

Paolo Michiara

I servizi pubblici locali tra mercati protetti e libertà di iniziativa economica (nota a Tar del Lazio, Roma, 17 novembre 2005, n. 11471)

(doi: 10.7390/22492)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 2, settembre 2006

Ente di afferenza:

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.
Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

I servizi pubblici locali tra mercati protetti e libertà di iniziativa economica

(nota a Tar Lazio, Roma, 17 novembre 2005, n. 11471) [1]

di [Paolo Michiara](#)

Sommario: [1. Premessa: il principio del buon andamento nell'organizzazione e nella gestione dei servizi di interesse generale.](#) - [2. L'art. 115 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e la specialità della disciplina relativa ai beni culturali.](#) - [3. La collaborazione tra pubblico e privato nei servizi "non economici" e gli affidamenti in house.](#) - [4. La concorrenza nei servizi di interesse generale.](#) - [5. Conclusioni. Le società "anomale" nella gestione dei beni culturali.](#)

1. Premessa: il principio del buon andamento nell'organizzazione e nella gestione dei servizi di interesse generale

La [sentenza del Tar Lazio](#) che si commenta [2] affronta numerose ed interessanti problematiche, di estrema attualità, relative rispettivamente alla materia dei servizi pubblici locali (materia sulla quale è intervenuta la ben nota [sentenza della Corte costituzionale 27 luglio 2004, n. 272](#)) [3], alla tematica delle società miste e degli affidamenti *in house*, al settore "speciale" delle attività culturali di cui al [decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42](#) [4] e alla disciplina dei servizi di interesse generale, anche se "non economici" (secondo la definizione fornita, da ultimo, dal Libro bianco sui servizi di interesse generale della Commissione delle Comunità europea, 2004) [5].

Si tratta, come è agevole constatare dalla semplice elencazione dei temi ed anche a prescindere dalla singola rilevanza degli stessi, di un insieme eterogeneo di questioni, ampiamente peraltro dibattute ed esposte nella convegnistica di settore e in numerosi studi monografici, che non possono essere ovviamente affrontate, se non in maniera incidentale, in questa sede.

E' comunque opportuno, al solo scopo di consentire una più agevole comprensione del filo conduttore del commento (commento reso difficoltoso dalla necessità di dover toccare tematiche appunto così variegate) e nella consapevolezza di correre il rischio di effettuare una piccola infrazione alla logica dei lavori scientifici, anticipare alcune idee, convincimenti e conclusioni di ordine generale sugli argomenti in questione [6].

In primo luogo ed a tal proposito si rileva come tutte le tematiche, accennate nella sentenza che si commenta, siano sì afferenti a diversi settori, ma possano essere comunque lette, ricondotte ed interpretate alla luce del principio unificatore di libera concorrenza [7].

Il principio di libera concorrenza, nel nostro caso e pur trattandosi di servizi definiti di interesse generale non sempre riconducibili ad un vero e proprio mercato, è ricollegabile quindi ai principi costituzionali di buon andamento [8] e di libertà di iniziativa economica [9], principi che non possono essere "sacrificati" se non a fronte di interessi altrettanto rilevanti sotto il profilo della tutela costituzionale e che comunque sono destinati ad operare, pur con gli adattamenti del caso, anche in settori dove il mercato o non vi sia o sia insoddisfacente (i "quasi mercati" e i mercati a "competizione guidata") [10] ed anche a prescindere dalla disciplina di derivazione comunitaria [11].

In secondo luogo si osserva come gli enti locali, "garantiti" da un quadro nazionale di riferimento - generale e speciale - non sempre compatibile con le spinte all'apertura delle frontiere di cui alla regolamentazione

comunitaria, abbiano interpretato la disciplina sui servizi pubblici locali in chiave difensiva e protezionistica, scambiando quella che dovrebbe essere un'eccezione o comunque un'ipotesi non ordinaria (affidamento *in house*, senza evidenza pubblica) [12] con la regola e correndo il rischio di tutelare a volte maggiormente le prerogative meramente "soggettive" dei vertici degli enti stessi (rafforzati dal potere di nomina degli amministratori delle società pubbliche e dal controllo quindi "personale" di importanti settori dell'economia), piuttosto che il reale interesse degli utenti ad avere servizi più efficienti e di qualità.

Da ultimo si rileva come i fenomeni in questione (affidamenti *in house*, proliferazione di società miste gestite in realtà da un socio privato "minoritario" - a volte - selezionato senza procedura ad evidenza pubblica) stiano affermandosi anche nei servizi di interesse generale "non economici", in quei settori cioè dove la forma societaria veniva considerata residuale, se non incompatibile con il concetto stesso di attività non avente rilievo economico.

Nell'ambito dei servizi non economici insomma, in quanto sottratti alla stretta applicazione del diritto comunitario degli appalti (che ha censurato il disinvolto utilizzo di affidamenti molto a spesso a torto considerati *in house*), si insinuano forse ora i maggiori pericoli ed insidie rispetto al principio -costituzionale come abbiamo visto e non solo comunitario - di libera iniziativa, di libera concorrenza [13].

In questo modo, senza che vi siano evidenti ragioni giuridiche da contrapporre alla necessità, se non di una vera e propria selezione concorsuale aperta, di un seppur minimo confronto concorrenziale, un settore estremamente rilevante rischia non solo di isolarsi rispetto al contesto europeo, ma anche di "sopravvivere" senza tener conto del già ricordato principio del buon andamento.

Ciò premesso in termini generali è quindi ora possibile procedere all'esposizione e ad una succinta analisi degli interessanti argomenti riportati nella sentenza.

2. L'art. 115 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e la specialità della disciplina relativa ai beni culturali

La sentenza affronta un caso particolarmente significativo perché afferente a delle tematiche ed a delle corrispondenti discipline (servizi culturali di cui al Codice dei beni culturali e del paesaggio, attività di valorizzazione e relative forme di gestione) considerate "speciali", in quanto regolamentate, secondo quanto affermato nella parte motivazionale, essenzialmente dalla normativa di settore e cioè dal [d.lg. 42/2004](#) (art. 115 ss.), non dalle analoghe disposizioni del [decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267](#) (Tuel) (art. 113 ss.) [14].

In particolare, nel caso che si esamina, il comune aveva affidato, senza alcun tipo di procedura concorsuale, ad una società nella quale vi era una consistente partecipazione di un socio privato (presente con un quota del 25%), un complesso variegato di prestazioni relative alla valorizzazione dei musei cittadini. Il socio privato a sua volta non era stato quindi selezionato mediante una procedura comparativa.

Le prestazioni, più nel dettaglio, erano relative ad attività di valorizzazione del sistema dei musei civici, consistenti "in accoglienza e biglietteria, assistenza al pubblico, libreria, riproduzioni d'arte e oggettistica, attività editoriali, ristoro ed attività di catering, visite guidate ed assistenza didattica, promozione e comunicazione, organizzazione eventi, pulizia e pronto intervento, custodia, attività di supporto e sostegno tecnico scientifico agli interventi di conservazione del patrimonio culturale di competenza della soprintendenza comunale e relative ad attività di valorizzazione del patrimonio archeologico, storico, artistico della città".

Come è agevole constatare dalla semplice elencazione ripresa dal testo della sentenza, si tratta di attività (in gran parte oltretutto meri servizi e non pubblici servizi) che ben potevano essere svolte da soggetti privati, tant'è che, a fronte della decisione comunale di avvalersi dello strumento societario "misto", è arrivato appunto il (motivato) ricorso da parte di un imprenditore che, svolgendo abitualmente attività similari, in ausilio a diverse strutture pubbliche e private, riteneva di dover e poter essere invitato a partecipare ad una selezione concorsuale riguardante i servizi in questione.

Nel ricorso si deduceva la violazione dei principi comunitari e nazionali concernenti le procedure ad evidenza pubblica e la violazione degli artt. 113 ss. del d.lg. 267/2000.

Il complesso ed interessante ragionamento svolto dal Collegio, che ha respinto il ricorso in questione, si articola e si basa essenzialmente su tre punti/motivi. I primi due motivi, strettamente collegati, verranno esaminati in questo paragrafo; il terzo, che costituisce il fulcro e la parte più interessante della sentenza, verrà quindi demandata al successivo paragrafo.

Si evidenzia, analizzando quindi il primo motivo, che (*omissis*) "il legislatore nell'emanazione del codice dei beni culturali ha previsto che, ove l'amministrazione ritenga più conveniente far ricorso alla concessione a terzi, questi debbono essere scelti secondo procedure ad evidenza pubblica, mentre nulla si specifica circa la

necessità di applicare procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio di minoranza nel caso di affidamento diretto a favore di altri organismi: il legislatore si è quindi posto il problema del rispetto delle procedure ad evidenza pubblica e la prescrizione è stata fatta soltanto per il caso dell'affidamento con concessione; da ciò ne discende che non è stato preteso il rispetto di tali procedure per le forme di gestione di cui alla lettera a)" (*omissis*).

Più avanti, sempre nel testo della sentenza, si specifica ulteriormente che (*omissis*) "la circostanza che la disposizione non impone l'osservanza di procedure di evidenza pubblica con riferimento alle modalità di gestione indicate nella predetta lettera a), implica la precisa volontà del legislatore di consentire un affidamento diretto ad una società mista in cui il socio di minoranza non viene scelto mediante procedure predeterminate" (*omissis*).

Ebbene, soffermandoci su questo primo ragionamento (visto nella sua interezza e generalità) e rimandando al commento dei successivi punti la trattazione della problematica degli affidamenti *in house* [15] e della loro compatibilità con il diritto comunitario, è agevole constatare come si tratti di affermazione che, nella sua perentorietà, appare forse un po' eccessiva.

Con ciò si vuole significare che il tenore letterale della norma sembra sì essere nel senso di permettere un affidamento senza previa procedura concorsuale, ma che non emerge con evidenza una "precisa volontà" del legislatore di promuovere senz'altro affidamenti senza alcun tipo di - seppur minima - selezione.

Del resto, diversamente argomentando e aderendo quindi - in maniera acritica - alla tesi esposta in sentenza, la norma in questione ben difficilmente potrebbe essere considerata compatibile con il principio costituzionale di buon andamento richiamato in premessa.

Ammesso insomma che la disciplina vigente consenta un affidamento diretto e considerato che, in ogni caso, la norma non preclude certo l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica, resterebbe pur sempre in capo all'amministrazione l'obbligo di motivare la ragione della scelta effettuata (affidamento diretto e non procedura selettiva).

L'amministrazione pertanto, a nostro avviso e nel caso in cui fosse corretta la tesi esposta in sentenza, avrebbe comunque l'onere (formale) di esplicitare e rendere evidenti le motivazioni della scelta. Ciò per consentire, in tutte le sedi, di effettuare il controllo circa il buon uso o meno della discrezionalità esercitata.

Bisogna insomma ritenere che, in modo analogo a quanto previsto nel [comma 4 dell'art. 115 del Codice](#) (la scelta tra le due forme di gestione e cioè tra la concessione a terzi o l'affidamento societario avviene "previa valutazione comparativa, in termini di efficienza ed efficacia, degli obiettivi che si intendono perseguire") [16], permanga comunque un corrispondente onere motivazionale circa l'utilizzo o meno di procedure di affidamento dirette nel caso in cui la scelta cada sullo strumento societario misto.

Quanto sopra vale a maggior ragione - scendendo questa volta nello "specifico", nel punto meno convincente del ragionamento della sentenza - per la scelta, assai discutibile, di non selezionare il socio privato attraverso procedura concorsuale.

L'art. 115 infatti, se parlava di affidamento diretto per quanto concerne il rapporto tra ente pubblico e società mista, nulla diceva circa la relazione intercorrente tra amministrazione e privato [17].

Bisognerebbe quindi, coerentemente ed in questo caso, applicare, se non l'[art. 113 del d.lg. 267/2000](#), quanto meno i principi generali della materia ed il più volte richiamato precetto del buon andamento e pertanto propendere, secondo l'ormai costante insegnamento giurisprudenziale, per una ricerca del socio privato mediante procedura concorsuale [18].

Si evidenzia quindi, passando ora ad illustrare il secondo punto - motivo, come il Collegio rafforzi la propria tesi (inesistenza di un obbligo di procedura comparativa) basandosi sulla "specialità" delle disposizioni di cui al Codice dei beni culturali.

Secondo il Collegio infatti ... (*omissis*) "E' in ogni caso escluso il rinvio all'art. 113 del d.lg. 267/2000, che riguarda invece la disciplina generale - e non speciale- della gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nel rispetto delle norme interne e comunitarie preposte alla tutele della concorrenza... Invece l'art. 115 del Codice dei beni culturali summenzionato contiene in sé una disciplina conclusa e compiuta che non è affatto integrativa rispetto a quella dettata dal citato art. 113 del d.lg. 267/2000, ma alternativa proprio per effetto del suo chiaro carattere di specialità" (*omissis*).

Ebbene, non essendo questa la sede per ragionare circa la nozione e i limiti del concetto di "specialità" [19] e volendo aderire comunque alla tesi prevalente che sembra essere nel senso indicato dalla sentenza (o meglio, nel senso della prima proposizione trascritta), si osserva come in realtà, in base alle considerazioni riportate circa il precedente punto, non sia evidente una precisa volontà del legislatore di porsi in termini *alternativi*

rispetto alla disciplina di cui agli artt. 113 e ss. del d.lg. 267/2000.

Nel testo dell'art. 115 del Codice dei beni culturali non si rintracciano infatti palesi divergenze o soluzioni apertamente alternative rispetto ai modelli, agli strumenti e alle forme di gestione di cui al d.lg. 267/2000.

Non si può inoltre affermare che gli artt. 115 ss. contengano effettivamente una disciplina "conclusa e compiuta", posto che, ragionando anche in termini meramente "quantitativi" (la quantità di precetti contenuti), l'art. 115 non sembra essere più esteso rispetto al testo degli artt. 113 e ss. del d.lg. 267/2000. Non vi è insomma la dichiarata "autosufficienza", dovendo l'articolato necessariamente rimandare alla disciplina nazionale e comunitaria in materia di società e di concessioni.

In ogni caso, ed anche a voler prescindere dal contesto comunitario, si rileva come il richiamo alla "specialità" sarebbe pertinente nel caso in cui l'art. 115 contenesse effettivamente una chiara disposizione volta a derogare ai principi dell'evidenza pubblica, ma, come abbiamo visto, nell'articolo in questione, almeno per la scelta del socio privato, nulla si dice.

E' evidente quindi come il ragionamento della sentenza in questione, che collega la "specialità" alla possibilità di derogare (anche a prescindere da fatti ed eventi eccezionali) all'ordinario svolgersi di procedure concorsuali, sia riconducibile ad una ormai consolidata abitudine/tendenza nazionale, facilmente riscontrabile nel settore dei servizi [20] e della contrattualistica pubblica in genere [21], volta a limitare il libero esplicarsi della concorrenza.

3. La collaborazione tra pubblico e privato nei servizi "non economici" e gli affidamenti *in house*

Si provvederà ora ad esaminare il terzo ed ultimo punto - motivo per il quale il Collegio ha ritenuto di accogliere la tesi volta a sottrarre la materia in questione all'obbligo di svolgere procedure comparative e quindi di rigettare il ricorso.

Il ragionamento svolto in [sentenza](#), che ha ricondotto senz'altro i servizi culturali di cui all'art. 115 del Codice al concetto di attività prive di rilevanza economica, è essenzialmente il seguente.

La disciplina contenuta nell'art. 113 del d.lg. 267/2000, nella sua attuale formulazione, ha la finalità di tutelare anche la concorrenza ed è inserita in un quadro normativo più ampio che legittimamente è derogato da una specifica disciplina di settore quale è quella del più volte menzionato Codice dei beni culturali. La stessa Corte costituzionale (continua la sentenza), nella recente sentenza 272/2004, ha evidenziato che la classificazione e l'individuazione dei servizi privi di rilevanza economica è stata adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000; che inoltre la tutela della concorrenza non è ivi applicabile proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale.

A questo proposito la Commissione europea, nel "Libro verde sui servizi di interesse generale" (Com - 2003 - 270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura *non economica*. Il giudice delle leggi - sottolinea ancora il Collegio - ha inoltre precisato che secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia Ce, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001).

Ebbene, le argomentazioni e le tesi sopra evidenziate, che a detta del Collegio sarebbero decisive per la sottrazione della fattispecie alle regole dell'evidenza pubblica, costituiscono la parte più interessante e motivata della sentenza. Forniscono inoltre la possibilità di effettuare un'analisi che tenga conto della problematica, di estrema attualità, concernente la disciplina dei servizi pubblici locali considerati privi di rilevanza economica.

In particolare, leggendo attentamente la parte motivazionale, è riscontrabile come siano state agevolmente superate, in modo più o meno condivisibile, le problematiche degli affidamenti *in house* (tipiche dei servizi di interesse generale appunto di rilevanza economica) e delle recenti restrizioni in tal senso provenienti dalle diverse sedi comunitarie, con un deciso richiamo al carattere *non economico* dei servizi culturali (necessario per la sottrazione alle regole dell'evidenza pubblica comunitaria).

Si è ritenuto nello specifico che i servizi in questione fossero comunque definibili come non economici per la loro intrinseca natura, per la loro appartenenza ad un dato settore, anche a prescindere dalla sussistenza delle altre condizioni pure richiamate (scopo lucrativo o meno, assunzione o meno dei rischi collegati all'attività, presenza o meno di finanziamento pubblico) e dal modo e dalle forme attraverso le quali le attività in questione dovessero essere esplicate.

La sentenza pone infatti come elemento decisivo e dirimente, per l'individuazione del tipo di disciplina da applicare, la materia, non prestando attenzione al contesto e agli altri elementi relativi al servizio da prestare.

Senonché la sottrazione alla concorrenza basata sulla materia non poggia su solide basi, posto che sono gli stessi organi comunitari menzionati dal Collegio ad evidenziare come il concetto di attività economica sia dinamico e come non possa quindi essere saldamente ancorato ad elencazioni di materie fisse ed immutabili.

A tal proposito, e pur nella consapevolezza che effettivamente i servizi di valorizzazione culturale sono considerati in sede comunitaria come "sensibili" e quindi potenzialmente riconducibili alla categoria dei servizi non economici, può essere utile, per dimostrare come non sia facilmente condivisibile l'aver invocato il quadro comunitario per derogare ai principi dell'evidenza pubblica, riportare quanto testualmente affermato dalla Commissione della Comunità europea nel Libro verde sui servizi di interesse generale (Com/2003/270).

Nel Libro verde, a pag. 14, si afferma a tal proposito che "Per quanto riguarda la distinzione fra servizi di natura economica e servizi di natura non economica, ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato è un'attività economica. Pertanto i servizi economici e non economici possono coesistere all'interno dello stesso settore e talora possono essere forniti dallo stesso organismo. Inoltre, se da un lato può non esserci un mercato per la fornitura alla popolazione di particolari servizi, dall'altro potrebbe esserci un mercato a monte in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche per la fornitura di questi servizi. Per questi mercati a monte valgono le regole del mercato interno, della concorrenza e degli aiuti di stato".

E' facile quindi constatare, dalla lettura della predetta proposizione ed anche delle successive Comunicazioni quali ad esempio il Libro bianco sui servizi di interesse generale del 12 maggio 2004 (Com/2004/374), come in realtà in sede comunitaria il concetto di settore/materia non sia di per sé dirimente, dovendosi prestare invece attenzione alle concrete modalità di esercizio dell'attività e al generale contesto nel quale il servizio debba essere svolto.

Anche la più recente giurisprudenza "nazionale" del resto, diversamente da quanto evidenziato nella sentenza che si commenta e proprio in relazione a settori tradizionalmente considerati come non economici quali ad esempio i servizi sociali, sta rivedendo in tal senso la distinzione tra i diversi tipi di attività di cui agli artt. 113 ss. del d.lg. 267/2000.

Si evidenzia infatti, in relazione ad un affidamento diretto (censurato) ad una società che avrebbe dovuto gestire comunità alloggio per minori, centri educativi e mense sociali che: (*omissis*) "La distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; di modo che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza. In altri termini, laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appaia in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica, ai sensi dell'art. 113 del d.lg. 267/2000, mentre, in via residuale, il servizio potrà qualificarsi come privo di rilevanza economica laddove non sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l'altra categoria" (*omissis*) (Tar Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527). Il collegio ha deciso quindi per l'assoggettamento alle regole del mercato di un affidamento relativo ai servizi sociali per la presenza nel settore di diversi possibili competitori [22].

Ebbene, emerge insomma tanto dal quadro comunitario quanto dai più recenti pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa come, al di là della materia, sia fondamentale, al fine dell'individuazione della disciplina (assoggettamento o meno alle regole dell'evidenza pubblica), interrogarsi sulla presenza o meno di una qualche forma di "mercato" concorrenziale (non necessariamente perfetto, ampio) in un dato settore.

In altre parole e riprendendo la proposizione sopra riportata tratta dal Libro verde del 2003 (se esiste un mercato a monte in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche per la fornitura di servizi "non economici", per questi mercati valgono le regole della concorrenza), potremmo affermare che nessun settore è, in senso assoluto, totalmente estraneo alla disciplina della concorrenza.

Occorre quindi vedere, caso per caso, se vi sia la possibilità di ricorrere al mercato (inteso come presenza di potenziali competitori) e, a tale scopo, non esiste sistema più sicuro dall'espletare appunto una procedura comparativa concorrenziale.

Nella fattispecie che si è esaminata, per esempio, l'amministrazione, se avesse espletato, se non una vera e propria gara, almeno una ricerca (appunto denominata) di mercato, avrebbe avuto sicuramente un interlocutore ulteriore, oltre alla società direttamente affidataria, e cioè il ricorrente.

Con questo si vuol dire che, diversamente da quanto affermato in sentenza, il quadro comunitario non è facilmente invocabile per sottrarre un affidamento di rilevante importo - nel caso di specie la gestione di tutti i musei comunali - alla libera concorrenza.

Aderendo infatti alla "lettera" del Libro verde, la vicenda in questione avrebbe dovuto probabilmente essere assoggettata interamente ai principi comunitari in questione (almeno per l'esistenza di competitori a monte).

In tal caso, stante il rilievo della partecipazione del socio privato (25% del capitale), emergerebbe pure l'impossibilità di considerare *in house* l'affidamento alla società mista. Ciò anche a prescindere dal problema della specialità del Codice dei beni culturali, posto che il diritto comunitario è prevalente, come è noto e nei settori aperti alla concorrenza, sulle norme nazionali di segno contrario (ma, come abbiamo visto, l'art. 115 non impone certo gli affidamenti diretti).

In ogni modo il socio privato, diversamente da quanto affermato dal Collegio ed anche nel caso in cui si ritenesse la materia afferente totalmente ai servizi non economici, avrebbe dovuto essere selezionato mediante una procedura concorsuale.

Lo stesso Libro verde sui servizi di interesse generale del 2003 (p. 14), ma anche e soprattutto il Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati del 30 aprile 2004 (Com/2004/327) [23], evidenziano del resto, sulla scorta della costante giurisprudenza comunitaria, come i principi di trasparenza e non discriminazione valgono per tutti i tipi di servizi. La giurisprudenza amministrativa si è ormai del resto "arrestata", come si è detto, nel senso di considerare un obbligo di ordine generale lo svolgimento di procedure concorsuale per la scelta del socio privato delle società miste [24].

In estrema sintesi, alla luce delle predette considerazioni ed anche in considerazione del fatto che riesce difficile pensare che un socio privato (al 25%) non si prefigga un lucro diretto o indiretto che sia, la sentenza, per altro di grande interesse in quanto ben argomentata, non convince appieno. Non convince in particolar modo il fatto che sia stata utilizzata la disciplina comunitaria per sottrarre alla concorrenza la vicenda in questione. Il discorso non cambierebbe anche sulla base del quadro nazionale di riferimento.

La dottrina che ha esaminato rispettivamente i servizi sociali e culturali (considerati, sotto il profilo nominalistico, in astratto, a rilevanza non economica), ormai "orfani" dell'art. 113-bis, ha infatti evidenziato come l'individuazione del regime giuridico di un certo servizio sia da correlarsi alle modalità di esplicazione dell'attività, in modo che la rilevanza economica di un certo servizio pubblico possa anche derivare dalla modalità gestionale (diretta o indiretta) prescelta e non essere invece influenzata dal carattere del servizio in relazione all'utente che ne fruisce.

In altre parole, quando il servizio è gestito da un soggetto terzo, nonostante esso non ricavi dagli utenti il corrispettivo del servizio, l'ente locale si configura come utente collettivo perché si fa carico di garantire la remunerazione al gestore e dunque per quest'ultimo, e per tutti gli aspiranti a rivestire tale posizione, il servizio pubblico, ancorché sociale, presenta rilievo economico in senso relativo [25].

4. La concorrenza nei servizi di interesse generale

E' possibile ora, richiamando le premesse della presente nota e quanto esposto nel commento alla sentenza, effettuare alcune sintetiche considerazioni di ordine generale concernenti il principio di libera concorrenza in relazione ai modelli di organizzazione e gestione dei servizi culturali e quindi dei servizi considerati, secondo la richiamata nozione comunitaria, di interesse generale non economici [26].

Si osserva a tal proposito come il valore della concorrenza, intendendo quest'ultima come possibilità - tanto per le amministrazioni quanto per gli utenti - di scegliere tra più offerenti [27] e come opportunità rivolta alle imprese di esplicitare la propria attività liberamente, sia sicuramente estensibile e da promuoversi, in linea generale ed avendo un sicuro rilievo costituzionale, anche al settore dei servizi culturali.

Ciò in quanto non si vede quali possano essere, nello specifico settore, i valori costituzionalmente rilevanti contrapposti che potrebbero richiedere una moderata riduzione o compressione del principio in questione. Non si tratta insomma nel nostro caso di servizi sanitari o di servizi alla persona, dove la delicatezza della materia e degli utenti e la tutela del diritto alla salute possono rendere possibili significative restrizioni al principio della libera competizione [28].

Ne consegue quindi come sia auspicabile, nell'ambito generale dell'attività di valorizzazione dei beni culturali (art. 111 e ss. del Codice) e per dare piena attuazione ai principi di libertà di partecipazione, pluralismo, parità di trattamento, economicità e trasparenza menzionati proprio nel terzo comma dell'art. 111 citato, che sia promosso e incentivato l'utilizzo di procedure comparative concorrenziali. Ciò anche nell'ambito di cui all'art. 115, comma 3, lett. a) (strumenti societari e affini) e non solo per le concessioni, di cui alla lett. b), per le quali la procedura comparativa è d'obbligo.

Far leva invece sulla specialità -pure esistente- della disciplina per favorire una cultura delle "deroghe" (all'evidenza pubblica, alla libera competizione), non può che creare degli effetti indesiderati e potenzialmente, alla lunga, molto dannosi per il settore esaminato: essenzialmente difficile raggiungimento o addirittura perdita di tutti i desiderabili obiettivi e valori di cui all'art. 111.

Questo non significa che nel settore in questione debbano essere necessariamente espletate le gare di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, posto che anche la nuova direttiva 2004/18/CE (e prescindendo dalla difficile delimitazione del concetto di attività non economica di cui al precedente paragrafo) pone i servizi culturali fra le attività per le quali non devono obbligatoriamente essere esperite le procedure aperte o ristrette, ma implica comunque a nostro avviso il necessario ricorso a procedure comparative concorrenziali, a sistemi cioè che siano in grado di assicurare il confronto tra più proposte formulate da soggetti posti in condizioni di parità fra di loro.

E' noto del resto che in sede comunitaria si ritiene che i principi di libera competizione o comunque di non discriminazione debbano essere attuati anche nei settori non obbligatoriamente assoggettati alle direttive sugli appalti (materie di cui allegato II *b* della direttiva 2004/18/CE e appalti sotto soglia comunitaria): un diverso convincimento sarebbe in ogni caso, come si è detto, contrario al principio del buon andamento.

5. Conclusioni. Le società "anomale" nella gestione dei beni culturali

Si provvederà quindi ora ad effettuare, alla luce di quanto sopra esposto, qualche considerazione conclusiva circa l'utilizzo dello (specifico) strumento societario [29].

Ebbene, lo strumento societario, usuale nel settore dei servizi pubblici di tipo industriale o, per usare la nuova formula, di rilevanza economica, sta ormai diffondendosi anche in un ambito (quello dei servizi di interesse generale considerati in linea di massima non economici) per il quale si riteneva fossero più consone forme di gestione meno "commerciali", quali ad esempio le "vecchie" istituzioni ed altro, forme più marcatamente riconducibili alla sfera pubblicistica.

Le ragioni della diffusione sono molteplici ma, essenzialmente, riconducibili a due ordini di motivi.

In primo luogo nei campi quali quello dei beni culturali, dell'educazione e del "sociale" in genere, si avverte una crescita esponenziale delle richieste da parte dell'utenza e dei cittadini senza che sia possibile, per il pubblico, provvedere a soddisfare le molteplici esigenze emergenti. In tale prospettiva lo strumento societario è stato ritenuto idoneo per reperire le risorse finanziarie molto spesso mancanti e per conseguire, tramite la - supposta -miglior preparazione del socio privato, maggiori competenze e professionalità.

In secondo luogo è stata riscontrata una certa insoddisfazione nella regolamentazione del rapporto mediante la tradizionale e tipica forma di esternalizzazione dell'appalto di servizi. L'appalto non consente infatti, se non in misura assai circoscritta ed anche in ragione della durata necessariamente limitata dello stesso (non più di nove anni, secondo i dettami delle contabilità di stato), che il privato provveda ad effettuare cospicui investimenti sotto il profilo finanziario ed anche del personale, investimenti non ammortizzabili appunto se non in un lasso ragionevole di tempo. In ogni caso la durata limitata dell'appalto comporta la necessità e la conseguente difficoltà, tanto per il privato quanto per il pubblico, di assoggettarsi a continue e complicate procedure concorsuali.

In modo simile si sono riscontrate alcune incertezze e resistenze anche per lo strumento concessorio, considerato troppo simile all'appalto per la "rigidità" della struttura e assai complicato da costruire. Per elaborare i documenti di gara di una concessione, vista l'alea di una prestazione destinata a durare normalmente molti anni in un mercato non standardizzato, occorrono infatti, al fine di non creare condizioni eccessivamente onerose per il privato o viceversa situazioni eccezionalmente favorevoli (a discapito del pubblico), ottime capacità predittive. Lo strumento societario viene reputato invece, a torto a ragione, un istituto flessibile, gestibile senza eccessive rigidità, con la possibilità di effettuare continui "aggiustamenti in corso d'opera".

La ricerca di nuove forme di "partenariato pubblico-privato", usando la terminologia del Libro verde del 2004, più volte citato, è da porsi quindi anche come diretta conseguenza, nel campo dei servizi non economici, dell'insoddisfazione della "logica" degli appalti (e degli strumenti simili quali ormai sono, per il diritto comunitario le concessioni), di quegli strumenti cioè tipici di settori dove prevalgono le ragioni del mercato, dell'economicità.

Diventa pertanto comprensibile, in base a quanto sopra esposto, come stiano attualmente proliferando, anche in comuni di modeste dimensioni e per gestire attività non particolarmente complesse e rilevanti sotto il profilo degli investimenti e della durata, società miste - in settori "non industriali" quali ad esempio i servizi per minori, educativi e culturali - per struttura, causa e funzioni simili in realtà ad un rapporto concessorio o ad un appalto.

Si intende infatti pur sempre - da parte del pubblico - affidare ad un privato la gestione di un servizio superando però, con lo strumento societario, la durata ed i limiti degli appalti e la "rigidità" della concessione.

L'istituto in questione, da matrimonio di lunga durata - potenzialmente a tempo indeterminato - consumato tra soggetti aventi la stessa finalità (il lucro), diventa pertanto, anche per le ragioni esposte, uno strumento decisamente ibrido ed anomalo [30].

Si consideri infatti quanto segue.

Lo strumento societario, in primo luogo, è infatti - interamente e direttamente - funzionalizzato ad un scopo tipicamente pubblicistico e pubblici sono tanto i beni (per esempio i musei) quanto i fini (la promozione della cultura di cui all'art. 9 Cost.) [31].

Il privato, a prescindere dalla consistenza della propria quota, non potrà mai avere una posizione paritaria, dovendo necessariamente assumere funzioni serventi, finalizzate al raggiungimento dell'interesse pubblico la cui cura è affidata all'ente pubblico socio. Il fine del privato (il lucro) è quindi apertamente divergente dall'obiettivo dell'ente di riferimento.

La società è, in secondo luogo, destinata a "terminare" a prescindere dal raggiungimento dello scopo, prima per esempio del perimento del bene da valorizzare [32]. In sede comunitaria si ritiene infatti che lo strumento del "partenariato" (sotto stretta osservazione in quanto potenzialmente lesivo del principio di libera concorrenzialità) debba avere la stessa durata dell'affidamento del servizio al soggetto misto costituito [33] e, come è noto, gli affidamenti di servizi devono avere durata certa e non eccessivamente lunga, per non "istituzionalizzare" il soggetto privato.

Per la ragione di cui sopra (stretto collegamento tra società e assegnazione del servizio), in terzo luogo, l'oggetto societario e le modalità di gestione del bene non potrebbero legittimamente essere sensibilmente modificati in corso d'opera, neppure con il consenso delle parti, posto che in tal modo si violerebbero la "par condicio" e l'affidamento dei soggetti terzi, rimasti per esempio estranei rispetto alla trattative concernenti il "partenariato" in quanto non interessati a determinate modalità di gestione (originariamente prefissate).

Non vi è da stupirsi del fatto che, in sintesi ed in ragione delle segnalate caratteristiche, sia ravvisabile nel socio pubblico la veste del committente - concedente e il privato appaia come un mero appaltatore. E' quindi evidente una notevole "modificazione" rispetto alla modello societario tradizionale.

Nel momento in cui la logica del mercato - e quindi degli strumenti privatistici - irrompe nella "scena" del diritto amministrativo, si attenua del resto "la tipicità del paradigma procedurale proprio delle tradizionali funzioni amministrative" [34] e, in maniera corrispondente, si modificano pertanto anche gli strumenti tipici del diritto privato (nel nostro caso le società) qualora gli stessi vengano utilizzati nel campo del diritto pubblico.

Ne deriva quindi, in conclusione, come il modello societario, da strumento nato per creare collaborazioni ed alleanze stabili e dalla durata potenzialmente illimitata, sia passibile di trasformazione, nell'ambito dei servizi in senso lato culturali, in una forma di esternalizzazione ordinaria, da "provarsi" in alternativa agli istituti della concessione e dell'appalto [35].

Senonché lo strumento societario, in tal modo utilizzato e diversamente dagli istituti sopra richiamati (appalti e concessioni), pone necessariamente non pochi problemi al libero esplicarsi della concorrenza.

Si pensi solo alla posizione privilegiata che, di norma, finisce per acquisire il socio privato rispetto al resto dei competitori nell'ambito territoriale di operatività della società (il socio privato siede allo stesso tavolo, in modo quasi paritario, con l'ente pubblico regolatore del mercato locale) e all'alterazione del mercato derivante dagli ormai abituali "sconfinamenti" delle società miste (la tematica ambigua e non ancora chiarita dell'attività detta extraterritoriale delle società degli enti locali, ma anche il fenomeno dell'estensione dell'oggetto sociale ad attività non riconducibili a servizi pubblici in senso stretto) [36].

Ma se è così, e se soprattutto lo strumento societario ha assunto un carattere di ordinarità, al pari delle altre forme tipiche di esternalizzazione, ne consegue necessariamente ed a maggior ragione come, nelle diverse fasi (costituzione, scelta del socio, affidamento del servizio, assegnazioni di compiti al socio privato, estensione e variazione dell'oggetto sociale rispetto alla missione originariamente individuata), occorra richiedere una motivazione, circa le varie scelte adottate, particolarmente estesa ed approfondita [37].

Occorre altresì che, soprattutto nell'ambito che si sta esaminando, visto il carattere "sostitutivo" ed alternativo dello strumento societario [38], si promuova senz'altro una cultura del confronto concorrenziale, piuttosto che delle "deroghe" supportate dalla natura speciale della disciplina.

Quanto sopra per aderire non solo allo spirito che proviene, da ultimo, dalla precettistica comunitaria relativa ai servizi di interesse generale di ogni tipo [39], ma anche per ritornare, oltre che ad un puntuale rispetto del

pluralismo e della trasparenza richiamati proprio dall'[art. 111 del Codice dei beni culturali](#), ad una più corretta adesione ai principi di cui all'[art. 97 della Costituzione](#) (e, ancor prima, a ben vedere, della stessa ed ancora attuale contabilità dello Stato).

Si ritiene insomma che gli strumenti dell'evidenza pubblica, sostanzialmente ricollegabili appunto ad una visione trasparente e quindi democratica della società, siano, pur con gli adattamenti del caso, fondamentali anche in un genere di attività, come quella della valorizzazione dei beni culturali, dove il mercato, da solo, non è in grado di soddisfare i variegati e complessi obiettivi di cui alla normativa speciale che governa il settore.

Note

[1] Si evidenzia come la sentenza si riferisca alla versione dell'art. 115 del Codice dei beni culturali anteriore alla riforma di cui al decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 156. Il commento alla sentenza non terrà conto quindi della novella, entrata in vigore successivamente all'emanazione della sentenza e alla stesura della presente nota.

[2] Tar Lazio, Roma, sez. II, 17 novembre 2005, n. 11471.

[3] Si segnala, fra i primi commenti relativi alla nota sentenza, G. Sciuolo, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della Consulta*, in [LexItalia, n. 7-8/2004](#). Si veda anche R. Iannotta, *nota a Corte costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272*, in *Foro amministrativo*, Cds 2004, n. 7-8, 1971.

[4] In generale, sul codice, si rimanda a [M. Cammelli, Il Codice dei beni culturali e del paesaggio: dall'analisi all'applicazione](#), in *Aedon*, n. 2/2004; AA.VV., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, con il coordinamento di C. Barbati, G. Sciuolo, Bologna, 2004; M.A. Cabiddu, N. Grasso, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2004; AA.VV., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, commento coordinato da R. Tamiozzo, Milano, 2005; AA.VV., *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiulli, V. Caputi Jambreggi, Torino, 2005; D. Amirante, V. De Falco (a cura di), *Tutela e valorizzazione dei beni culturali. Aspetti sovranazionali e comparati*, Torino, 2005; G. Volpe, *Manuale di legislazione dei beni culturali. Storia e attualità*, Padova, 2005.

Si veda, da ultimo, N. Assini e G. Cordini, *I beni culturali e paesaggistici*, Padova, 2006.

[5] [Libro bianco sui servizi di interesse generale](#), Bruxelles, 12 maggio 2004, Com (2004) 374, reperibile nel sito <http://europa.eu>. Nello stesso sito sono state reperite tutte le altre Comunicazioni della Commissione (Libro Verde del 2004 sui "partenariati pubblico-privati", Libro verde sui servizi di interesse generale del 2003) citate nel corso del presente scritto.

[6] E' corretto del resto, posto che l'interpretazione giuridica, soprattutto quando si discuta del rapporto tra pubblico e privato, ben difficilmente può essere considerata un'operazione intellettuale asettica (M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 1/2002, 170), anticipare quelle che possono essere considerate le premesse di fondo del commentatore.

[7] Per quanto riguarda il principio di libera concorrenza, con particolare riferimento ai servizi pubblici, cfr. M. Cammelli, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 513 ss.; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

In relazione al collegamento tra mercato e territorio si veda, di recente, C. Barbati - G. Endrici, *Territorialità positiva, Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, Bologna, 2005.

In generale, sull'argomento (e limitandoci ai contributi più recenti), si vedano C. Marzuoli, *Mercato e valore dell'intervento pubblico*, in *Reg.*, 1993, 1595 ss.; L. Torchia, *La nuova Costituzione economica*, in S. Cassese e C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana: un profilo*, Bologna, 1996, 58 ss.; F. Salvia, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, tomo II, Milano, 1996, 1291 ss.; G. Rossi, *I servizi pubblici locali fra vincoli e autonomie*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, 1 ss.; G. Di Gaspare, *I servizi pubblici locali verso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 197 ss.; C. Pinelli, *Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali*, Torino, 1999, 255 ss.; S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro e M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 10 ss.; D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesauro e M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 171 ss.; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2001; Ammannati, Cabiddu, De Carli (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001; N. Irti, *La concorrenza come statuto normativo*, in S. Amoroso, G. Morbidelli e M. Morisi (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia, liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, 340; F. Merusi, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 7 ss.; L. Ammannati, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce delle nozioni di "transactions" di commons*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2003, 113.

[8] In questa sede il termine buon andamento verrà inteso sia con riferimento all'organizzazione sia in relazione al (diverso ma conseguente) dovere funzionale di buona amministrazione a carico dei pubblici dipendenti (nel senso utilizzato da E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 49 ss.).

Per quanto concerne il rapporto tra società miste, evidenza pubblica e buon andamento si rimanda a R. Villata, *Pubblici servizi*, Milano, 206, 238 ss.

Si rinvia per il resto e sull'argomento in generale a G. Falzone, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953; A. Andreani, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; P. Calandra, *Buon andamento e*

amministrazione pubblica, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. I, Milano, 1987, 158 ss.; A. Saitta, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Società*, 1988, 53; C. Pinelli, *La pubblica amministrazione. Commento art. 97 e 98 Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Roma, 1994, 3; F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 68; R. Marrama, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1998, 398; A. Police, *Principi generali dell'attività amministrativa (saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005)*, in *Le Nuove legge amministrative*, Giappichelli, Torino, 2005, 69 e seguenti nelle quali si "declina" il concetto di buona amministrazione in relazione al nuovo art. 1 della legge 241/1990.

[9] Per quanto concerne il rapporto tra iniziativa economica e diritti di libertà si veda A. Pace, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in AA.VV., *Studi in memoria di Francesco Piga*, Milano, 1992, vol. I, 1591 ss.

In relazione ai servizi pubblici si veda, sull'argomento, D. Sorace, *Note sui servizi pubblici locali nella prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, 1141 ss.

Sulle implicazioni costituzionali del principio cfr., più in generale, A. Di Majo, *Libertà di iniziativa economica e valori costituzionali*, in A. Pizzorusso, V. Varano, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, 267 ss.; R. Villata, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974; G. Oppo, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della carta fondamentale*, *Atti del Convegno. Milano, 6-7 maggio 1988*, Milano, 1990, 35 ss.; G. Grottanelli De' Santi, *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà di iniziativa economica*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 981 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Organizzazione economica ad iniziativa privata ed organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 1893 ss.

[10] Sui "quasi mercati" nell'ambito dei servizi "non industriali" cfr., in relazione agli aspetti prettamente economici, AA.VV., a cura di D. Lanzi, Aiccon, *Regolamentazione dei mercati per i servizi sociali e cooperazione sociale*, Forlì, 2003, 21. Ci si permette di rinviare altresì a P. Michiara, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore. Considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, Roma, 2005.

[11] G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 12 ss., ricava da un'interpretazione aggiornata della Costituzione la possibilità di estendere anche al settore dei servizi in senso lato sociali la concorrenza tra più soggetti intesa come "positivo veicolo di efficienza". Si rinvia per il resto a quanto si dirà nei paragrafi conclusivi.

[12] Anche se la società fosse a partecipazione pubblica totalitaria, si tratterebbe pur sempre di soggetto distinto dall'ente di riferimento e, come è noto, il diritto comunitario degli appalti non considera certo normale l'affidamento diretto tra enti, anche se pubblici, formalmente distinti. Si tratta pur sempre (affidamenti *in house*) di eccezioni che confermano la regola (chi non esegue una prestazione di servizi in proprio, deve espletare procedure comparative concorrenziali aperte a soggetti "terzi").

[13] Sulla difficoltà di creare un mercato concorrenziale nell'ambito dei servizi, in senso lato, sociali e culturali, cfr. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rassegna Parlamentare*, fasc. 1, 2002, 99.

In realtà la concorrenza stenta ad affermarsi in tutti settori. Rileva infatti D'Alberti, *Dossier sulla concorrenza in Italia*, relazione al Convegno dell'Ance, Roma, 21 ottobre 2005, dattiloscritto, p. 18, che "La concorrenza incontra ostacoli gravi in settori in cui si producono beni e servizi utilizzati come input intermedi nei processi produttivi di tutti gli alti campi dell'economia. Sono i settori dell'energia, dei trasporti, dei servizi professionali, del commercio all'ingrosso, delle assicurazioni. Sono anche settori come quelli dei servizi bancari e finanziari. A tali mercati l'Autorità Antitrust ha dovuto dedicare molta parte del suo impegno istituzionale. Occorre proseguire nel lavoro, perché i difetti di concorrenza in questi mercati compromettono la crescita complessiva del Paese".

Più in generale, sui servizi, molti dipenderà anche dall'esito della direttiva *Bolkestein*.

[14] Per quanto concerne i servizi pubblici locali cfr., da ultimo e fra i tanti, V. Domenichelli, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2002, 311; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto Amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, 2581 ss.; E. Carloni, *Il carattere del servizio locale e il suo affidamento: il sistema italiano fra aperture, paradossi e regressioni*, nota a Cons. di Stato, sez. V, 15 aprile 2004, n. 2155, in *Servizi pubbl. e appalti*, 4/2004, 786; G. Caia, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. Vigneri, *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, in *Commenti al T.u. sull'ordinamento delle autonomie locali*, coord. L. Vandelli, Rimini, 2004; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005;

Sui servizi pubblici, sotto un profilo più generale e quindi anche con riferimento alla dimensione nazionale (non solo locale), si rimanda a G. Corso, *Servizi pubblici e Costituzione*, in G. Marongiu e G.C. de Martin (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 226 ss.; A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 472 ss.; G. Arena, *L'Utente sovrano*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, 1996, 159 ss.; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 181 ss.; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 181 ss.; G. Berti, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, 867 ss.; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; V. Gasparini Casari, *Il servizio universale*, in *Dir. ec.*, 2000, 265 ss.; G. Rossi, *Dove inizia il pubblico servizio: avvio di una riflessione*, in *Riv. quadr. pubbl. servizi*, 2/2000, 7 ss.; F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione italiana dei*

professori di diritto amministrativo, *Annuario 2001*, Milano, 2001, 60 ss.; L.R. Perfetti, *Contributo di una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; E. Ferrari, *Servizi pubblici: impostazione e significato della ricerca di una nozione*, in *Foro it.*, 2002, I, 1850 ss.; F. Merloni, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2002, 17; A. Police - W. Giulietti, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, 831 ss.; R. Villata, *Pubblici servizi*, Milano, 2006.

Per quanto concerne i servizi di natura economica si rinvia, da ultimo, a D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto Pubblico*, 1999, 370 ss.; C.E. Gallo, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2/2005, 327 ss.

[15] La letteratura in materia di affidamenti *in house* è ormai particolarmente nutrita. Fra i primi si segnala G. Greco, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2000, 1399 ss.

Più in generale sull'argomento cfr. M. Mazzamuto, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 537; A. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2001, 495 ss.; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 260 ss.; B. Mameli, *Affidamenti in house e libera concorrenza* (commento a Cons. di Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5316), in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 1419; A. Massera, *L'in house providing: una questione da definire*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, 849; F. Fracchia, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Il diritto dell'economia*, 2/4 2004, 605; L. Perfetti, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm.*, Cds, 2004, 1160 ss.; R. Ursi, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*, in *Foro It.*, 2005, IV, 134 ss.; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 1/2005, 179; E. Scotti, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazione a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia* (nota alla sentenza Corte di Giustizia Ce, sez. I, 11 gennaio 2005), in *Foro amm. Cds*, 2005; E. Scotti, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing, e partenariato pubblico-privato*, in *Dir. amm.*, 4/2005, 915; M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005 e AA.VV., *Atti del Convegno: "Il Partenariato Pubblico-Privato e il Diritto Europeo degli Appalti e delle Concessioni"*, 28 gennaio 2005, in www.iisa.it; G. Piperata, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario* (commento a Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, in causa c-458/03 - Parking Brixen), in *Giorn. Dir. amm.*, n. 2/2006, 133 ss.; R. Cavallo Perin - D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.

[16] L'art. 115 invocato in sentenza è stato però poi modificato, come si è detto.

[17] Per quanto concerne, in particolare, l'art. 115 del Codice, si rinvia a S. Foà, *Forme di gestione (art. 115)*, in *Aedon*, n. 1/2004; S. Foà, *Commento all'art. 115*, in AA.VV., *Il codice dei beni culturali* (a cura di M. Cammelli), Bologna 2004; P. Carpentieri, *Commento all'art. 115*, in AA.VV., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio* (Commento coordinato da Raffaele Tamiozzo), Milano, 2005, 504 ss.; S. Piemonte, *Commento all'art. 115*, in AA.VV., *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di A. Angiulli - V. Caputi Jambregli), Torino, 2005, 287 ss.; D. Vaiano, *Commento all'art. 115*, in AA.VV., *Codice dei beni culturali e del paesaggio* (a cura di G. Trotta), *Le nuove leggi civili commentate*, n. 5-6, 2005, 1452 ss.

[18] La sentenza che per prima (e con maggior completezza) ha inteso promuovere la previa procedura comparativa per l'individuazione del socio nell'ambito delle società miste è Cons. Stato, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Foro amm.*, 1998, 432, nella quale si trovano alcuni punti di riferimento importanti per la ricostruzione del modello della società mista. Partendo dalla premessa che la costituzione di una società concreta una forma di gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale, e che dunque il rapporto tra ente e società si svolge nell'ambito di un modulo essenzialmente pubblicistico, il Consiglio di Stato ha stabilito poi che per l'ordinamento è tutt'altro che indifferente la scelta del partner privato, che "non può essere rimessa a semplici giudizi soggettivi unilaterali, ma va esternata all'esito di un giudizio comparativo adeguatamente formalizzato, atto a evidenziare che la scelta stessa è caduta su un soggetto che, più di altri, sul piano della concorrenzialità, è in grado di assicurare la migliore funzionalità del servizio, anche in termini di economicità, nell'interesse preminente della collettività locale". Quanto alla natura associativa del contratto, dalla quale discenderebbe che la scelta del socio di minoranza rimarrebbe "assorbita" da quella di tipo organizzativo relativa alla costituzione della società, la sentenza ha precisato che la scelta del socio "esula dai modelli organizzativi, implicando necessariamente apprezzamenti sia sulla capacità tecnico-operativa e finanziaria dell'imprenditore chiamato a far parte della società mista, sia sulla economicità della scelta medesima". Per una conferma successiva dell'orientamento, v. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 1998, n. 435, in *Foro amm.*, 1998, 1059 e tutta la giurisprudenza successiva. Pacifica è quindi la giurisprudenza in materia di società a partecipazione pubblica minoritaria: v. Tar Toscana, sez. II, 18 agosto 1997, n. 580, in *Riv. trim. app.*, 1997, 745, e Corte App. Bologna, 19 luglio 1997, in *Foro amm.*, 1998, 1140, che ha respinto il reclamo proposto avverso il rifiuto di omologare di una società mista costituita senza che la scelta del socio privato fosse stata effettuata con una procedura di evidenza pubblica. Si veda anche Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, che evidenzia che "Pur in assenza di un obbligo specifico normativamente previsto, deve ritenersi necessario il ricorso al confronto concorrenziale per la scelta anche del socio privato di minoranza nelle società a capitale pubblico maggioritario, trattandosi di principi ormai immanenti nell'ordinamento, tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della P.A.".

Quanto sopra, come è noto, si è ormai consolidato anche per l'intervento di una più precisa normativa in tal senso.

Sull'argomento (inserimento della scelta del socio fra le ordinarie procedure concorsuali) cfr. S. Vinti, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale*, Padova, 2002, 90.

[19] M. Cammelli, *Introduzione*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio, cit.*, 44, rileva come l'art. 115 del Codice ponga le fondamenta di diritto positivo per l'avvio di un vero e proprio "statuto speciale" per l'amministrazione dei beni

culturali.

[20] La tendenza a "restringere" la concorrenza (o a moderare gli effetti negativi di una concorrenza non controllata) è particolarmente accentuata, come si è già visto, nel campo dei servizi alla persona.

[21] Sull'argomento ci si permette di rimandare a P. Michiara, *Le procedure di aggiudicazione, commento all'art. 10 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190*, in AA.VV., a cura di G. Caia, G. Cugurra, D. De Pretis, G. Sciuillo, *La realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 4-5, 2003, 1029.

[22] Tar Liguria, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527 e Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729 nel sito istituzionale della Giustizia amministrativa e cioè www.giustizia-amministrativa.it.

Nel medesimo sito si veda anche, in senso conforme, Tar Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318 (la sentenza considera come economico il servizio pubblico di trasporto disabili).

[23] Il partenariato pubblico-privato è divenuto ormai un argomento di studio non solo con riferimento ai profili organizzativi, ma anche in relazione alle situazioni di crisi del rapporto. Sull'argomento si veda M.A. Sandulli, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 167 ss.

[24] Cfr. la giurisprudenza che si è formata a partire da Cons. Stato, 19 febbraio 1998, n. 192, citata nelle precedenti note.

[25] In tal senso G. Caia, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, cit., 13.

Con riferimento specifico ai servizi culturali si evidenzia (G. Sciuillo, *Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte Costituzionale*, cit., 4 ss.), come "l'ente potrà configurare il servizio come servizio privo di rilevanza economica oppure come servizio di rilevanza economica. Nel primo caso la scelta della forma di gestione potrà cadere fra quelli che, sulla base delle norme del Tuel o del codice civile, risultano idonee ad essere utilizzate allo svolgimento di un servizio con tale carattere (si pensi all'istituzione, al consorzio, all'associazione, alla fondazione, alla fondazione di partecipazione). Nel secondo caso (servizio di rilevanza economica) la scelta della forma gestoria dovrà tener conto di quanto disposto dall'art. 113, comma 5, del Tuel (non toccato dalla pronuncia della Corte) come integrato e derogato dall'art. 115, comma 3 del Codice dei beni culturali".

Ne consegue per l'autore come, nel primo caso, debbano essere svolte procedure comparative concorrenziali e, nel secondo caso, debbano/possano essere utilizzate forme di moderata concorrenzialità.

[26] In relazione alle modalità di gestione dei beni culturali si rimanda, in generale, a [G. Franchi Scarselli, Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni](#), in *Aedon*, n. 3/2000; S. Foà, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001; [L. Zanetti, Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale](#), in *Aedon*, n. 2/2001; [E. Bruti Liberati, Pubblico e privato nella gestione dei beni culturali: ancora una disciplina legislativa nel segno dell'ambiguità e del compromesso](#), in *Aedon*, n. 3/2001; [C. Barbati, Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"](#), sempre in *Aedon*, n. 3/2001; [G. Sciuillo, Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia 272 del 2004 della Corte Costituzionale](#), in *Aedon*, n. 3/2004; [G. Pastori, Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze](#), in *Aedon*, n. 3/2004; [G. Piperata, I modelli di organizzazione dei servizi culturali: novità, false innovazioni e conferme](#), in *Aedon*, n. 1/2002.

In riferimento all'utilizzo dello specifico strumento societario (ma in relazione al quadro nazionale di riferimento) si veda [M. Renna, La Sibec spa tra realtà normativa e prospettive di attuazione](#), in *Aedon*, n. 2/1998; [C. Barbati, Arcus spa: Il modello societario](#), in *Aedon*, n. 2/2005.

[27] La scelta dell'utente è possibile solo nel caso in cui i servizi siano "distribuibili" sul territorio (si pensi ai servizi sanitari accreditati) e non nel caso in cui l'attività dell'impresa sia servente rispetto alla cura e/o valorizzazione di un bene pubblico determinato (per esempio un museo). In questo caso non vi sarebbe, materialmente (ancor prima che giuridicamente), lo spazio per l'espletamento del servizio da parte di più soggetti e quindi non vi è possibilità di scelta da parte dell'utente. La concorrenza è assicurata comunque dall'esistenza di un mercato "a monte" e cioè dalla competizione fra diversi soggetti promossa dall'ente pubblico che deve gestire il bene.

[28] Nel campo dei servizi sanitari, per esempio e per ragioni organizzative (più o meno) attinenti al diritto alla salute, non si può parlare di vera concorrenza tra soggetti pubblici e privati, non essendo l'accreditamento uno strumento di vera competizione. Sull'accreditamento, più in generale, si veda N. Aicadi, *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *Sanità pubblica*, 2000, 221 ss.; G. Pastori, *Pubblico e privato nella sanità e nell'assistenza*, *ibidem*, 11/12, 2002, 1281. Più in generale sull'argomento si veda F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 291 ss.

[29] La letteratura in materia di società pubbliche è ormai molto vasta. Sull'argomento, sotto un profilo generale, si rimanda a M. Cammelli, *Le società a partecipazione pubblica. Regioni, province e comuni*, Rimini, 1989; A. Police, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di "diritto speciale": problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 158 ss.; M. Cammelli- A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, II edizione, Rimini, 1999; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 176 ss.; F. Fracchia, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/4, 2004; M.G. Della Scala, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2/2005, 391 ss.; M. Dugato, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 561 ss.; F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 258 ss.

In particolare, per quanto riguarda le società miste e la gestione dei servizi pubblici, cfr. F.A. Roversi Monaco, *Società con partecipazione minoritaria degli enti pubblici e gestione dei pubblici servizi*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, IV, 719 ss.; P. Piras, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994; G. Vesperini, *Le società a partecipazione pubblica locale operanti nel settore dei servizi pubblici*, in G. Sanviti (a cura di), *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna 1995; G. Alpa - A. Carullo - A. Clarizia (a cura di), *Le Spa comunali e la gestione dei servizi pubblici (primo commento al regolamento emanato con d.p.r. 533/96)*, Milano, 1998; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Quaderni - Giornale di diritto amministrativo*, Milano, 2001; M. Dugato, *Le società miste alla luce della recente giurisprudenza italiana, relazione al Convegno Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2005, dattiloscritto; V. Venturi, *La gestione dei servizi pubblici locali attraverso società miste: problemi di concorrenza* (commento alla sentenza del Tar Lazio, sez. II-bis, 24 agosto 2004, n. 8074), in *Riv. trim. app.* n. 3/2005, 862 ss.

[30] In generale sulle società anomale si veda G. Marasà, *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, 1993, che evidenzia come l'assenza di un elemento essenziale del genere societario (per esempio nel nostro caso lo scopo di lucro) denoti la connotazione di anomalia (più che di specialità) della società.

[31] In relazione al diverso atteggiarsi della strumentalità della struttura societaria rispetto all'interesse pubblico si veda M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997, 46.

[32] Circa l'esistenza di società a missione specifica, destinate a morire dopo il compimento di un unico affare, si veda M. Dugato, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 3/2004, 565.

[33] Cfr. Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati, cit., 15 ss. Sull'argomento si rimanda a M. Giorello, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2004, 943.

[34] Si veda in tal senso E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 3, 2004, 735 e, più in generale, S. Cassese, *L'arena pubblica, Nuovi paradigmi per lo Stato*, sempre in *Riv. trim. di diritto pubblico*, 2001, 601 ss.

Per quanto riguarda il problema della tipicità nell'attività amministrativa di diritto privato cfr. M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996 e, con riferimento alla "atipicità" delle figure soggettive che si muovono tra diritto pubblico e diritto privato, si veda Pagliari, *Le fondazioni bancarie*, Milano, 2004, 351 e 484.

Da ultimo, più in generale, si veda G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005.

[35] Quanto sopra sembrerebbe avallato dalla stessa lettera dell'art. 115 del Codice (nella sua originaria versione, prima della riforma operata dal d.lg. 156/2006), nel momento in cui tanto la società quanto la concessione vengono considerate forme di gestione "indirette" e cioè, nella sostanza, esternalizzazioni.

[36] M. Cammelli, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 517, rileva come ormai le società miste veleggino per rotte autonome, che né il mercato né i controlli (interni o esterni) sono in grado di orientare in modo significativo.

[37] La trasparenza è necessaria, se si vuole mantenere la possibilità di utilizzare lo strumento societario, proprio per "contenere" la spinta in senso contrario proveniente dalla giurisprudenza comunitaria. La giurisprudenza in questione considera appunto le società miste come strumenti eccezionali; da ultimo si è altresì affermato il principio secondo il quale è da escludere la sussistenza del modello della società in house in presenza di compartecipazione da parte di soggetti privati al capitale sociale (Corte di giustizia Ce, 11 gennaio 2005, C -26/03, in www.giustamm.it).

Se dovesse essere confermata quest'ultima tendenza, ne conseguirebbe comunque l'obbligo di effettuare una gara anche per l'affidamento del servizio alla società, oltre che per la scelta del socio privato, privando in tal modo di appetibilità lo strumento stesso (cfr. F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 258 ss.).

Circa il probabile tramonto dello strumento societario si veda quindi R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 1/2005, 193, ove si evidenzia che con la sentenza in questione la Corte ha messo, in punto di fatto, la parola fine alle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali.

[38] Ammesso che le società vengano ritenute compatibili con la nuova formulazione dell'art. 115 del Codice.

[39] Il Libro bianco sui servizi di interesse generale del 2004, 11, cit., evidenzia come il principio di trasparenza sia fondamentale per il raggiungimento dell'obiettivo di avere un mercato reale e competitivo. Ed infatti "Il principio di trasparenza è un concetto chiave per lo sviluppo e l'attuazione di politiche pubbliche riguardanti i servizi di interesse generale. Esso garantisce che le autorità pubbliche possano esercitare le proprie competenze e che le scelte vengano fatte su base democratica e successivamente rispettate. Il principio dovrebbe essere applicato a tutti gli aspetti del processo di erogazione del servizio e dovrebbe riguardare la definizione delle funzioni del servizio pubblico, l'organizzazione, il finanziamento e la regolamentazione dei servizi, nonché la produzione e la valutazione degli stessi, compresi i meccanismi di gestione delle azioni legali".

[inizio pagina](#)