza, regolamentazione*, Bari, 2001;
- CESARO L., *La preclusione alla partecipazione a nuove gare per i beneficiari di affidamenti diretti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4 – 2012, p. 385 ss.;
- CINTIOLI F., *Concorrenza istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010;
- CINTIOLI F., *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in www.giustamm.it;
- CINTIOLI F., *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, pubblicato in www.federalismi.it;
- CINTIOLI F., *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in BRUTI LIBERATI E., DONATI F. (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 141 ss.;
- CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it n. 12/2012, p. 3 ss.;

- CLARICH M., FIORENTINO L., *Appalti e concessioni: regole e prassi del mercato*, Relazione al Convegno su “Appalti pubblici e concorrenza”, Vicenza, 17-18 marzo 2006, pubblicato in *www.astrid-online.it*;
- CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 194;
- COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994;
- COWEN T., *Public goods and market failures*, New Brunswick, 1988;
- D'ALBERTI M., *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in TESAURO G., D'ALBERTI M., *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 172;
- D'ALBERTI M., voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1995;
- DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006;
- DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002;
- DE NICTOLIS R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2003;
- DE NICTOLIS R., *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 288 ss.;
- DE NOVA G., *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 935
- DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* diretto da ORLANDO V. E., Milano, 1930, volume IV, parte I, p. 377 ss;
- DE VINCENTI C., *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, in DE VINCENTI C., VIGNERI A., *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Roma, 2011, p. 24;
- DENOZZA F., POLO M., *Le reti*, in BRUTI LIBERATI E., FORTIS M., *Le imprese multi utility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna, 2001, p. 41ss;

- DETTORI S., *L'esecuzione del contratto*, in AA.VV., *Guida pratica ai contratti pubblici di servizi e forniture*, vol. 3, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in www.governo.it, pp. 50 – 51;
- DOLMETTA A. A., *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 40 del 1999, p. 27;
- DOMENICHELLI V., *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"?*, in *Dir. amm.*, 1999, fasc. 1, p. 195;
- FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976,
- FOLLIERI E., *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 – 124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, fasc. 4, p. 1083;
- FOURNIER J., *La teoria francese del servizio pubblico e il diritto comunitario*, in *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, p. 3 ss.;
- FRACANZANI M. M., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- FRACANZANI M. M., *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- FRENI E., *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 145;
- FRENI E., *Le privatizzazioni*, in *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma, 2008, p. 229;
- GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003, p. 528;
- GALLI R., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1995;
- GALLO D., *I servizi di interesse economico generale*, Milano, 2010;
- GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010;

- GAROFOLI R., in *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998;
- GAROFOLI R., *L'art. 33 d.lgs. n. 80/1998 al vaglio della Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Urb e app.*, 2000, p. 602 ss.;
- GAZ A., *I caratteri dell'in house secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in BIGOLARO S., CASTELLANI V. (a cura di), *Le società in house negli enti locali e nella sanità*, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 48;
- GAZ E., *La situazione attuale delle società in house per gli enti locali*, in BIGOLARO S., CASTELLANI V. (a cura di), *Le società in house negli enti locali e nella sanità*, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 66;
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009;
- GIACCHETTI S., *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, c. 1-bis della legge 11 febbraio 2005 n. 15*, in STANZIONE P., SATURNO A. (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, p. 113 ss.;
- GIANNINI M. S., *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, Milano, 1967;
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988;
- GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995;
- GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939;
- GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981;
- GIANNINI M. S., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, p. 279 ss.;
- GIOVAGNOLI R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giusitizia-amministrativa.it;
- GIOVAGNOLI R., *Il contenzioso in materia di servizi pubblici*, Milano, 2004;
- GIOVAGNOLI R., *La responsabilità extra e pre-contrattuale della p.a.*, Milano, 2009;

- GIOVANNINI G., CAPONIGRO R., *Art. 7*, in QUARANTA A., LOPILATO V., (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011, p. 106 – 108;
- GITTI G. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006;
- GITTI G., *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di GITTI G., Bologna, 2006, p. 94;
- GITTI G., *Contratti regolamentari e normativi*, 1994;
- GIULIETTI W., *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *www.giustamm.it* n. 5-2012;
- GOBBATO S., *Golden share ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, 427 ss.;
- GOISIS F., *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2004, p. 242 ss.;
- GRECO G., *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2000, p. 1467
- GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano 1986;
- GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. n. 53/2010*, in *www.giustamm.it*, n. 7-2010;
- GRECO G., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, p. 71 ss.;
- GRECO G., *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, 2001, p. 1734;
- IANNONE C., *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009;

- IANNOTTA L., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, II, p. 353 ss.;
- IEVA L., *Tutela delle utenze e qualità del servizio pubblico*, Milano, 2002;
- LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000;
- LIBERATI A., *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*, Padova, 2009;
- LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *www.federalismi.it*;
- LIGUORI F., *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000;
- LIPARI M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2008, p. XLV;
- LIPARI M., *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto nel d. lgs. n. 53 del 2010*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2010, p. XCVIII;
- LOTTI P., *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 31 ss.;
- MALINCONICO C., *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in CASSESE S., FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, Bologna 1996, p. 39 ss.;
- MARCHETTI P. G. (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995;
- MARINO I., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987;
- MARRONE P. G., MUSOLINO C. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali alla luce del D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168*, Roma, 2011;
- MERUSI F., *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2004, p. 649 ss.;
- MERUSI F., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di) *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 45;
- MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario*, 2001, Milano, p. 84;

- MERUSI F., *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, n. 2-3/2009, p. 314;
- MESSINEO F., *Contratto normativo*, in *Enc. giur.*, 1962, p. 122;
- MONTEFERRANTE L., *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;
- MONZANI S., *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009;
- MOSCARINI L. V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988
- MOSCARINI L. V., *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 597 ss.;
- MUNARI F., *La disciplina dei c.d. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Dir. un. eu.*, 2002, p. 39;
- NAPOLITANO G., *I servizi pubblici*, in *La nuova costituzione economica*, Roma, 2008, p. 135;
- NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5-2012, p. 481 ss.;
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003;
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005;
- NAPOLITANO G., *Soggetti privati «enti pubblici»?* , in *Dir. amm.*, 2003, p. 801 ss.;
- NAPOLITANO G., ZOPPINI A., *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in GITTI G. (a cura di) *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 130;
- NICOLAIDES P., *The economics of services of general economic interest*, in RYDELSKI M. S., *The EC State aid regime: Distortive effects of State aid on competition and trade*, Londra, 2006, p. 575;
- NIGRO M., *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 462;

- NIGRO M., *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1993, p. 583;
- NIZI G., *Dalla teoria del monopolio naturale alla essential facilities doctrine: nuove forme di regolazione nel settore dell'energia*, in AMMANNATI L. (a cura di), *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, 2005;
- OPPO G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, p. 25;
- ORLANDI M., *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di GITTI G., Bologna, 2006, p. 71;
- PATRONI GRIFFI F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, p. 27 ss.;
- PEPE C., *Il caso DE Beers / Alrosa alla Corte di giustizia: la presentazione di impegni nella disciplina antitrust e nuovi sviluppi in tema di autorità garanti e sindacato giurisdizionale*, in *www.federalismi.it*;
- PERFETTI L. R., *La fusione di società affidatarie di servizi pubblici locali*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, p. 2300 ss.;
- PEZZOLI A., *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, in DE VINCENTI C., VIGNERI A., *Le virtù della concorrenza*, Bologna, 2006, p. 396 ss.;
- POTOTSCHING U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964;
- RASQUIN G., *La nozione di interesse della Comunità*, in *Rivista dir. industriale*, 1963, pp. 194-195;
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004;
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001;
- ROSEN H. S. -GAYER T., *Scienza delle finanze*, Milano, 2010;
- ROSSI G., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, pp. 221 ss.;

- ROSSI G., *L'evoluzione del sistema elettrico nazionalizzato. In particolare il rapporto tra l'ENEL e le imprese degli enti locali*, in *Rass. Giur. En. Elettr.*, 1993, p. 22;
- RUSCICA S., *La responsabilità civile della stazione appaltante*, Milano, 2011;
- SACCO R., in *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. privat.*, I, p. 517;
- SALVIA F., *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, n. 2, p. 535 ss.;
- SANDULLI M. A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2012, p. 8;
- SANTORO P., SANTORO E., *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2011;
- SATTA F., *L'annullamento dell'aggiudicazione e i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 645 ss.;
- COCA F. G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2007, p. 797;
- SCOTTI E., *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Milano, 2003;
- SMITH A., *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Isedi, Milano, 1973;
- SORACE D., *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 391;
- SORRENTINO I., *La negoziazione in luogo della gara: le diverse ipotesi*, in AA.VV., *Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture*, vol. 2, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in *www.governo.it*;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959;
- SPATTINI G. C., *Poteri pubblici dopo la privatizzazione (saggio di diritto pubblico dell'economia)*, Torino, 2006;
- STEFANELLI M. A., *La tutela dell'utente di servizi pubblici*, Padova, 1994;

- STICCHI DAMIANI E., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, fasc. 1, p. 240-268;
- STICCHI DAMIANI E., *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in ROMANO A., CASSETTA E., SCOCA F. G., (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. II, Padova, 2007;
- TESAURO G., D'ALBERTI M., *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000;
- TOFFOLETTI L., *La nozione di essential facility*, in *Conc. Mercato*, 1998, p. 329;
- TORCHIA L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992;
- TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubb. comp.*, 2002, p. 947;
- TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2007;
- VALLA L., *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?* In *Urb. e app.*, 2004, fasc. 1, p. 182;
- VETRÒ F., *Il servizio pubblico a rete*, Torino, 2005;
- VIRGA P., *Diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1994;
- VITALE C., *La revoca degli atti di gara: discrezionalità e dovere di diligenza della p.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, fasc. 5, p. 501;
- VIVIANI C., SECONDO R., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, in *Urb. e app.*, 2012, p. 47;
- VOLPE C., *La Corte di giustizia continua la rifinitura dell'in house providing, ma il diritto interno va in controtendenza*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- VOLPE C., *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge "crescita": la produzione normativa non ha mai fine*, in www.giustamm.it, n. 7-2012;
- VOLPE F., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2008, 4, p. 793.

Abstract italiano

La pubblica amministrazione e il mercato. Servizi pubblici, attività contrattuale e tutela della concorrenza.

L'oggetto della ricerca ha carattere trasversale e, conseguentemente, l'attenzione non è stata focalizzata su di uno specifico istituto ma, più in generale, sul ruolo svolto dalla pubblica amministrazione nei vari momenti in cui lo svolgimento della funzione si intreccia con la tutela di interessi privatistici o di interessi generali quale è certamente la tutela della concorrenza nei mercati.

Molto sinteticamente si può dire che il lavoro è stato suddiviso in tre macro aree.

Nel primo capitolo mi sono soffermato sulla posizione dell'amministrazione e, in generale del soggetto pubblico, nell'economia di mercato, nella duplice veste di operatore che svolge un ruolo attivo attraverso lo strumento societario e di soggetto investito di una funzione di garanzia degli equilibri di mercato (focalizzando qui l'attenzione sulla funzione delle autorità garanti).

Nel secondo capitolo ci si è concentrati sul ruolo della p.a. quale soggetto tenuto a garantire l'erogazione di servizi di interesse economico generale e, conseguentemente, l'analisi ha avuto ad oggetto la disciplina pro concorrenziale di stampo comunitario e le sue diverse declinazioni nell'ordinamento interno. Particolare rilievo è stato assegnato alla disciplina dei servizi pubblici locali dove è molto accentuata la tensione tra apertura al mercato, da un lato, e salvaguardia degli interessi pubblici sottesi ai servizi da erogare, dall'altro.

Nel terzo capitolo l'analisi si è spostata sul ruolo dell'amministrazione quale operatore di mercato la cui attività contrattuale si caratterizza per numerosi profili di specialità rispetto alla disciplina normalmente applicabile ai rapporti tra privati. Sono stati svolti, quindi, alcuni approfondimenti in tema di responsabilità precontrattuale, sorte del contratto ad esito dell'annullamento del provvedimento prodromico di aggiudicazione e in relazione ad alcune vicende della contrattualistica pubblica che possono rappresentare un pericolo per le esigenze di tutela della concorrenza e di parità delle *chances* competitive dei vari soggetti privati interessati ad essere controparti negoziali della p.a..

Abstract inglese

The public administration and the market economy. Public services, contractual activities and protection of competition.

The object of this research is a cross-cutting issue and, for this reason, the attention was not focused on a specific topic but, more generally, on the role of the public administration in the various occurrences in which the public function is intertwined with the protection of private interests or with the protection of general interests such as the protection of competition in the markets.

Very briefly we can say that the study has been divided into three main areas.

In the first chapter I focused on the position of the administration, and, in general, of the public authority in the market economy, both as an operator which plays an active role through the activity of the public companies and a legal person covering a guarantee position; (focusing here the attention on the role of public authorities).

In the second chapter we focused on the role of public administration as the subject that must ensure the provision of services of general economic interest and, consequently, the analysis concerned about the European Union discipline of competition and its various manifestations in domestic law. Particular emphasis was given to the regulation of local public services where the tension between the open market and the protection of the public interests is very emphasized.

In the third chapter the analysis was shifted to the role of the administration as a market operator whose contractual activity is characterized by a number of differences compared to the discipline normally applicable to relations between private legal entities. In particular, we focused on pre-contractual liability, the condition of the contract after the annulment of the adjudication and other cases in which we can recognize a threat for the free competition.