

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

comitato scientifico

**Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi -
Cinzia Motti - Antonio Nuzzo – Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti -
Michele Sandulli - Gustavo Visentini**

Redazione di Bari

**Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Rosella
Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci,
Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro,
Concetta Simone**

Redazione di Foggia

**Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino,
Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione**

Redazione di Lecce

**Maria Cecilia Cardarelli, Andrea Sticchi Damiani, Giuseppe Positano,
Alessandro Silvestrini**

Redazione di Napoli

**Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Carlo Iannello, Sergio Marotta,
Francesco Sbordone, Nicola De Luca**

Redazione di Roma

**Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria
Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau**

Redazione di Taranto

**Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti,
Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara
Mele**



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO**

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

GIURISPRUDENZA

Tribunale Palermo (decr.), sez. IV civile e fallimentare, 8 gennaio 2013 - Novara (Pres.) – Nonno (Rel.).

Società - Società per azioni interamente partecipata da un ente pubblico - Attività non concorrenziale - Natura non imprenditoriale - Fallimento ed amministrazione straordinaria - Non assoggettabilità

Una società per azioni interamente partecipata da un ente pubblico, che non opera in regime di concorrenza, ma svolge la sua attività esclusivamente a favore di tale ente, il quale le affida la gestione dei servizi pubblici in house, non è imprenditore commerciale. Essa, pertanto, non può essere dichiarata fallita, né essere ammessa all'amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 270/1999.

(Omissis) RAGIONI DELLA DECISIONE - Con ricorso del 20/12/2012, la GE.S.I.P. Palermo s.p.a. in liquidazione (d'ora in avanti solo GESIP) ha chiesto la dichiarazione del proprio fallimento, deducendo la qualità di imprenditore commerciale fallibile, nonché la sussistenza degli ulteriori requisiti, soggettivi ed oggettivi, di cui agli art 1 e 5 l.f..

In particolare, il liquidatore ha rappresentato che la società, le cui azioni sono state integralmente sottoscritte e liberate dal Comune di Palermo fin dal 16/02/2007, per come si evince dalla allegata visura camerale, ha operato per conto di quest'ultimo nell'ambito dei servizi pubblici locali, distinti in due tipologie: servizi pubblici strumentali e servi/i pubblici locali economici a rilevanza economica. A seguito dell'accertamento della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, co. 4, c.c., la società è stata posta in liquidazione. Inoltre, lo stato di crisi in cui versa attualmente la GESIP (crisi determinata essenzialmente dal mancato adeguamento, da parte del Comune di Palermo, delle tariffe corrisposte a fronte dei servizi effettivamente erogati, con conseguente fisiologico squilibrio della gestione caratteristica), ha indotto, da ultimo, il socio unico ad autorizzare la presentazione di istanza di fallimento in proprio (cfr.

verbale assemblea dei soci del 27/11/2012), avendo assunto i connotati di un vero e proprio stato di insolvenza.

Con decreto del 21/12/2012, il Tribunale ha rilevato, da un lato, l'insufficienza della documentazione prodotta da parte ricorrente ai sensi dell'art. 14 l.f. e, dall'altro, ha evidenziato la pregiudizialità della valutazione in ordine alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 270/1999 per l'ammissione della società alla procedura di amministrazione straordinaria; conseguentemente, ha disposto la convocazione della società ricorrente e del Ministro per lo sviluppo economico per l'udienza del 04/01/2013.

All'udienza fissata, il liquidatore della GESIP ha insistito in ricorso, dichiarando nel contempo di ritenere maggiormente auspicabile la dichiarazione dello stato di insolvenza ai fini dell'ammissione della società ricorrente alla procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria, ricorrendone i requisiti di legge; il Ministro, invece, non è comparso, ma ha fatto pervenire il proprio parere ai sensi dell'art. 7, co. 1, d.lgs. n. 270/1999.

Come evidenziato già nel decreto del 21/12/2012 e sottolineato anche dal parere del Ministro per lo sviluppo economico, costituisce questione preliminare quella della qualificazione della società ricorrente quale imprenditore commerciale ai sensi dell'art. 1, co. 1, l.f.. Se, infatti, a GESIP non è imprenditore commerciale, non vi è possibilità non solo di dichiararne il fallimento, ma nemmeno di dichiararne lo stato di insolvenza ai fini della ammissione della società all'amministrazione straordinaria, giusta il richiamo compiuto dall'art. 2 d.lgs. n. 270/1999 alle disposizioni sul fallimento.

In proposito, non è sufficiente, ai fini di ritenere la GESIP imprenditore commerciale, la mera costituzione della ricorrente in società per azioni. Invero, tale modello organizzativo è stato da ultimo utilizzato di frequente, sia dal legislatore che dagli enti locali, per dar vita ad enti che svolgono attività di natura pubblicistica e non privata e, dunque, che operano a tutti gli effetti quali organismi strumentali dell'ente pubblico.

Del resto, è stata la stessa Suprema Corte ad avere, da ultimo, sottolineato tale circostanza, ritenendo che la costituzione di un ente in società per azioni non è di per sé sufficiente ad escludere la natura di istituzione pubblica, dovendo procedersi ad una valutazione in concreto, caso per caso, sicché la natura d'istituzione pubblica è configurabile allorché la detta società, le cui azioni siano possedute prevalentemente, se non esclusivamente, da un ente pubblico, costituisca lo strumento per la gestione di un servizio pubblico e, quindi, faccia parte di una nozione allargata di pubblica Amministrazione (Cass. S.U. n. 9096/2005).

Ponendosi in quest'ottica, numerosi giudici di merito hanno addirittura escluso la fallibilità della società cd. in mano pubblica qualificando la stessa come ente sostanzialmente pubblico (cfr. Trib. Catania, 20 luglio 2010; Trib. Messina, 29 aprile 2010; Trib. Termini Imerese, 3 agosto 2009; Trib. Patti, 6 marzo 2009; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale sopra riferito, l'esenzione dal fallimento (e, quindi, anche dall'amministrazione straordinaria) di tali società si fonda sull'espressa

esclusione di cui all'art. 1, co. 1, l.f., per il quale sono «sono soggetti alle disposizioni sul fallimento (...) gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici». La società in mano pubblica, la quale costituisce strumento per la gestione di un servizio pubblico, viene cioè ricondotta ad ente pubblico in senso sostanziale, attraverso la privazione della sua natura formale di ente privato, soggetto alle disposizioni di cui agli artt. 2449 s. c.c..

Sennonché tale operazione — discutibile in quanto va tenuto presente che, per poter imprimere ad una società la qualificazione pubblicistica, è necessaria l'espressa previsione legislativa in tal senso, non risultando abrogato l'art. 4 l. n. 70/1975 (cfr. C. Stato, Sez. VI, 21 febbraio 2006, n. 705; Trib. Palermo, 11 febbraio 2010) — non è affatto necessaria al fine di escludere o ritenere la fallibilità di un ente quale la GESIP, potendo il problema essere affrontato sotto il profilo della qualificazione o meno della stessa quale imprenditore commerciale e, dunque, risiede essenzialmente nell'identificazione delle condizioni necessarie per ritenere che la società in mano pubblica svolga un'attività commerciale, rilevando a questo fine l'oggetto e la modalità con cui la stessa è espletata.

In proposito, non può avere rilievo la natura dei servizi che la GESIP, secondo quanto evidenziato dallo statuto, deve erogare, servizi innegabilmente pubblici o, comunque, di interesse generale. Invero, da un lato, la scelta del legislatore (ex art. 22, co. 3, lett. e), l. n. 142/1990) di permettere l'esercizio di determinate attività con una società avente personalità giuridica privata implica una valutazione che rende legittimo il conseguimento dell'interesse pubblico mediante lo strumento privatistico, ma comporta anche l'assunzione del rischio della sua cessazione a seguito del fallimento della società stessa; dall'altro, la recente modifica della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, introducendo una particolare forma di ammissione a detta procedura da parte delle società operanti nei servizi pubblici essenziali (cfr. art. 27, co. 1, lett. b-bis), d.lgs. n. 270/1999; art. 2, co. 2, d. l. n. 347/2003, conv. in l. n. 39/2004), dimostra che, per espressa opzione del legislatore, non sussiste alcuna incompatibilità tra svolgimento di tali servizi ed assoggettabilità alle procedure concorsuali.

L'indagine da compiere deve, invece, condurre a verificare o escludere che l'attività sia esercitata dalla società in mano pubblica in difetto delle manifestazioni tipiche del potere d'imperio (ad es., la facoltà di imposizione di tasse o tariffe); e verificare, soprattutto, se la società operi all'interno di un mercato concorrenziale, incompatibile con la situazione di esclusiva o di monopolio, svolgendo attività economica diretta al pubblico degli utenti e dei consumatori.

Orbene, in tale prospettiva già la Suprema Corte a Sezioni Unite, facendo rientrare la GESIP, sia pure ai limitati fini dell'applicazione della disciplina del codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), tra gli organismi di diritto pubblico di rilievo comunitario (che, com'è noto, ricomprendono sia enti propriamente pubblici, che enti privati aventi particolari caratteristiche), ha escluso che la società ricorrente abbia ad oggetto lo svolgimento di attività di natura industriale o commerciale (Cass. S.U. n. 10068/2011).

Invero, partendo dal presupposto che tre sono i requisiti, che devono sussistere cumulativamente, perché si possa parlare di organismo di diritto pubblico — a) l'ente deve essere diretto a soddisfare esigenze di interesse generale, prive di carattere industriale o commerciale; b) lo stesso deve essere dotato di personalità giuridica; c) la sua attività deve essere finanziata in via esclusiva o prevalente dallo Stato o da altro ente o organismo di diritto pubblico oppure (alternativamente) la sua gestione deve essere sottoposta al controllo di questi ultimi oppure (alternativamente) il suo organo amministrativo, di direzione o di vigilanza deve essere costituito da membri nominati per più della metà dallo Stato, o da altro ente o organismo pubblico — la Corte di cassazione ha escluso che gli interessi che la GESIP è diretta a soddisfare hanno natura industriale o commerciale. Ciò sul presupposto che la società «non opera in ambiente concorrenziale essendo il solo soggetto di cui il Comune di Palermo si avvale per la prestazione dei servizi» previsti dallo statuto. Ne consegue che le ragioni che hanno presieduto alla creazione della GeSip S.p. a. e le condizioni in cui quest'ultima esercita la sua attività, portano a concludere che essa è stata istituita per soddisfare esigenze di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale».

Le considerazioni delle Sezioni Unite non sono state smentite dall'istruttoria espletata nel corso del presente procedimento, laddove gravava sulla GESIP, che ha chiesto la dichiarazione del proprio fallimento, l'onere di provare la propria qualità di imprenditore commerciale.

Invero, dalla documentazione acquisita agli atti non solo si evince che alla società ricorrente «è fatto divieto di svolgere prestazioni a ,favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, ad eccezione di quei servizi che costituiscono una estensione dei servizi istituzionali e ove sia presente un interesse del Comune di Palermo», come indicato al punto 3.3. dello statuto (con ciò confermandosi la circostanza che l'attività svolta dalla GESIP non è istituzionalmente diretta al pubblico degli utenti e dei consumatori, ma è rivolta nei confronti dell'unico cliente Comune di Palermo, che le affida la gestione di servizi pubblici in house), ma non emerge nemmeno che una vera e propria attività imprenditoriale sia stata svolta di fatto, attualmente o nel passato, nei confronti di terzi, con la partecipazione a gare d'appalto o con l'acquisizione di commesse da parte di soggetti diversi dall'ente che la partecipa o ad esso connessi.

La mancanza della natura di imprenditore commerciale della GESIP esclude che la stessa possa rientrare tra i soggetti fallibili ai sensi dell'art. 1, co. i , l.f. e, dunque, anche tra i soggetti sottoponibili ad amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 270/1999. Conseguentemente la domanda proposta da parte ricorrente va senz'altro rigettata.

P.Q.M.

Visti gli artt. 1 l.f. e 2 d.lgs. n. 270/1999, rigetta il ricorso (Omissis).

Ancora un intervento giurisprudenziale sulla natura giuridica dell'attività svolta dalle società partecipate da un ente pubblico.

SOMMARIO: 1. *Premessa: le argomentazioni del tribunale di Palermo e la posizione della Cassazione in materia di società partecipate.* - 2. *I requisiti richiesti dal codice degli appalti per l'organismo di diritto pubblico: il soddisfacimento di interessi generali.* - 2.1. *La personalità giuridica.* - 2.2. *Il controllo pubblico.* - 2.3. *Compatibilità dei requisiti richiesti per gli organismi di diritto pubblico con l'attività di impresa.* - 3. *Organismo di diritto pubblico e società in house.* - 4. *L'applicabilità delle procedure concorsuali alle società a partecipazione pubblica: le posizioni della dottrina.* - 4.1 *Le critiche che rispetto ad esse sono state formulate.* - 5. *Conclusioni.*

1. *Premessa: le argomentazioni del tribunale di Palermo e la posizione della Cassazione in materia di società partecipate.* La giurisprudenza ritorna ad affrontare, ancorché con una pronuncia di merito, i profili interpretativi in ordine alla fallibilità e, prima ancora, alla natura giuridica delle società interamente partecipate da enti pubblici¹. Il decreto del tribunale

¹ La natura giuridica delle società partecipate da enti pubblici è questione assai controversa. In giurisprudenza, la natura privata delle società in mano pubblica è sostenuta da Cassazione sez. un. 19 dicembre 2009, n. 26806; Cassazione sez. un. 31 luglio 2006, n. 17287; Cassazione sez. un. 15 aprile 2005, n. 7799 in [www.ilcaso.it](#) e Cassazione sez. un. 6 maggio 1995 n. 4991, in *Riv. it. dir. pub. comunitario*, 1996, 1266; Cassazione 10 gennaio 1979 n. 58 in *Fallimento*, 1979, 593; nella giurisprudenza del Consiglio di stato, si vedano, in particolare, Consiglio di stato 11 gennaio 2013 n. 122, in [www.neldiritto.it](#); Consiglio di stato 20 ottobre 2004 n. 6867, in *Cons. Stato*, 2004, I, 2194; Consiglio di stato, 3 settembre 2001 n. 4586, in *Giur. it.*, 2001, 179; tra le pronunce di merito: Corte di appello Torino (decr.) 15 febbraio 2010, in [www.ilcaso.it](#). Per l'opposta tesi, secondo la quale le società partecipate da enti pubblici sarebbero sottratte al fallimento, tra le pronunce di merito, si segnalano *ex multis*: tribunale Avezzano 24 luglio 2013, in [www.ilcaso.it](#), tribunale Catania 26 marzo 2010, in [www.ilcaso.it](#); tribunale Santa Maria Capua Vetere 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, 711.

Anche la dottrina sul tema è vastissima; senza pretese di completezza, cfr., *ex multis*, MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca borsa*, 1954, I, 714 e ss.; BASSI, *Azionariato pubblico e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 986; G.B. FERRI, *Pubblico e privato nelle partecipazioni statali*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 415 e ss.; IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni*, *Riv. soc.*, 1993, 47 e ss.; GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 998 e ss.; MIOLA, *Le società miste come società di «diritto speciale»*, in DI GIANDOMENICO, FAGNANO e RUTA, *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, 181; GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 118 ss.; RORDORF, *Le Società "pubbliche" nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423; FIMMANÒ, *Appunti in tema di società di gestione dei servizi pubblici*, in *Riv. not.*, 2009, 910 ss.; IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 3 ss.; D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fallimento*, 2009, 713 e ss.; DI NOSSE, *I requisiti soggettivi di fallibilità*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, 10 e ss.; D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, 691; ID., *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in FIMMANÒ, *Le società pubbliche. Ordinamento crisi e insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011, 329; FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in FIMMANÒ, *Le società pubbliche. Ordinamento crisi e insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011, 13; VESSIA, *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2012, 3, 647; FIORANI, *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2012, I, 532 e ss.

di Palermo, infatti, rappresenta solo l'ultimo atto di un'articolata vicenda giudiziaria che, a vario titolo e sotto diversi profili, ha coinvolto la stessa società, interamente partecipata dal Comune. La curia siciliana ha rigettato l'istanza di fallimento presentata dal liquidatore della società, della quale l'ente locale deteneva l'intero pacchetto azionario, ritenendo che quest'ultima non abbia «natura di imprenditore commerciale» e pertanto non possa «rientrare tra i soggetti fallibili ai sensi dell'art. 1, primo comma, l.fall. e, dunque, anche tra i soggetti sottoponibili ad amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 270/1999».

Nelle sintetiche argomentazioni offerte al lettore, il decreto in oggetto si ispira chiaramente ad una precedente pronuncia della Cassazione a sezioni unite, nell'ambito di un procedimento sorto per una questione di tutt'altra natura rispetto a quella attuale, nella quale la stessa società era stata qualificata come un organismo di diritto pubblico di rilievo comunitario, sia pure, come ammette lo stesso tribunale, «ai limitati fini dell'applicazione della disciplina del codice degli appalti pubblici». In quell'occasione la Suprema Corte aveva qualificato l'attuale ricorrente come organismo di diritto pubblico, ritenendo che essa presentasse i tre requisiti necessari per assumere tale qualifica, come enunciati nell'art. 3, comma ventisei, decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, c.d. codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, emanato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (d'ora in poi, codice degli appalti)². Secondo questa disposizione, l'organismo di diritto pubblico è un soggetto giuridico istituito per soddisfare specifiche esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, che sia, all'un tempo, dotato di personalità giuridica, e controllato o finanziato dallo Stato, o da un altro ente pubblico³.

Più in particolare, secondo la Cassazione, per verificare se un organismo svolge attività finalizzate al soddisfacimento di specifiche esigenze d'interesse generale - che nella

² Secondo Cassazione sez. un., 9 maggio 2011, n. 10068, in *Diritto & Giustizia*, 2011 e in *Foro amm.*, 2011, 6, 1838: «Una società può qualificarsi quale organismo di diritto pubblico se soddisfa cumulativamente tre condizioni: 1) è stata istituita per soddisfare specifiche esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) è dotata di personalità giuridica; 3) la sua attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure (alternativamente) la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi oppure (alternativamente) il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Per verificare se un organismo soddisfa specifiche esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, e sia quindi qualificabile come "organismo di diritto pubblico", occorre accertare che l'organismo interessato agisca in situazione di concorrenza sul mercato, poiché ciò costituisce un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale; che questi ultimi bisogni siano, di regola, soddisfatti in modo diverso dall'offerta dei beni o servizi sul mercato; che si tratti di bisogni al cui soddisfacimento, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere una influenza determinante».

³ I tre requisiti di cui all'art. 3, comma ventisei, codice degli appalti, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza comunitaria (cfr., per tutte, Corte di giustizia, 1 febbraio 2001, *Commissione contro Francia*, C-237/99, in www.eu-lex.europa.eu) hanno carattere cumulativo. Sulla nozione di organismo di diritto pubblico, cfr. Cassazione sez. un., 7 aprile 2010, n. 8225, in *Giust. civ.*, 2010, 1635 e, in dottrina, LOGIUDICE "Organismo di diritto pubblico: definizione e requisiti", nota a tribunale amministrativo regionale Friuli Venezia Giulia, 26 ottobre 2006, n. 698, in www.altalex.com.

prospettiva seguita dalla Suprema Corte, ne escluderebbe “automaticamente” la natura commerciale - occorre accertare che esso (oltre ad essere in mano pubblica) non agisca in situazione di concorrenza sul mercato, poiché l’operare in un mercato concorrenziale costituirebbe un indizio a sostegno della circostanza che l’attività svolta non è finalizzata a soddisfare un interesse della collettività.

Per il tribunale di Palermo è agevole fare proprie le considerazioni della Suprema Corte. In aggiunta, con argomentazione a contrario, viene fatto un ulteriore, e alquanto immotivato, passo in avanti: l’assenza di una «situazione di concorrenza sul mercato» dal rappresentare solo un indice rivelatore del potenziale carattere non commerciale dell’attività diventa il principale argomento a sostegno della caratterizzazione pubblicistica della società. Il tribunale nega che la società partecipata dall’ente locale possa essere considerata un ente pubblico in senso stretto - che in sé sarebbe stato sufficiente a legittimarne l’esenzione dall’applicazione della disciplina fallimentare senza dover ricorrere a complesse operazioni ermeneutiche - e, anzi, considera discutibile quell’orientamento giurisprudenziale secondo cui la società in mano pubblica, operando a tutti gli effetti quale organismo strumentale dell’ente pubblico, farebbe parte di una nozione allargata di Pubblica Amministrazione. Al contrario, ritiene che per imprimere la qualifica di ente pubblico ad un soggetto giuridico sia necessaria un’espressa previsione legislativa in tal senso e che, al fine di escludere o ritenere fallibili le società partecipate, occorra preliminarmente stabilire se esse siano o meno imprenditori commerciali.

L’individuazione dei requisiti in forza dei quali una società in mano pubblica deve essere considerata un imprenditore commerciale diviene, quindi, una questione da risolvere in via preliminare e pregiudiziale rispetto a quella relativa all’applicabilità della disciplina fallimentare. Ove si ritenesse che nel caso de quo la società non svolga attività di impresa non sarebbe necessario affrontare alcun altro problema.

Secondo quanto affermato nel decreto, occorre innanzitutto «verificare o escludere che l’attività sia esercitata dalla società in mano pubblica in difetto delle manifestazioni tipiche del potere d’imperio (ad es., la facoltà di imposizione di tasse o tariffe); e verificare, soprattutto, se la società operi all’interno di un mercato concorrenziale». Focalizzata l’attenzione su questo duplice presupposto, mentre il profilo dell’esercizio delle manifestazioni tipiche del potere d’imperio si dissolve rapidamente e resta soltanto enunciato senza essere in alcun modo giustificato, l’attenzione del tribunale sembra concentrarsi nella verifica della ricorrenza del secondo elemento. Peraltro, la mancanza di un mercato concorrenziale viene semplicemente constatata, essendo la società in questione il solo soggetto di cui l’ente pubblico si avvale per la prestazione dei servizi previsti dallo statuto.

Per il tribunale, il principio nomofilattico enunciato dalla Cassazione è stato di facile applicazione: si trattava del medesimo “ente” che era stato oggetto della già citata sentenza delle Sezioni unite, sicché è parso quasi ovvio fondare su analoghe, anche se implicite, argomentazioni la decisione in merito all’esclusione della società dal novero dei soggetti fallibili.

Anche una lettura poco attenta del provvedimento in commento autorizzerebbe a ritenere che il tribunale di Palermo abbia aderito supinamente alle argomentazioni contenute nella decisione della Suprema Corte, senza tenere conto del fatto che esse devono essere inquadrare nel contesto nel quale la sentenza è stata emanata, ovvero nell'ambito di operatività della disciplina degli appalti pubblici, che è un settore evidentemente eccentrico rispetto a quello della fallibilità delle società partecipate, che, invece, è oggetto del provvedimento che si commenta.

In particolare, il percorso ermeneutico seguito dalle Sezioni unite era diretto a individuare gli elementi che permettono di applicare, a società con le caratteristiche richieste, la disciplina dettata in tema di appalti pubblici, la quale, come meglio si vedrà di seguito, richiede che si tratti di persone giuridiche che possono essere qualificate ab origine come organismi di diritto pubblico. Nella prospettiva seguita dalla corte palermitana, questa figura, di matrice comunitaria, viene richiamata ed utilizzata al di fuori dello specifico settore cui naturalmente appartiene e diventa la chiave di lettura per disciplinare istituti che hanno, invece, una diversa valenza.

La nozione di organismo di diritto pubblico si colloca nella speciale disciplina degli appalti, al fine di individuare i soggetti che possono assumere la veste di possibili offerenti (e di potenziali aggiudicatari) di un appalto pubblico. Essa trova la sua fonte nella direttiva 2004/18/CE, la quale, come viene evidenziato nel considerando n. 1, è dettata in funzione dell'attuazione dei principi del Trattato CE a tutela della concorrenza e, segnatamente, dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento.

Il tribunale di Palermo sembra ignorare questa matrice normativa, non ponendosi affatto il problema di coordinare i requisiti richiesti per la qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico in funzione dell'applicazione del codice degli appalti, con quelli, di carattere generale, concernenti l'assoggettamento allo statuto dell'imprenditore commerciale - e dunque alle procedure concorsuali - delle società per azioni interamente partecipate dallo Stato (o da altro ente pubblico). Sembra, invece, che si sia posta in essere, con assoluta acriticità, una assai discutibile commistione fra due settori disciplinari, distinti e incompatibili, dell'agire di una società in mano pubblica: senza alcuna spiegazione, la normativa del codice degli appalti pubblici viene ad interferire direttamente sull'applicazione degli istituti disciplinati dalla legge fallimentare.

2. I requisiti richiesti dal codice degli appalti per l'organismo di diritto pubblico: il soddisfacimento di interessi generali. Per provare a comprendere l'esatta portata della nozione di organismo di diritto pubblico si deve partire dalla genesi dell'art. 3, comma ventisei, codice degli appalti, e, dunque, ab origine, dalla citata direttiva sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in attuazione della quale lo stesso codice è stato emanato⁴.

⁴La direttiva 2004/18/CE, rappresenta il risultato del lungo percorso, anche giurisprudenziale, finalizzato alla creazione di una disciplina di settore, per il riordino delle procedure di aggiudicazione degli appalti

Nel preambolo della direttiva si chiarisce che le disposizioni in essa contenute recepiscono, in larga parte, i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di aggiudicazione degli appalti (considerando n.1), la quale, attraverso le sue pronunce, continua a fornire un prezioso apporto per la ricostruzione sistematica della disciplina di settore. Ai sensi della disposizione richiamata è organismo di diritto pubblico qualsiasi organismo, che sia stato istituito al fine di soddisfare bisogni di “interesse generale” di carattere “non industriale o commerciale” (lett. a). Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia sono tali i bisogni, che, di regola, vengono soddisfatti in modo diverso dall’offerta dei beni o servizi sul mercato e, più in generale, quelli ai quali lo Stato preferisce provvedere direttamente, o sui quali intende esercitare un’influenza determinante, per ragioni riconducibili all’interesse della collettività⁵. È necessario, tuttavia, distinguere fra i bisogni di interesse generale, che - secondo il lessico della normativa comunitaria, pedissequamente accolto dal nostro legislatore - vengono soddisfatti mediante lo svolgimento di attività aventi carattere industriale o commerciale, e quelli il cui soddisfacimento non richiede l’esercizio di siffatte attività.

Sulla nozione di bisogni di carattere generale non è necessario soffermarsi a lungo: il requisito appare soddisfatto quando l’attività ha un impatto sulla collettività⁶. La nozione di attività che non ha carattere industriale o commerciale necessita, invece, di alcuni chiarimenti. Innanzitutto, è bene sottolineare che quest’ultima locuzione utilizza un lessico insolito rispetto alla nostra tradizione, in quanto, nel nostro ordinamento le attività industriali rientrano nella più ampia categoria delle imprese

pubblici di servizi e di forniture, nonché di quelle di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. La definizione di “organismo di diritto pubblico”, ivi contenuta (art. 1, 9, direttiva 2004/18/CE), è stata recepita nel nostro ordinamento, in un primo tempo, dall’art. 2 decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 65, che ha sostituito l’art. 2 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, e successivamente, con formulazione immutata rispetto a quella comunitaria, dall’art. 3, comma ventisei, codice degli appalti, a norma del quale «L’organismo di diritto pubblico è qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; - dotato di personalità giuridica; - la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

La definizione in parola appare, per la prima volta, nell’art. 1, lett. b) della direttiva 92/50/CEE, sul coordinamento delle procedure degli appalti pubblici di servizi, con l’intento (evidenziato Considerando n.20) di «*eliminare pratiche che restringono la concorrenza in generale e limitano, in particolare, la partecipazione di cittadini di altri Stati membri agli appalti*» al fine di «*migliorare l’accesso dei fornitori di servizi alle procedure di aggiudicazione*». Con la direttiva 89/400/CEE, come modificata dalla successiva direttiva 93/37/CEE, l’organismo di diritto pubblico viene inserito tra le c.d. “*amministrazioni aggiudicatrici*” e la più recente direttiva 2004/18/CE, confermando tale inquadramento sistematico, lo annovera tra i soggetti obbligati ad osservare le norme in materia di appalti pubblici.

⁵ Cfr. Corte di giustizia 27 febbraio 2003 n. 373, *Adolf Truley GmbH contro Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, in www.eu-lex.europa.eu. In tal senso, v., anche, Cassazione sez. un. 9 maggio 2011 n. 10068, cit., confermata da Consiglio di stato 30 gennaio 2013 n. 570, cit.

⁶ Cfr. Corte di giustizia 10 maggio 2001 n. 223, *Agorà srl contro Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. contro Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, Cijfat soc. coop. a rl*, cause riunite C-223/99 e C-260/99 in *Dir. Pubb. Comp. Europeo*, 2002, 1502 con nota di CAMPAILLA; Corte di giustizia 15 gennaio 1998 n. 44, *Mannesmann contro Anlagenbau Austria*, C-44/96, in www.eu-lex.europa.eu.

commerciali. Infatti, l'art. 2195, primo comma, cod. civ., nell'individuare le attività soggette a iscrizione nel registro delle imprese menziona espressamente, al n. 1), le attività industriali e, al n. 2), le attività intermediarie nella circolazione dei beni, le quali - come è noto - vengono ambedue pacificamente considerate attività commerciali, distinte e contrapposte rispetto alle attività agricole.

La distinzione tra attività industriali e commerciali, invece, è propria del legislatore comunitario che, al contrario, ripetutamente utilizza tali espressioni, riferendo la locuzione «commerciale» soltanto a quelle attività che il codice civile definisce «di intermediazione nella circolazione dei beni». Non a caso, del resto, lo stesso uso di tali termini, non consono al significato ad essi attribuito nel nostro sistema giuridico, è presente nel codice del consumo (decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206), anch'esso di derivazione comunitaria, che, nella versione novellata nel 2007, all'art. 3, quando definisce il professionista, pone l'attività imprenditoriale al fianco di quella commerciale e artigianale, quasi come se si trattasse di attività di natura diversa e, a loro volta, ontologicamente differenti rispetto a quella artigianale. Nel corso di questo lavoro, invece, attenendoci al lessico utilizzato nel codice civile, laddove si parlerà di impresa commerciale, ci si riferirà all'attività che tradizionalmente è ritenuta tale nel nostro ordinamento.

2.1. La personalità giuridica. L'organismo di diritto pubblico, inoltre, deve essere un soggetto dotato di "personalità giuridica" (art. 3, comma ventisei, lett. b), codice degli appalti). Non v'è dubbio che i destinatari della normativa comunitaria e nazionale in tema di appalti pubblici, oltre che soggetti pubblici, siano anche enti privati sottoposti al controllo pubblico. A tali soggetti, in un'ottica antielusiva dei vincoli procedurali previsti nella disciplina degli appalti, viene imposto il rispetto dell'evidenza pubblica e delle procedure concorrenziali trasparenti conformi ai principi comunitari⁷.

Coerentemente con tale scelta di fondo, quando si è trattato di individuare i destinatari della normativa di settore si è inteso non restringere, ma anzi ampliarne la platea e, per tale ragione, è stata utilizzata una espressione onnicomprensiva come quella di organismo avente personalità giuridica.

Il requisito della personalità giuridica deve esser inteso in senso ampio, in quanto in ambito sovranazionale tale qualità viene attribuita in presenza di presupposti diversi rispetto a quelli richiesti da alcuni ordinamenti interni, come è confermato dall'orientamento seguito dalla Corte di giustizia.

Secondo il diritto comunitario è dotato di personalità giuridica quel soggetto che gode di un'«autonomia necessaria per agire come entità responsabile nei rapporti giuridici», e ciò indipendentemente dalla circostanza che il medesimo soggetto sia o meno qualificabile come persona giuridica entro i suoi confini nazionali⁸. È verosimile ipotizzare che la scelta di una definizione di tale ampiezza derivi dalla volontà di

⁷ Così, FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche*, cit., 17.

⁸ In tal senso, cfr. SCAVIZZI, *Lineamenti di diritto processuale comunitario*, Halley, Matelica, 2008, 62.

mantenere distinta, ad ogni effetto, la soggettività propria di chi fornisce un dato servizio da quella di chi partecipa, sotto forma di finanziatore, al capitale della persona giuridica-organismo di diritto pubblico. Ciò probabilmente con la finalità ultima di rimarcare una netta distinzione di ruoli ai fini dell'imputazione delle rispettive responsabilità. In presenza di un soggetto dotato di personalità giuridica non vi potrà essere alcuna sovrapposizione tra le responsabilità proprie dell'ente pubblico (id est: ente locale) e quelle proprie della persona giuridica partecipata

2.2. *Il controllo pubblico.* Infine, l'art. 3, comma ventisei, lett. c), codice degli appalti, richiede che l'organismo sia, alternativamente, finanziato o gestito dallo Stato o da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure che sia attribuita ad un soggetto pubblico la nomina di più della metà dei componenti degli organi di direzione, amministrazione o vigilanza. Vengono in considerazione, dunque, come parametri disgiuntivi, il profilo del controllo finanziario o quello del controllo di gestione, il quale ultimo evidenzia uno stretto legame tra l'ente societario e i pubblici poteri, poiché consente a questi ultimi di esercitare una influenza di carattere pubblicistico sulle decisioni adottate dall'ente (formalmente) privato⁹.

Per quel che concerne, invece, il profilo del controllo esterno, operato dall'ente pubblico mediante l'apporto finanziario, è bene precisare che le erogazioni pubbliche potranno non essere l'unica risorsa della persona giuridica. Lo stesso organismo potrà avere anche altre fonti di finanziamento, purché la parte più rilevante delle sue risorse economiche sia a carico del socio pubblico. La natura di organismo di diritto pubblico, infatti, non viene meno, né è preclusa dalla presenza di flussi finanziari di altra provenienza rispetto a quelli di fonte pubblica.

2.3 *Compatibilità dei requisiti richiesti per gli organismi di diritto pubblico con l'esercizio di attività imprenditoriale.* Così chiarita la nozione di organismo di diritto pubblico, ai sensi del d.lgs. 163/2006, si può procedere nell'indagine per verificarne la compatibilità con la nozione di imprenditore commerciale.

Con riguardo al primo dei requisiti di cui si è trattato - l'interesse generale di carattere non industriale o commerciale perseguito attraverso l'esercizio dell'attività - la Corte di giustizia ha precisato che si tratta di un concetto peculiare del diritto comunitario, che dovrà essere interpretato tenendo conto del contesto nel quale è inserito, in rapporto agli obiettivi che la normativa comunitaria, di volta in volta, intende realizzare.

In particolare, come si è ricordato, nella pronuncia in commento si è sostenuto che l'assenza di un mercato concorrenziale costituirebbe un chiaro indizio circa la natura pubblica dell'interesse che lo Stato, o ogni altro ente pubblico, intenderebbero perseguire, riservando a sé, o ad una società partecipata, lo svolgimento di determinate attività alle quali non si potrebbe riconoscere, pertanto, natura imprenditoriale. In senso

⁹In tal senso, si veda quanto asserito da Corte di giustizia 1 febbraio 2001, *Commissione contro Francia*, C-237/99, cit.

contrario, è, però, agevole dimostrare che la mancanza di concorrenza non è sufficiente a far venir meno la natura imprenditoriale di un'attività.

In proposito basti pensare che già l'art. 43 cost. parla di «imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale», e ciò dovrebbe essere sufficiente per fugare ogni dubbio circa la possibilità che vi siano attività imprenditoriali, che perseguono esigenze di interesse generale e non agiscono in regime di concorrenza.

La circostanza che una società in mano pubblica sia l'unico soggetto di cui l'ente locale, che ne detiene l'intero pacchetto azionario, si avvale per la fornitura di determinati servizi, evidenzia semplicemente una situazione di monopolio di fatto o di diritto, ma non incide certamente sulla natura dell'attività.

Sotto altro profilo, per stabilire la natura commerciale di un'attività imprenditoriale, rivolta alla produzione o allo scambio di beni o servizi, non è necessaria la effettiva presenza di un mercato concorrenziale cui destinare i prodotti. Se così fosse, non potrebbero essere considerate imprese commerciali tutte le attività che vengono svolte esclusivamente a favore di un solo soggetto¹⁰.

Altro elemento presuntivo del “carattere non industriale o commerciale” è stata considerata l'assenza dello scopo di lucro. Tuttavia, secondo un'opinione assai diffusa, e condivisibile, requisito essenziale dell'attività d'impresa è, piuttosto, l'economicità dell'attività stessa, che senz'altro non manca all'interno dell'organismo societario (finanche laddove sia gestito secondo i canoni dell'in house providing)¹¹.

Per tali ragioni il primo requisito richiesto dall'art. 3, comma ventisei, lett. a), codice degli appalti - il carattere pubblico dell'interesse perseguito - non risulta incompatibile con il carattere imprenditoriale dell'attività svolta dalla società interamente partecipata da un ente pubblico.

Anche il secondo elemento richiesto dalla normativa speciale in materia di appalti al fine della individuazione di un organismo di diritto pubblico, e cioè che il soggetto che svolge l'attività sia munito di personalità giuridica, non pare ontologicamente incompatibile con la qualificazione del medesimo come imprenditore. Anzi, come è noto, le società di capitali, che certamente sono dotate di personalità giuridica, sono tipicamente considerate imprenditori dalla legge.

Problemi di compatibilità non si pongono nemmeno con riferimento al requisito relativo al controllo pubblico, al quale l'ente deve essere sottoposto, ovvero

¹⁰ Per meglio comprendere quest'ultima considerazione basti pensare al noto fenomeno dell'indotto industriale. Si tratta di imprese, che esercitano la loro attività a favore di un unico soggetto, generalmente un'altra impresa, che si avvale di prodotti o dei servizi fornite dalla prima. Di solito, per le particolari caratteristiche dei prodotti e servizi che realizzano, le imprese fornitrici non hanno la possibilità di rivolgersi ad altri acquirenti e, dunque, ad un vero e proprio mercato concorrenziale. Tuttavia, nessuno ha mai messo in dubbio che si tratti di imprese commerciali a tutti gli effetti.

¹¹ Nel senso del testo, cfr. Consiglio di stato 11 gennaio 2013 n. 122, cit., secondo cui: «È essenziale all'attività d'impresa, quand'anche pubblica, che lo svolgimento della stessa comporti, almeno tendenzialmente, che i costi di produzione siano compensati dalla cessione dei beni e dei servizi prodotti, il che rappresenta il contenuto minimo della economicità che deve caratterizzare l'impresa.»

alla fonte pubblica del finanziamento. Questa fattispecie è espressamente contemplata dall'art. 2449 cod. civ. «Società con partecipazioni dello Stato o di enti pubblici», nella quale sono menzionati ambedue i requisiti di cui all'art. 3, comma ventisei, lett. c), codice degli appalti.

Insomma, con la disposizione appena richiamata il legislatore nazionale non sembra avere avuto altro scopo, se non quello di attenersi all'indicazione, manifestata a livello comunitario, di dare attuazione ai principi del Trattato a tutela della concorrenza in un settore strategico qual è quello degli appalti.

3. *Organismo di diritto pubblico e società in house.* È opportuno, a questo punto, fare qualche breve cenno a una fattispecie collaterale rispetto alla nozione di organismo di diritto pubblico; ci si riferisce alle società cosiddette in house. Con l'espressione «affidamento in house (o in house providing)» si intende una peculiare forma di gestione dei servizi pubblici locali¹², che potrebbe essere intesa come l'approdo finale del lungo percorso che ha condotto al passaggio dagli enti pubblici economici alle società partecipate, per poi giungere allo snodo costituito dalle cosiddette «privatizzazioni»¹³.

¹² Secondo la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia, i presupposti indefettibili affinché si possa legittimamente ricorrere a tale modello nella scelta del contraente sono: la detenzione da parte dell'ente pubblico dell'intero capitale sociale; l'esercizio di una forma di controllo sull'attività analoga a quella svolta sui propri servizi e l'esercizio, da parte della società affidataria, della sua attività in misura prevalente con, o per conto dell'ente pubblico. Al riguardo cfr., per tutte, Corte di giustizia 10 settembre 2009, *Sea srl contro Comune di Ponte Nossia*, C-573/07, in www.eu-lex.europa.eu.; Corte di giustizia 18 novembre 1999, *Teckal S.r.l. contro Comune di Viano*, C-107/98, in *Racc.*, 1999, 8121.

In materia di società in house, tra i numerosi contributi offerti in dottrina, si vedano PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 141 ss.; VOLPE, *In house providing*, *Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore Nazionale. Un caso di convergenze parallele*, in *Urb. e Appalti*, 2008, 1401 ss. e più di recente LUCIANI, in «Pubblico» e «Privato» nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Riv. Dir. Comm.*, 2012, 749.

¹³ Il mutamento della forma giuridica dell'impresa pubblica, caratterizzato dalla trasformazione di aziende autonome ed enti di diritto pubblico in società di diritto privato, ha dato il via alla c.d. privatizzazione formale, seguita in tempi piuttosto brevi dalla c.d. privatizzazione sostanziale o materiale, cioè dalla vendita ai privati delle partecipazioni in tali società, anche al fine di destinarne i proventi al risanamento del bilancio pubblico. Così, VIETTI, *Le linee guida per una disciplina della crisi delle società pubbliche*, in FIMMANÒ, *Le società pubbliche. Ordinamento crisi e insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2011, 3.

L'evoluzione di queste forme d'intervento dello Stato nell'economia ha generato, sul finire del secolo scorso, una nuova concezione di gestione dei servizi pubblici. Il decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (di seguito, TUEL) all'art. 113, quinto comma, lett. c), nel regolamentare la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, ne affidava l'erogazione a società a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici esercitassero sulla società «un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi». Tale disposizione è stata superata in seguito all'approvazione dell'art. 23bis decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, contenente la nuova disciplina generale dei servizi pubblici locali, con il quale l'art. 113 TUEL è stato abrogato nelle «parti incompatibili». La nuova disciplina ha trovato compiuta attuazione con il relativo regolamento di cui al Decreto del Presidente della Repubblica data 7 settembre 2010 n. 168 in G.U. (serie ordinaria) n. 239 del 12 ottobre 2010, ma ha subito rapidamente una progressiva erosione. Con la pronuncia n. 325 del 17 novembre 2010, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 23bis, comma dieci, lett. a), prima parte, d.l. 112/2008 ed il 13 giugno 2011, all'esito della consultazione referendaria in tema di

L'in house providing viene identificato, in estrema sintesi, nell'autoproduzione di servizi da parte della Pubblica Amministrazione in deroga proprio alle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici¹⁴. In tale contesto l'ente-affidante non svolge gare ad evidenza pubblica al fine di individuare il contraente affidatario, ma costituisce esso stesso una società della quale è vincolato a detenere, direttamente o indirettamente, il capitale sociale. Siffatto vincolo strutturale si affianca a un sistema di controlli sulla società, equivalente a quello gravante sugli organi interni dell'ente pubblico, che realizza in tal modo il cosiddetto "controllo analogo". Questa forma di controllo, che rappresenta un elemento essenziale dell'affidamento in house (unitamente alla "destinazione prevalente" dell'attività societaria a favore dell'ente controllante) è connotata dall'eteronomia delle scelte strategiche della società. Infatti, fra l'affidatario in house e l'ente affidante si viene a creare una sorta di rapporto interorganico, in forza del quale il primo svolge la sua attività esclusivamente per conto o nei confronti della seconda.

Le società in house hanno le caratteristiche dell'organismo di diritto pubblico, indicate nel codice degli appalti, anche se non ne esauriscono la categoria. C'è certamente una coincidenza almeno parziale fra le due fattispecie, nel senso che ci si trova comunque di fronte a soggetti che hanno la forma giuridica delle società di capitali, che, senza dubbio, sono sottoposti per molteplici aspetti alla disciplina per queste dettata, nella misura in cui non sia stata espressamente derogata dalla legge. Che il dubbio relativo al regime applicabile sia stato sollevato rispetto alla gestione dell'insolvenza, può essere facilmente spiegato: ci si è posti il problema di evitare il rischio di interruzione dell'erogazione di beni o servizi essenziali.

modalità di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica il medesimo art. 23bis è stato abrogato (cfr. Corte costituzionale 17 novembre 2010 n. 325 in www.cortecostituzionale.it).

Per una compiuta ricostruzione della travagliata evoluzione normativa, si può leggere 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, cui si rinvia. A seguito di questo tormentato percorso, la disciplina di riferimento era contenuta nell'art. 4, decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, convertito con modificazioni nella legge 14 settembre 2011 n. 148 "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea" (come modificato dall'art. 25 del decreto legge 24 gennaio 2012 n.1, convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2012 n. 27 e novellato dall'art. 53, decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012 n.134), che disciplinava numerosi servizi pubblici locali di rilevanza economica, fino all'intervento della Corte costituzionale del 20 luglio 2012, la quale ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sia nel testo originario, sia in quello risultante dalle successive modificazioni» (la sentenza può essere letta in www.neldiritto.it).

Attualmente la materia è disciplinata dall'art. 113 TUEL, per le parti ancora in vigore; dall'art. 3bis d.l. 138/2011, convertito con modificazioni nella l. 148/2011 e dall'art. 34 decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179, convertito con modificazioni nella legge 17 dicembre 2012 n. 221. Per un'aggiornata ricostruzione della disciplina applicabile ai servizi pubblici locali v. DEPAU, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in questa *Rivista*, 2013, sez. Materiali.

¹⁴ Così, COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in IBBA, MALAGUTI, MAZZONI, *Le società pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2011, 243.

4. *L'applicabilità delle procedure concorsuali alle società a partecipazione pubblica: le posizioni della dottrina.* All'interrogativo se sia possibile una convivenza fra le regole di diritto pubblico, concernenti le modalità di svolgimento dell'attività e le regole del diritto privato, relativamente alla gestione del momento della crisi dell'impresa, è stata data risposta, seguendo tre diversi approcci: un primo di tipo c.d. tipologico, che a sua volta conosce il duplice atteggiarsi in senso privatistico o pubblicistico; un secondo di tipo c.d. funzionale e, infine, un ultimo, specificamente focalizzato sulle società chiamate a gestire servizi pubblici essenziali.

L'approccio tipologico di declinazione privatistica afferma, in ogni caso, la natura privata della società in mano pubblica e ne sostiene la fallibilità, dal momento che l'ente pubblico esonerato dal fallimento sarebbe solo quello che il legislatore espressamente qualifica come tale¹⁵. A questa tesi tradizionale si contrappone una ricostruzione, pur sempre tipologica, ma di matrice pubblicistica, secondo la quale alle società a partecipazione pubblica è riconosciuta natura pubblicistica, ove ricorrano una serie di indici rivelatori. È questa la c.d. teoria degli indici sintomatici della pubblicità, in forza della quale la qualificazione in senso privatistico o pubblicistico di una società in house dovrebbe essere effettuata caso per caso. Secondo questo metodo deduttivo, in presenza di una serie di elementi in grado di denotare la connotazione pubblicistica della società affidataria di un servizio pubblico si deve escludere che essa possa svolgere un'attività, che possa essere definita "commerciale", ai sensi del diritto privato¹⁶. Tali indici presuntivi vengono individuati nelle limitazioni statutarie all'autonomia degli organi societari; nell'esclusiva titolarità pubblica del capitale sociale; nella ingerenza nella nomina degli amministratori da parte di organi promananti direttamente dallo Stato; nell'erogazione da parte dei medesimi soggetti di risorse finanziarie per il raggiungimento degli obiettivi previsti per l'attività della società.

Diversamente, l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale, c.d. funzionale, opera una sostanziale distinzione di settori. In quei settori di attività nei quali assume rilievo precipuo la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti o il loro profilo finanziario, si sostiene che le società a partecipazione pubblica siano sottoposte a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici. Al contrario, nei settori che coinvolgono profili, che possono anche essere riferiti all'organizzazione e al

¹⁵ L'equiparazione delle società partecipate da una pubblica amministrazione a quelle appartenenti esclusivamente a soggetti privati è stata storicamente voluta dal nostro legislatore; infatti, nella Relazione al codice civile si legge che, nel caso di partecipazioni statali in società azionarie, è lo Stato che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società in mano pubblica, salvo che norme speciali non dispongano diversamente. Cfr. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni*, cit., 472; FIORANI, *Società "pubbliche"*, cit., 538. In giurisprudenza, fra le sentenze che aderiscono a questa tesi, v., recentemente, tribunale Santa Maria Capua Vetere 24 maggio 2011, in www.ilcaso.it.

¹⁶ Così, tribunale Santa Maria Capua Vetere 9 gennaio 2009, cit., 713. In questo caso, il tribunale, al fine di escludere l'assoggettabilità della società al fallimento, ne ha affermato la natura pubblica in ragione della derivazione della medesima dalla trasformazione di preesistenti consorzi di gestione dei servizi locali, ai sensi dell'art. 35 legge 28 dicembre 2001 n. 448 e della totale titolarità pubblica del capitale sociale.

funzionamento delle società in generale, esse resterebbero assoggettate alle normali regole privatistiche¹⁷.

Secondo questa ricostruzione, il corretto punto di partenza per identificare la disciplina dalla quale l'ente deve essere regolato nelle diverse situazioni sarebbe quello di applicare le disposizioni di diritto pubblico, quando vengono espressamente richiamate, e la disciplina privatistica, ogniqualvolta non vi siano espresse ragioni per derogarvi. In particolare, la ratio della non fallibilità della società affidataria di servizi pubblici viene individuata nell'incompatibilità della procedura fallimentare con l'ordinaria attività dell'ente pubblico¹⁸. La giurisprudenza, che sostiene tale opinione, sottolinea che il fallimento determinerebbe la sostituzione degli organi della procedura a quelli politici di gestione generando «un'inammissibile interferenza giudiziaria sulla sovranità dell'ente e dei suoi organi eletti, con pregiudizio degli effetti di spossessamento del debitore e di cessazione dell'attività d'impresa sulla continua e regolare esecuzione del servizio pubblico, rispondente alla realizzazione di interessi generali»¹⁹. E, in effetti, il punto centrale della questione è proprio quello di stabilire in che misura vi possa essere compatibilità tra la tutela degli interessi pubblici e l'eventuale fallimento di una società in mano pubblica.

Seguendo questa prospettiva, quale evoluzione dell'orientamento da ultimo descritto, è stata proposta la c.d. terza via, secondo la quale «l'esclusione dal fallimento è soluzione imposta solo laddove il soggetto abbia carattere necessario per l'ente pubblico»²⁰. Nelle «società necessarie» ovvero in quelle affidatarie di un servizio pubblico essenziale l'esclusione dal fallimento è giustificata in ragione della tutela di interessi pubblici, dal momento che solo per una società destinata al soddisfacimento di bisogni collettivi vi sarebbe una «oggettiva incompatibilità» tra l'assoggettamento alla procedura fallimentare e la tutela di interessi pubblici. E ciò sotto un duplice profilo: innanzitutto, il fallimento pregiudicherebbe l'interesse alla continuità del pubblico servizio e tale pregiudizio non potrebbe nemmeno essere evitato dalla previsione dell'esercizio provvisorio dell'impresa, dal momento che si tratta di un istituto posto a tutela esclusiva degli interessi dei creditori del fallito, i quali, peraltro, se non ravvisano l'opportunità di proseguire l'attività, possono farla cessare in qualunque momento; per altro verso, l'instaurarsi della procedura determinerebbe, soltanto in queste «società necessarie», quell'inammissibile sostituzione dell'autorità giudiziaria all'autorità amministrativa, nell'esercizio di poteri tipicamente pubblicistici, che il c.d. orientamento

¹⁷ Si vedano Consiglio di stato 20 ottobre 2004 n. 6867 in www.dirittodeiserviziipubblici.it e Consiglio di stato 3 settembre 2001 n. 4586 in *Foro it.*, 2002, III, 554.

¹⁸ Cfr. FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche*, cit., 25; in giurisprudenza, si consultino, fra le altre, Corte di appello Napoli 15 giugno 2009 n. 60, in www.osservatorio-oci.org; tribunale Catania, 26 marzo 2010, cit., tribunale Nola, 17 giugno 2010, in www.il caso.it.

¹⁹ A sostegno della tesi, v. Corte di appello Torino (decr.) 15 febbraio 2010, cit., che ha aderito a un approccio funzionale inteso all'individuazione della concreta disciplina applicabile all'ente, pur precisando che «ove non si verifichi una lesione di tali interessi, appunto riconducibili al carattere necessario dell'attività dell'ente rispetto alla tutela di finalità pubbliche, nessuna preclusione sussiste all'applicazione delle disposizioni concorsuali».

²⁰ È questa l'opinione di D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, cit., 693.

tipologico di matrice pubblicistica lamentava a livello generale e per ogni società in house, che fosse assoggettata a procedura concorsuale²¹.

4.1 Le critiche che rispetto ad esse sono state formulate. Ognuno degli orientamenti descritti non è stato esente da critiche. Al primo, di tipo tipologico, si è obiettato che nella sua declinazione esclusivamente privatistica non considera affatto che, pur essendo indispensabile ai fini della qualificazione della società come ente pubblico che vi sia un'espressa previsione legislativa, è comunque possibile, in specifici settori di attività, che una previsione di legge speciale parifichi, anche solo parzialmente, tali società agli enti pubblici. In tal caso è innegabile che si verifichi una commistione fra elementi di carattere pubblico e elementi di natura privata, che deve essere adeguatamente valutata al fine di individuare la disciplina applicabile, a seconda delle circostanze.

D'altra parte, nella versione "pubblicistica" tale orientamento pecca in senso opposto, finendo col parificare, ad ogni effetto, la società all'ente pubblico. Eppure, negli indici sintomatici presi in considerazione, e questo vale anche con riferimento all'approccio c.d. funzionale, non vi sono argomenti decisivi per negare che le società partecipate da una pubblica amministrazione conservino comunque elementi di natura privatistica, anzi di svolgimento di un'attività qualificabile come attività di impresa in senso sostanziale, in forza dei quali non si potrebbe escludere a priori che possano essere assoggettate al fallimento.

Infine, l'orientamento funzionale, nonché quello che esonera dal fallimento le società necessarie, seguendo la c.d. "terza via", sono stati criticati, mettendo in discussione il presupposto su cui entrambi si fondano. Ad essi si oppone che, quando la società partecipata gestisce un servizio pubblico, non è titolare di esso, ma agisce in veste di semplice affidataria dello stesso da parte dell'ente pubblico socio-affidante. Pertanto, il fallimento della società non determinerebbe alcuna ingerenza dell'autorità giudiziaria nell'attività della pubblica amministrazione, né impedirebbe l'esecuzione di un servizio necessario alla collettività, in quanto l'ente pubblico resterebbe dominus dell'attività e sarebbe libero di gestirla secondo le proprie scelte discrezionali²². A ciò si aggiunge che non è vero che l'assoggettamento alle procedure concorsuali importi necessariamente una soluzione di continuità nell'erogazione del servizio pubblico, in quanto, anche in caso di fallimento del gestore, la pubblica amministrazione resterebbe l'unico soggetto titolare del servizio e del correlativo potere di organizzarlo²³. In

²¹ D'ATTORRE, *ibidem*, 695.

²² La critica si spinge fino a ritenere non condivisibile l'asserzione secondo cui la società pubblica sarebbe un ente pubblico - non assoggettabile, quindi, alle procedure concorsuali - laddove svolgesse una attività "necessaria" all'ente territoriale, inerente allo svolgimento di servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi. In tal senso, FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche*, cit., 25.

²³ In caso d'insolvenza della società partecipata affidataria, la stessa potrebbe continuare a svolgere il servizio pubblico in via temporanea, in funzione della vendita a terzi dell'azienda o del suo risanamento, oppure gli organi della procedura potrebbero tentare di affittare l'azienda o, ancora, a seguito dello scioglimento del rapporto convenzionale, la pubblica amministrazione potrebbe affidare ad altri il servizio. Nonostante nessuna di queste soluzioni possa essere considerata di applicazione necessaria, ma

conclusione, nessun effetto pregiudizievole per la collettività potrebbe essere imputato all'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale.

5. *Conclusioni.* Come si è già osservato, la normativa comunitaria cui si è fatto cenno ed il codice degli appalti in cui la stessa è stata recepita, impongono il rispetto di una disciplina dettata esclusivamente per realizzare la funzione giuridico-economica di predisporre procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, che non generino intralci alla libera circolazione dei medesimi e facilitino l'accesso dei fornitori, eliminando pratiche che restringano la concorrenza; essa rileva, dunque, certamente al fine di stabilire le regole che presidono lo specifico settore degli appalti.

In conseguenza, dalla radicale diversità degli obiettivi che si prefiggono i legislatori nazionali e comunitari nei diversi ambiti (appalti pubblici e procedure di regolazione dell'insolvenza) appare arbitrario operare un'equiparazione netta della valenza delle definizioni, fino a giungere a far assumere rilievo a norme dettate in funzione della tutela della trasparenza e della concorrenza anche con riferimento all'assoggettabilità alle procedure concorsuali di una società in mano pubblica.

Tenendo in considerazione la ragione giustificativa che ispira la disciplina del codice degli appalti e le ricadute sulla disciplina interna della direttiva comunitaria, volta esclusivamente ad eliminare pratiche anticoncorrenziali in un ambito specifico, non appare proponibile un'interpretazione estensiva, che faccia assurgere la definizione di organismo di diritto pubblico, ivi contenuta, al rango di categoria generale.

Era certamente nei poteri del legislatore di conferire a tale nozione una valenza più ampia, ma ciò avrebbe comportato un radicale stravolgimento di principi fondamentali del nostro ordinamento dal momento che, come si ritiene di aver dimostrato il soddisfacimento di esigenze di carattere generale, non industriale o commerciale, la personalità giuridica e il controllo, finanziario o di gestione, dello Stato o di altri enti pubblici non sono elementi incompatibili con la nozione di imprenditore commerciale. Al contrario, tali caratteri appaiono coerenti e adeguati rispetto allo scopo di individuare i soggetti denominati "organismi di diritto pubblico" in funzione della trasparenza e della correttezza delle dinamiche di mercato, perseguito dal codice degli appalti.

Il vero problema di tali società è che, nonostante siano state oggetto di numerosi interventi legislativi, non hanno un organico corpus normativo di riferimento; in particolare manca una disciplina relativa al momento della crisi dell'impresa. Per tale ragione, spesso, si tende a ritenere che esse siano completamente assoggettate alle regole pubblicistiche, laddove l'ente pubblico esercita sulla società un controllo analogo,

si tratti di semplici possibilità, non se ne può escludere l'effettivo utilizzo, né le difficoltà operative che potrebbero caratterizzarne l'applicazione pratica possono rappresentare un valido argomento a sostegno della tesi, che si contesta. E, v., infatti, FIMMANÒ, *Sub Art. 104 e Sub Art. 105*, in JORIO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2006.

quantomeno per prerogative e intensità, a quello esercitato sui propri servizi, poiché la società viene intesa come una articolazione organizzativa dell'ente²⁴.

Di certo, in tutti i casi in cui le società non forniscono servizi essenziali, non v'è dubbio che la soluzione della fallibilità sia l'unica strada percorribile, se non si voglia lasciare aperta la strada ad una pluralità di esecuzioni individuali, con tutte le conseguenze pregiudizievoli per l'impresa e per i creditori, che tale soluzione comporta e che storicamente hanno indotto i legislatori di tutti i Paesi ad elaborare una disciplina speciale. quantomeno per le situazioni di insolvenza degli imprenditori commerciali²⁵.

Quando, invece, la società è "necessaria" per l'ente pubblico, è inevitabile che la soluzione dell'assoggettabilità al fallimento susciti perplessità per il rischio della sospensione dell'attività, che essa inevitabilmente comporta²⁶, in quanto, nonostante ci siano gli strumenti per evitare la sospensione del servizio, non c'è la certezza che essi saranno effettivamente attivati. Si deve però osservare che, poiché nessuna altra procedura concorsuale potrebbe essere utilizzata, la società resterebbe esposta alle azioni esecutive individuali che potrebbero colpire beni essenziali per lo svolgimento dell'attività, rendendone concretamente impossibile la prosecuzione.

La liquidazione coatta amministrativa, generalmente prevista per gli imprenditori che abbiano una peculiare connotazione pubblicistica, sarebbe probabilmente il naturale procedimento per regolare la crisi di questo genere di società. Tuttavia, in mancanza di un'esplicita previsione normativa, questa strada non può essere percorsa, dal momento che, come è noto, l'art. 2 l. fall. contiene una esplicita disposizione in tal senso: è solo la legge che individua le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, i casi per i quali la liquidazione coatta può essere disposta e l'autorità competente a disporla. In questa contingenza normativa, l'assoggettamento al fallimento appare una soluzione di gran lunga preferibile rispetto all'unica alternativa praticabile, consistente nel lasciare piena libertà alle iniziative individuali, senza alcun coordinamento e garanzia del trattamento paritario dei creditori e senza alcuna

²⁴ Il c.d. controllo analogo secondo il giudice europeo è incompatibile con la partecipazione anche minoritaria di soggetti privati al capitale sociale della società affidataria. È, invece, ammessa la possibilità che il controllo si realizzi, oltre che individualmente, anche in forma congiunta, se al capitale della stessa società dovessero partecipare più enti locali. Così, Corte di giustizia 10 settembre 2009, *Sea srl contro Comune di Ponte Nossola*, C-573/07, cit. In tal senso, v. LUCIANI, "Pubblico" e "Privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, cit., 746.

²⁵ Peraltro, come è stato efficacemente evidenziato, l'esonero dal fallimento delle società pubbliche creerebbe una grave alterazione alle dinamiche del mercato, perché si verrebbe a creare una particolare categoria di società non soggette ad alcun tipo di procedura concorsuale. Così SCARAFONI, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. fall.*, 2010, 446.

²⁶ A prescindere dalla tesi alla quale si ritiene di voler aderire tra quelle elencate nel testo non si può tacere che il problema della soluzione di continuità nell'erogazione del servizio pubblico assume una effettiva rilevanza soltanto in rapporto all'erogazione di servizi pubblici essenziali e non rispetto a qualunque servizio, che sia stato affidato ad una società pubblica (anche secondo il modello dell' *in house*). Pertanto, l'applicabilità delle procedure concorsuali alle società in mano pubblica, probabilmente, potrebbe essere messa in discussione solo laddove si discorra non semplicemente di società che gestiscono un pubblico servizio, ma più in particolare di società che gestiscono un servizio pubblico essenziale. Sul tema dei servizi pubblici essenziali la dottrina è copiosa. Si vedano, per tutti, GIANFELICI, *I servizi pubblici locali in outsourcing. Le funzioni di indirizzo e controllo dei comuni*, Angeli, Milano, 2008, 77; RINALDI, *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, CEDAM, Padova, 2011, 67.

salvaguardia dell'integrità del complesso produttivo. Per tali ragioni la pronuncia in commento non può essere condivisa né sul piano della ricostruzione sistematica, né per il profilo dell'efficienza operativa²⁷ e la soluzione più coerente con il sistema, anche in considerazione degli interessi protetti, rimane quella della concorsualità – necessariamente – fallimentare, poiché come si ritiene di aver dimostrato, è indubitabile che le società a partecipazione pubblica esercitino un'attività che ha tutte le caratteristiche dell'impresa commerciale.

Tuttavia, è innegabile che un vuoto normativo vi sia e che sarebbe opportuno che il legislatore provvedesse quanto prima a colmarlo.

Dott.ssa Emma Chicco

²⁷ A favore della tesi sostenuta nel testo v. Corte costituzionale 30 luglio 2008 n. 326, in www.giurcost.org. In merito alla regolamentazione dell'attività di società partecipate da enti locali la Corte costituzionale ha sostenuto che la disciplina dell'attività di tali società rientra «nella materia -definita prevalentemente in base all'oggetto- «ordinamento civile», perché mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private» ed è «volta a segnare i limiti tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato e alla tutela della concorrenza» (Corte costituzionale 30 luglio 2008 n. 326, cit.).

Società in house e organismo di diritto pubblico

A fronte dell'assunto oramai pacifico secondo cui le società pubbliche possono svolgere attività di impresa¹, all'interprete spetta il compito, non agevole, in assenza di una disciplina generale ed unitaria di ben individuare l'esatta natura e, quindi, tipologia entro la quale inquadrare la fattispecie concreta, dovendosi, anche destreggiare con figure di matrice squisitamente comunitaria quali l'organismo di diritto pubblico e la società cd. "in house".

Volendosi mantenere su di un piano generale, i profili di rilevanza su cui soffermarsi, al fine di poter poi individuare il relativo regime giuridico delle singole fattispecie, risultano individuabili nelle modalità di costituzione, nella fase dell'organizzazione, nella natura dell'attività svolta e nel fine perseguito. Si osserva, quindi, come nonostante le imprese pubbliche costituite in forma societaria non appaiano riconducibili ad un modello unitario, ciò nondimeno rimane ferma la possibilità di coglierne alcuni profili unitari.

In particolare, ci si vuole riferire ad una questione che appassiona gli studiosi, e cioè quella relativa alla compatibilità tra finalità di lucro e vincolo di scopo ossia il perseguimento dell'interesse pubblico. Rileva, all'uopo come lo scopo della società per azioni, per espressa previsione normativa di cui al disposto dell'art 2.247 cod. civ., sia la divisione degli utili, trattasi, in altre parole, di quello che viene solitamente denominato lucro soggettivo. Qualora la società per azioni sia una società pubblica, nel senso che risulti esservi una partecipazione pubblica, l'ossequio al principio di legalità impone il perseguimento del pubblico interesse, cioè il vincolo di scopo. Occorre precisare come il vincolo di scopo non risulti incompatibile con l'utilizzo della veste societaria e, quindi, con un modello privatistico, tant'è che lo strumento delle società è utilizzato anche per il perseguimento di scopi non lucrativi.

Non sussiste, quindi, incompatibilità tra interesse pubblico e scopo lucrativo.

A riguardo non può sottacersi come la Commissione Europea abbia rilevato come secondo il diritto italiano, le persone, gli organismi o gli enti pubblici e privati che non perseguono uno scopo di lucro non possono essere inquadrati nella nozione di imprenditore né, pertanto, essere qualificati alla stregua di «imprese» ai fini dell'applicazione della legge n. 223/91, dal momento che la predetta nozione richiede specificamente la ricerca del profitto come corrispettivo del rischio d'impresa². Giova rammentare, all'uopo, come, dopo la riforma del diritto societario del 2003, l'interesse sociale non presenti una connotazione omogenea ed unitaria, in quanto confluiscono nell'assetto societario non solo interessi eterogenei che fanno capo agli stessi soci (si pensi al socio investitore e a quello imprenditore) ma anche interessi diversi riferibili a soggetti terzi. In questa prospettiva, non può ritenersi che il rispetto dell'interesse

¹ Consiglio di stato 20 marzo 2012 n. 1574, in www.dirittodeiserviziipubblici.it.

² Corte di giustizia 16 ottobre 2000, C-32, in www.ildirittodeiserviziipubblici.it.

pubblico sia idoneo ad alterare il tipo societario conducendo alla configurazione di una società diversa da quella contemplata dal codice civile.

Ove si abbia riguardo al contratto sociale l'orientamento tradizionale ritiene che l'interesse pubblico sia un motivo proprio soltanto di alcuni dei soci e, in quanto tale, giuridicamente irrilevante. Tuttavia, qualora si assegnasse alla causa natura concreta, in linea con le più recenti ricostruzioni, può ritenersi che tale interesse concorre a definire la funzione economico - individuale del contratto societario, non sussistendo, per i motivi indicati, incompatibilità tra interesse pubblico, scopo di lucro e interesse sociale.

La questione appare, ad oggi risolta, a livello più generale, dall'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007 n. 244.

La norma esprimendo un principio di carattere generale, già immanente nell'ordinamento anche prima della sua esplicitazione positiva, prevede che «al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza (...)».

La disposizione in questione evidenzia un evidente disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche (ivi comprese le Università) di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative di specie (secondo il modello delle c.d. 'società di diritto singolare').

Appare il caso di evidenziare come il disposto di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 163 del 2006 contempla un altro modello di società pubblica, anche non maggioritaria, diverso dall'organismo di diritto pubblico, che si caratterizza per il fatto che oggetto dell'attività è «la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza».

L'elemento qualificante, al fine di ritenere che la società agisca nell'esercizio di poteri pubblici è in questo caso rappresentato dal fatto che, come risulta chiaramente dalla riportata definizione codicistica, la relativa attività non si inserisce in un mercato concorrenziale.

Giova, inoltre, rammentare come le imprese pubbliche sono considerate tali dalla Direttiva «le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione».

A differenza di quanto previsto per l'organismo di diritto pubblico, si prescinde dal fine perseguito, riconoscendosi valenza decisiva al legame tra l'impresa e la pubblica amministrazione dominante. In particolare, secondo la medesima normativa, l'influenza

dominante è presunta in caso di detenzione della maggioranza del capitale dell'impresa, di controllo della maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa o di diritto di nominare più della metà dei componenti degli organi di amministrazione o di vigilanza³. La categoria sopra definita comprende, pertanto, non soltanto le aziende autonome e gli enti pubblici economici, ma anche le società di capitali a prevalente partecipazione pubblica o comunque a dominanza pubblica. Occorre, peraltro, rimarcare che detta Direttiva si applica esclusivamente agli appalti aggiudicati da tali soggetti nei settori da essa considerati. In tal senso opera innanzitutto l'art. 2 il quale stabilisce che la Direttiva si applica agli enti aggiudicatori che a) sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui agli articoli da 3 a 7; b), «che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli pubblici»⁴. In disparte la riferibilità al quadro generale circa la nozione di impresa pubblica e sua legittimazione, nelle possibili differenti forme nel nostro ordinamento, nella pronuncia che si annota il Giudicante non appare assumere una posizione espressa circa la qualificazione della GESIP quale organismo di diritto pubblico o società in house, costringendo l'interprete ad uno sforzo ermeneutico non indifferente, al fine di offrire soluzione alla questione.

La soluzione cui il Tribunale di Palermo sembra addivenire, è quindi, quella secondo la quale la GESIP è organismo di diritto pubblico e che non risulta soggetto a procedure concorsuali.

Tuttavia, da qualche passaggio di cui al Decreto, sembra di poter cogliere l'equivoco interpretativo in cui, a sommosso parere di chi scrive, il Tribunale sarebbe incorso, indotto dall'aver la GESIP espletato servizi strumentali.

Per quanto attiene i servizi strumentali giova rammentare come, mentre nel servizio strumentale il beneficiario finale risulta essere la p.a., nel servizio pubblico il destinatario finale dell'attività svolta risulta essere l'utenza talché ove l'utilità diretta ed immediata del servizio sia in favore dell'utenza si tratterà di servizio pubblico là dove, diversamente, l'utilità diretta sarà in favore della amministrazione, si tratterà di servizio strumentale.

Tale criterio, che fonda la differenziazione del destinatario finale del servizio o meglio nella utilità e nel vantaggio che il servizio produce, appare effettivamente idoneo a spiegare detta distinzione.

All'uopo, si è rilevato come «possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica

³ GAROFOLI, *Il rilievo applicativo della nozione di organismo pubblico*, in SANDULLI - DE NICTOLIS - GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008, 555.

⁴ Consiglio di stato 22 aprile 2004 n. 167, in www.lexitalia.it.

amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (per le quali il Decreto fa esplicita eccezione) [...] Seppure infatti tali società strumentali esercitano attività di natura imprenditoriale, ciò che rileva è che siano state costituite per tutelare in via primaria l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche possibile che venga sacrificato l'interesse privato imprenditoriale»⁵.

A riguardo, decisiva la pronuncia della Consulta ⁶, secondo cui la differenza riposerebbe sulle nozioni tra svolgimento di attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici, «atteso che l'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse»⁷. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. La società che gestisce servizi strumentali e, dunque svolge attività amministrativa, non può esercitare allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione.

Appare, comunque, opportuno evidenziare come la distinzione tra attività di impresa ed attività amministrativa appaia alquanto artificiosa, posto che si tratta in ambedue i casi di attività esternalizzabili o suscettibili di venir organizzate con il modulo

⁵ ROSTAGNO, *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica ovvero della deriva dell'interpretazione dell'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006 n. 223 convertito in l. 4 agosto 2006 n. 248 (c.d. Decreto Bersani) lontano dai principi del Trattato UE e dai modelli comunitari di collaborazione fra pubblico e privato*, in *www.giustamm.it*.

⁶ Corte costituzionale 1 agosto 2008 n. 326, in *www.lexitalia.it*.

⁷ La decisione è stata fatta oggetto di commento da parte di URSI, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13*, in *www.utilia.it*, con indicazioni di generale chiarimento circa la portata dell'art. 13. Si abbia riguardo in particolare a quella parte del ragionamento laddove si sostiene che l'applicazione della norma in esame non si appunta sul dato della mera partecipazione pubblica al capitale, quanto piuttosto sulla detenzione di affidamenti diretti, suscettibili di porre le società pubbliche che ne beneficino in una posizione di favore rispetto agli altri competitori di mercato. Sulla scorta di simili presupposti si riconosce alle Regioni ed agli enti locali la facoltà di istituire società che, non beneficiando dei vantaggi competitivi discendenti da affidamenti diretti, competano sul libero mercato (la giustificazione del regime di limitazioni previste dall'art. 13 del c.d. decreto Bersani va ravvisata, non nella partecipazione pubblica tout court, bensì nella circostanza che questa dia luogo a deroga alle procedure ad evidenza pubblica in ragione di scelte organizzative; negli altri casi, le Regioni e gli enti locali possono liberamente costituire o partecipare ad imprese che si confrontano sul libero mercato). In termini, Consiglio di Stato 25 agosto 2008 n. 4080: «Si è sottolineato il rischio che si creino particolari situazioni di privilegio per alcune imprese, quando queste ultime usufruiscano, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi. Il privilegio economico non necessariamente si concretizza, brutalmente, nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese. [...] Non è necessario che ciò determini profitto, purché l'impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale. In una tale situazione, è fin troppo evidente che ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali. [...] L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorcente di una semplice elusione del sistema delle gare. Potenzialmente ciò induce ed incoraggia il capitalismo di Stato e conduce alla espulsione delle imprese private marginali».

dell'in house providing, sicché il tema, comune ad entrambe le attività prese in considerazione dalla Corte Costituzionale, resta quello di politica legislativa di caratterizzazione del mercato (e non di ontologica conformazione degli istituti), nel senso di potersi scegliere, almeno, tra i differenti moduli di una competizione ad esclusivo appannaggio dei soli operatori privati (come parrebbe essersi voluto con l'art. 3, co. XXVII e ss. della Finanziaria 2008), ovvero semplicemente epurata dalle alterazioni concorrenziali prodotte dagli affidamenti diretti (come nel caso del divieto, posto dall'art. 23 bis d.l. 25 giugno 2008, n. 112, di operare sul mercato per quegli operatori, indifferentemente pubblici o privati, detentori di affidamenti diretti di pubblici servizi locali⁸).

Ecco, quindi, che, l'esercizio di un'attività strumentale può (erroneamente) far ritenere che l'assenza del rischio di impresa consista esclusivamente in ragione di tale esercizio.

In realtà la ragione è da rinvenirsi altrove e cioè esclusivamente nell'essere la società affidataria diretta del servizio. Ed infatti, l'assenza del cd. rischio di impresa consiste proprio nel vantaggio che deriva alla società dal ricevere in via diretta commesse pubbliche e di non essere, quindi, soggetta alla competitività tipica del libero mercato in un regime di libera concorrenza.

E, peraltro, il beneficio di vantaggi competitivi, che alterano la concorrenza, non è tema che attenga alle sole società strumentali, posto che il mercato risulta assiepato di affidamenti diretti, via via stratificatisi nel tempo, in favore di società non strumentali ossia di società che gestiscono servizi pubblici locali⁹.

Appare utile ai fini di una esposizione esaustiva ed un migliore inquadramento della questione, anche in ragione delle conclusioni cui si giungerà alla fine della presente disamina, puntualizzare i tratti salienti della società cd. "in house".

La prima definizione giurisprudenziale della figura è fornita dalla sentenza della CGE del 18 novembre 1999, causa C-107/98 – Teckal s.r.l. contro Comune di Viano¹⁰ in cui si chiedeva se, a norma della Direttiva CEE 93/36, doveva farsi luogo alla procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico di fornitura, considerando che era stato prescelto con trattativa diretta un soggetto consortile cui l'Amministrazione committente partecipava con proprio capitale¹¹.

Il concetto di in house è stato successivamente ripreso nella sentenza Arge in cui il Giudice comunitario ha affermato come gli affidamenti in house sfuggano dall'applicazione della direttiva proprio in ragione del requisito del controllo da parte dell'Ente analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi. Tale controllo determina che si sia in presenza di una sola entità, distinta solo sul piano formale¹². I Giudici di

⁸ GILIBERTI, RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro amministrativo del Consiglio di Stato*, 11, 2010.

⁹ GILIBERTI, RIZZO, cit.

¹⁰ Corte di giustizia 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal s.r.l. contro Comune di Viano*, in www.ildirittodeiserviziipubblici.it.

¹¹ SONCINI, *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, 281.

¹² ALBERTI, op. cit., 499.

Lussemburgo, qualificano detto rapporto caratterizzante l'in house providing quale delegazione interorganica¹³.

Come sostenuto, la delegazione interorganica ricorre quando l'ente realizza la gestione e l'espletamento del servizio attraverso proprie strutture senza ricorrere al mercato.

Ciò posto, non poteva non osservarsi come l'espressione usata dalla Corte nella sentenza Teckal non chiariva cosa dovesse intendersi per controllo analogo fornendo però alcune indicazioni significative¹⁴. Si ammetteva, infatti, che l'affidatario potesse non essere un ufficio interno della amministrazione e che questo soggetto ben poteva svolgere una parte della propria attività anche a favore di altri soggetti pubblici o privati.

A questa ultima conclusione la Corte perveniva¹⁵ dettando, sostanzialmente, due condizioni per quello che in futuro sarebbe stato chiamato affidamento in house o diretto: il controllo analogo, appunto, e la realizzazione della propria attività per la parte più importante di essa a favore del soggetto affidante.¹⁶

La giurisprudenza della Corte ha successivamente meglio specificato il concetto di controllo analogo, astenendosi dal dettare un decalogo espresso e puntuale, ma utilizzando lo strumento tipicamente pretorio della decisione del caso concreto per indicare, quale sorta di precedente, la regola, vale a dire la ripetitività ragionevole della decisione, cui si atterrà in futuro.

I Giudici di Lussemburgo, tuttavia, già offrivano in queste prime pronunce alcune indicazioni significative¹⁷.

Si ammetteva, infatti, che l'affidatario del servizio fosse, non un ufficio, ma un soggetto giuridico diverso dall'ente; e che era consentito a questo soggetto di svolgere una parte, anche se minoritaria, della propria attività a favore di soggetti diversi dall'ente pubblico, ipotesi inconciliabile con la figura dell'ufficio. L'impiego, infine, del concetto di controllo autorizzava a ritenere che la Corte, all'epoca, si riferisse alle società di capitali, soggetti tipici del diritto commerciale comune, il cui controllo è normalmente assicurato dal possesso della maggioranza del capitale.

Il concetto di controllo analogo identifica, quindi, quello di dipendenza¹⁸, sino a giungere alla nota pronuncia Stadt Halle in cui si controverteva dell'affidamento diretto a società mista pubblico-privata di un appalto di servizi avente ad oggetto attività di smaltimento rifiuti, e nella quale il Giudice comunitario tornando sul problema del controllo analogo, ha affermato come la partecipazione, anche minoritaria, di una impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa

¹³ COLOMBARI, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, CDS 2004, 4, 1136.

¹⁴ Sia consentito il richiamo a RIZZO "Enti pubblici locali e affidamento in house", Dike, Roma, 2009, 40.

¹⁵ V. par. 50 della sentenza.

¹⁶ LANDI – PAPI ROSSI, *L'affidamento in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2008, 2, 147.

¹⁷ GALESI, *In house providing, verso una definizione del controllo analogo?*, in *Urbanistica e appalti*, 8, 2004, 935.

¹⁸ Corte di giustizia 27 febbraio 2003, *Truley contro Bestattung Wien*, C-373/00, punto 68; Corte di giustizia 1 febbraio 2001, *Comm/Repubblica Francese*, C-232/99, punti 48 e 49, in www.ildirittodeiserviziipubblici.it.

esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.¹⁹

Come sostenuto, per la Corte il possesso del pacchetto di maggioranza da parte dell'Ente pubblico non può ritenersi quale condizione sufficiente per poter ritenere sussistente il requisito del controllo analogo, in ragione della presenza di interessi privati che distolgono dal perseguimento dell'interesse pubblico.²⁰

La CGE ha inoltre affermato l'obbligatorietà della procedura ad evidenza pubblica di cui alla direttiva 92/50 qualora sussista la compartecipazione della stessa amministrazione con soci privati.

In una successiva sentenza (13 ottobre 2005 C-458/03 Parking Brixen) relativa ad un affidamento di un servizio da parte di un Comune ad una società dallo stesso partecipata in via totalitaria, la Corte è andata ancora oltre, restringendo l'ambito di operatività dell'istituto dell'in house providing. L'iter seguito dalla Corte appare alquanto lineare, il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica è obbligatorio ove la p.a. affidi la gestione di un servizio pubblico ovvero la prestazione di attività economiche ad un terzo. L'amministrazione potrà, invece, affidare in house ovvero senza ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica nel caso in cui si avvalga di propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne.

In particolare, la Corte di Lussemburgo ha specificato come l'esclusione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE discende dal controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizza la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrici.

La Corte osserva, inoltre, che la sussistenza di detti presupposti deve formare oggetto di un'interpretazione restrittiva e l'onere di tale dimostrazione incombe sul soggetto che intenda avvalersene. Il Giudice comunitario fa, dunque, leva sul requisito del controllo analogo, consistente in una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

Sotto tale profilo appare decisiva la presenza di indici che anziché rivelarne la effettiva e concreta ricorrenza del controllo in capo all'ente affidante propendono invece, per l'assenza di tale controllo. Sono riconducibili in tale categoria, un eccessivo ampliamento dell'oggetto sociale; l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero; i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di Amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del comune. Appare, inoltre, rilevante osservare come la possibilità da parte della p.a. di designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione non è affatto indicativa del controllo in capo all'ente, atteso che nella fattispecie il controllo esercitato dal comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza

¹⁹ Corte di giustizia 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, in www.ildirittodeiservizipubblici.it.

²⁰ ALBERTI, op. cit., 500.

dei soci, riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza che esisteva tra il comune e l'azienda²¹.

Tali requisiti, sono peraltro, ad oggi, quanto mai attuali, anche in considerazione delle abrogazioni referendarie dapprima dell'art 23 bis L.n. 133/2008 e, successivamente dell'art 4 DL n. 138/2011 (sentenza 20 luglio 2012, n. 199).

Ed infatti, a seguito delle predette abrogazioni nonché del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società in house) è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Si applica invece la disciplina comunitaria sui presupposti e condizioni per l'utilizzo della società in house²².

Dott.ssa Ilaria Rizzo

²¹ Consiglio di stato 11 febbraio 2013 n. 762, in *www.dirittodeiserviziipubblici.it*.

²² Consiglio di stato, 11 febbraio 2013 n. 762, cit..