

INTRODUZIONE

I mutamenti politici, economici e sociali pongono costantemente le nostre istituzioni di fronte a nuovi problemi da affrontare e da risolvere. Un esempio in tal senso può essere rappresentato dall'attuale, complesso scenario connesso alla crisi pandemica che ha interessato l'intero panorama mondiale. Innanzi a siffatte situazioni si pone l'esigenza di capire come possa lo Stato adempiere i propri compiti in una maniera che sia celere e attagliata alle esigenze della popolazione.

Lungo il corso del presente lavoro si avrà modo di osservare come, in maniera pressoché costante nel corso dell'evoluzione storica, lo Stato italiano (ma non solo) abbia reso più incisivo il proprio intervento in concomitanza con vicende di carattere emergenziale. A partire dalle c.d. *società anonime miste* utilizzate nel contesto del primo conflitto mondiale, con la «*legislazione di guerra*» del Ventennio fascista fino alle «*privatizzazioni*» degli anni Novanta.

Le azioni statali appena menzionate rappresentano in realtà dei fenomeni venutisi a costruire nel tempo in ragione di molteplici provvedimenti da parte dello Stato. Non si può, però, tralasciare di affermare come i fenomeni accennati siano in realtà costituiti da micro-interventi, i quali sarebbero da ritenere pressoché insignificanti se considerati singolarmente. Invero, anche se una simile affermazione può sembrare paradossale, molto spesso sono state proprio le operazioni normative più limitate a condurre verso mutamenti inaspettati.

Si pensi, a titolo di esempio, alla possibilità introdotta con la legge 8 giugno 1990, n. 142, di cui si darà conto in maniera più ampia nel corso della trattazione, attraverso la quale è stato concesso agli enti locali di affidare la gestione dei servizi pubblici alle società c.d. *miste*, costituite da capitale pubblico e privato. D'altro canto, non si può negare come alcuni interventi

legislativi, sebbene siano connotati da un carattere emergenziale, sono percepiti assai di frequente come necessari al fine di superare una sorta di “stallo” normativo. Un esempio particolarmente attuale in tal senso è costituito dal c.d. Decreto semplificazioni¹, cui dedica i primi dieci articoli al tema dei contratti pubblici, tra cui si prevedono norme acceleratorie per le stazioni appaltanti nell’aggiudicazione, ovvero si consente di stipulare contratti e subcontratti di lavori, servizi e forniture anche sulla base di una mera informativa antimafia provvisoria. Se è ben vero che siffatte disposizioni hanno una vigenza transitoria, allo stesso modo sembra prevedibile che, ove l’applicazione delle modifiche dovesse dare esito favorevole, il nostro legislatore non si farebbe attendere nel far traslare queste disposizioni in maniera permanente nel dettato normativo.

La necessità per lo Stato di operare in maniera rispondente a quelle che sono le esigenze politiche ed economiche si riflette anche, essendo il principio della sussidiarietà sia verticale che orizzontale ben consolidato nel nostro testo costituzionale, nella varietà di forme di intervento utilizzate. Pertanto, se da un lato vi è stata nel corso degli anni una sempre maggior devoluzione agli enti locali di facoltà di azione e regolazione, dall’altro si rinviene un costante coinvolgimento dei privati nella realizzazione degli obiettivi che lo Stato intende perseguire.

Proprio nell’ottica di poter operare in maniera diretta e attraverso forme più snelle, lo Stato italiano, così come tutti gli altri Stati membri dell’Unione europea e non solo, ha fatto ampio utilizzo delle forme privatistiche nell’organizzazione di alcune sue importanti attività. In ragione di ciò, sono venutisi a creare nel corso degli anni molteplici ibridi organizzativi, solitamente

¹ D.l. 16 luglio 2020, n.76 convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120, titolata come segue «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale».

dotati di una forma giuridica privata ma connotati da legami più o meno forti con l'amministrazione statale.

Sebbene il legislatore eurounitario abbia sempre considerato e tutt'ora consideri, nella creazione di un mercato unico europeo, la concorrenza quale forza regolatrice naturale del mercato, non ha potuto ignorare, relativamente al fenomeno in oggetto, come siffatti organismi possano turbare proprio quella "selezione naturale" tra imprese che permette all'operatore economico privato più efficiente di prevalere sugli altri. In ragione di ciò, il Parlamento europeo ed il Consiglio sono a più riprese intervenuti, a partire dalla direttiva 71/305, introducendo profili regolatori che potessero essere applicati in maniera uniforme negli Stati membri. Nell'ambito di suddetti interventi normativi, stante la scarsa utilità del riferimento ad elencazioni di carattere meramente esemplificativo, il legislatore europeo ha introdotto, con la direttiva 89/440, la figura dell'organismo di diritto pubblico.

Lo scopo del presente lavoro è pertanto quello di definire in che modo sia avvenuto siffatto passaggio, dal libero intervento statale nell'economia alla necessaria regolazione da parte del legislatore comunitario, ma soprattutto di come siano configurati, sulla base della dottrina e giurisprudenza odierne, i menzionati ibridi, in particolare l'organismo di diritto pubblico. L'analisi relativa agli stessi si pone come fondamentale al fine di comprendere in che modo lo Stato proceda all'allocazione delle risorse pubbliche, la quale dev'essere allo stesso tempo efficace e rispettosa del principio di non discriminazione in base alla nazionalità degli operatori economici. Data la grave incertezza dello scenario economico globale attuale, sembra, da parte di chi scrive, ancora più importante rivolgere la propria attenzione a come la suddetta allocazione si compia e di come, quindi, venga gestito il danaro pubblico.

CAPITOLO I

L'INTEVENTO DELLO STATO NELL'ECONOMIA: DALLE AZIENDE MUNICIPALIZZATE ALLA NASCITA DELL'ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO.

SOMMARIO: 1. Le molteplici modalità di intervento pubblico nell'economia. - 1.1 Le aziende municipalizzate e il problema della gestione nei servizi pubblici locali - 1.2 L'azionariato di Stato e le partecipazioni pubbliche. - 1.3. Il fenomeno delle privatizzazioni e la configurazione della c.d. golden share - 1.4. I limiti comunitari all'intervento pubblico nell'economia. Lo scenario attuale. - 2. Nozione di pubblica amministrazione a «geometria variabile» e spunti ricostruttivi alla luce dei risultati raggiunti in materia di evidenza pubblica. - 2.1. L'intervento del legislatore comunitario. Una definizione «stabile» di organismo di diritto pubblico. - 3. Il recepimento da parte del legislatore nazionale delle direttive in materia di appalti pubblici.

1. Le molteplici modalità di intervento pubblico nell'economia.

Quando ci si riferisce al fenomeno dell'intervento statale nell'economia molto spesso si ritiene che esso consista esclusivamente nella detenzione, da parte della pubblica amministrazione, di quote azionarie relative a società di capitali ovvero al controllo di imprese di rilevanza strategica da un punto di vista economico-politico. Siffatta visione sicuramente non trascura le modalità più rilevanti in cui tale intervento si concreta, allo stesso tempo, però, rappresenterebbe un errore non riconoscere che qualsiasi atto amministrativo di carattere autorizzativo o concessorio abbia effetti di carattere economico.²

L'ingerenza nell'economia da parte dello Stato rappresenta, pertanto, una prerogativa dell'amministrare che è piena di conseguenze su molteplici aspetti. A riprova di ciò, va tenuto conto di come il settore economico pubblico italiano occupi una più che notevole porzione dell'intero mercato finanziario nazionale.³

Proprio per tale motivo e per comprendere quale sia la genesi storica che ha portato il legislatore comunitario ad introdurre, limitatamente alla materia degli appalti pubblici, la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico, si rende necessario discorrere sulle differenti modalità in cui si è concretizzato l'intervento statale nell'economia. Solo attraverso una particolareggiata analisi delle stesse si può agevolare lo studio delle problematiche che il legislatore comunitario si è trovato ad affrontare nella costruzione di un mercato unico.

In ragione di ciò, nei successivi tre paragrafi si descriveranno altrettanti fenomeni, i quali si pongono come direttrici principali dell'intervento dello Stato italiano nell'economia, a partire dagli anni subito successivi all'unificazione. In particolare, si descriverà: il fenomeno della

² In tal senso M. CAFAGNO, F. MANGANARO in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi. Vol. V: L'intervento pubblico nell'economia* (a cura di L. FERRARA, D. SORACE), Firenze University Press, 2016, p. 17.

³ S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia* in *Stato e mercato*, n. 47, fasc. 2, 1996, p. 323-349 ove si afferma che il settore pubblico italiano occupa tra un terzo ed un quarto dell'intera economia nazionale.

«municipalizzazione» e dell'erogazione dei servizi pubblici da parte dell'amministrazione statale, specialmente quella locale; la comparsa dello «Stato azionista» e di come lo stesso abbia provveduto a gestire le proprie partecipazioni nel corso degli anni; le privatizzazioni, sia «formali» che «sostanziali» avvenute in Italia negli anni Novanta e i relativi profili critici.

In ultimo si procederà all'analisi di come l'ingresso nella Comunità europea abbia interferito con siffatto intervento e di come il legislatore eurounitario abbia cercato di razionalizzare la disciplina.

1.1. Le aziende municipalizzate e il problema della gestione nei servizi pubblici locali.

L'affermazione dello Stato quale attore economico principale rappresenta oggi una condizione quasi naturale, spinta dal peculiare potere in termini finanziari dello stesso. In realtà, siffatta situazione non rappresenta un carattere congenito dell'apparato statale. Invero, quest'ultimo si è trovato ad affrontare, agli albori della nascita del nostro Paese, l'arduo compito di costruire un mercato unico nazionale che sorgesse dalle ceneri dei vari stati preunitari.⁴ Ruolo fondamentale in una simile direzione è stato svolto dal diritto amministrativo, il quale si è posto come regolatore di un mercato nascente, ricco di incertezze e diseguaglianze.

Nella creazione di siffatto mercato unico si è sicuramente venuta a creare una posizione di indubbia prevalenza del comparto industriale piemontese, in confronto alla quale lo Stato ha mantenuto un approccio di carattere neutrale,

⁴ «L'unificazione nazionale, avvenuta con le leggi del 1865, nell'estendere la legislazione piemontese al neonato Stato unitario, non solo ha perseguito lo scopo di unificazione normativa, ma anche quello di creare un mercato unico (...)», così si esprimono M. CAFAGNO, F. MANGANARO in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi. Vol. V: L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 17.

con la parziale devoluzione del proprio patrimonio al fine di risanare le finanze pesantemente gravate dalle vicende belliche.⁵

Un simile atteggiamento da parte del Governo, di apparente indifferenza, non ebbe, però, i risultati sperati. Il processo di rapidissima urbanizzazione nei vari comuni italiani pose da subito nuove esigenze da affrontare con altrettanta celerità. In un tale scenario gli enti locali dovettero ricorrere ad aziende municipalizzate o al riscatto delle concessioni già accordate per procedere direttamente alla distribuzione dei servizi essenziali, fruendo nella realizzazione di tale attività delle infrastrutture predisposte dai concessionari privati. Solo nel momento in cui i comuni iniziarono di loro sponte a procedere nel senso della municipalizzazione, l'esecutivo si rese consapevole della necessità di un intervento regolatore.⁶

Giolitti, nel perseguire il suo programma di decentramento, notò come i monopoli privati a livello locale rappresentassero una situazione inaccettabile al fine di rendere fruibili alla popolazione i servizi pubblici di prima necessità (e di allargare il consenso nei confronti dello Stato liberale), ma anche e soprattutto per pervenire ad uno sviluppo industriale più omogeneo. Le numerose situazioni in cui si verificarono siffatti fallimenti del mercato portarono lo Stato ad intervenire con la legge n. 103 del 29 marzo 1903, (detta anche *legge sulla municipalizzazione*).

Con il menzionato intervento normativo si procedeva a far subentrare lo Stato in qualità di gestore a livello locale di determinati servizi. L'accesso clima

⁵ Nel senso appena descritto sempre M. CAFAGNO, F. MANGANARO in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi. Vol. V: L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 18.

⁶ «Tali iniziative (dei comuni verso la municipalizzazione), del resto, non erano generalmente assunte in base a motivazioni ideologiche, bensì sulla spinta di esigenze concrete: da un lato finanziare le casse comunali con le ingenti rendite connesse alla gestione dei servizi, dall'altro dare risposta ai problemi alimentati dai processi di inurbazione. Dal 1891 al 1901 le città italiane avevano aumentato notevolmente la popolazione; in particolare Roma del 54%, Milano del 43%, Torino del 32%, Palermo del 27%, Napoli del 14%. Ciò suscitava nuove esigenze e bisogni la cui risposta era largamente affidata alla presenza di infrastrutture e di reti in grado di fornire beni e servizi indispensabili nella vita cittadina», in tal senso B. SPADONI, *I servizi pubblici locali, dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, articolo del 3 febbraio 2003 su www.dirittodeiservizipubblici.it.

politico la rese comunque una legge di compromesso, che non avesse, pertanto, connotati eccessivamente riformisti. Proprio frutto di un siffatto punto d'incontro tra le differenti ideologie politiche appaiono alcuni punti della suddetta legge, tra questi si annoverano la mancanza di personalità giuridica delle aziende municipalizzate, la quale impediva alle stesse di disporre di un patrimonio proprio, con evidenti ricadute sulla loro stessa capacità di intervento ovvero un pervasivo controllo sulla loro attività da parte degli enti locali e del Governo stesso.⁷

Tale attività, secondo una nota definizione, viene descritta nel modo seguente: *«municipalizzazione di servizi significa assunzione di servizi da parte del Comune, ed in questo significato generico è fenomeno proprio di ogni Comune, in qualunque momento storico e sotto qualunque regime. Ma in un significato più ristretto, corrispondente a quello accolto dalla nostra legislazione e dalla nostra dottrina, nonché dal diritto straniero, per municipalizzazione di servizi ... s'intende la gestione diretta da parte del Comune di quei servizi pubblici che potrebbero essere esercitati da imprenditori privati, o in seguito a concessione municipale, o, talora, anche indipendentemente da questa»*.⁸ Con ciò si vuole affermare che la principale novità di siffatto intervento normativo consistesse nella sottrazione delle attività dalla gestione privata, spesso accompagnata da posizioni di mercato monopolistiche, le quali ponevano a rischio la fruizione del servizio da parte dell'utenza.

Rimaneva, in ogni caso, un evidente problema di omogeneità nella qualità della distribuzione dei servizi menzionati. Invero, risulta palese come la

⁷ B. SPADONI, *I servizi pubblici locali, dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, cit.

⁸ U. BORSI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in Nuovo digesto italiano, vol. III, 1939, p. 802 e ss. così come citato da F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, editoriale del 13 luglio 2016 in www.federalismi.it, n. 14, 2016.

conformazione organizzativa dei Comuni più sviluppati (principalmente del nord) fosse tutt'altra cosa rispetto alla maggior parte dei Comuni del sud Italia.⁹

Alla legge del 1903, la quale fu modificata con R.D. 3074/1923, si affiancò il *Testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Provincie* approvato con R.D. 15 ottobre 1925 n. 2578. I menzionati interventi normativi disciplineranno da soli per quasi un secolo¹⁰ l'intera materia delle aziende municipalizzate. La stabilità nel tempo delle norme di cui si discorre non fu, però, certamente sinonimo di efficienza nell'erogazione dei servizi e tantomeno nell'organizzazione interna delle aziende stesse. Basti pensare che il deficit delle aziende municipalizzate passò dai 3,5 miliardi di lire del 1960 a ben 1800 miliardi nel 1980.¹¹

Tra le principali motivazioni che giustificano le difficoltà appena menzionate non può non annoverarsi la mancata autonomia funzionale e gestionale delle aziende municipalizzate rispetto agli enti locali. Siffatta relazione di organicità rende particolarmente complesso adeguarsi a parametri di efficienza ed economicità in linea con gli altri gestori di servizi privati. Uno sforzo in tal senso fu generato dalle riforme tributarie introdotte negli anni Settanta, le quali avevano come destinatari gli enti locali e che di riflesso si estesero anche nei confronti delle municipalizzate.¹²

In questa sede risulta di particolare interesse annoverare, tra i provvedimenti più importanti per le aziende oggetto di trattazione, la legge 5 agosto 1978, n. 468 con la quale fu consentito alle municipalizzate di tenere una contabilità di

⁹ D. DELLA PENNA (a cura di), *Regolazione e gestione dei servizi pubblici locali. A cento anni dalla legge 29 marzo 1903, n. 103*, Resoconto del Convegno del 11 aprile 2003, su www.amministrazioneincammino.luiss.it.

¹⁰ Per una cospicua modifica della normativa menzionata bisognerà infatti attendere la legge 8 giugno 1990 n. 142 di cui si parlerà più in avanti.

¹¹ B. SPADONI, *I servizi pubblici locali, dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, cit., il quale a sua volta cita gli Annuari e Compendi dati Cispel.

¹² B. SPADONI, *I servizi pubblici locali, dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, cit., quest'ultimo in particolare cita la riforma tributaria entrata in vigore nel 1973, attraverso la quale gli enti locali furono privati dell'autonomia tributaria. In ragione di ciò si verificarono crescite esponenziali dei disavanzi e degli indebitamenti.

carattere economico-patrimoniale alla stessa maniera delle imprese private, anziché avvalersi della contabilità finanziaria propria degli enti pubblici.¹³ A partire dallo *shock* ingenerato dalle imponenti riforme a livello contabile introdotte in quegli anni, iniziò a palesarsi l'esigenza che le municipalizzate avessero necessariamente bisogno di emanciparsi dall'ingerenza degli enti locali, in modo da fornire loro un'organizzazione più spiccatamente imprenditoriale.

Un ulteriore importante intervento normativo è costituito dal d.p.r. 4 ottobre 1986, n. 902 intitolato «*Approvazione del nuovo regolamento delle aziende di servizi dipendenti dagli enti locali*». Lo stesso si pone anzitutto come una norma di carattere organico che ricomprende ed ordina la caotica normazione degli anni precedenti. In secondo luogo va posto l'accento sul ruolo svolto dal «*piano-programma*», il quale viene deliberato dalla commissione amministratrice dell'azienda municipalizzata in linea con gli indirizzi forniti dall'ente locale di riferimento.¹⁴ Si viene, pertanto, a configurare in maniera embrionale quell'autonomia organizzativa che risulta necessaria al fine di rendere le aziende municipalizzate più efficienti.

L'intervento, però, di maggiore rilievo è rappresentato sicuramente dalla legge 8 giugno 1990, n. 142. Preme in questa sede di ricordare come prima di siffatto intervento le modalità di gestione dei servizi pubblici locali fossero essenzialmente due, e cioè l'affidamento alle aziende municipalizzate ovvero la

¹³ Così come si legge alla voce *Azienda municipalizzata* in *Enciclopedia della Banca e della Borsa* su www.bankpedia.org.

¹⁴ La descrizione accurata di siffatto «*piano-programma*» è svolta all'art. 38 del d.p.r. menzionato. In particolare lo stesso «*contiene le scelte, e gli obiettivi che si intendono perseguire indicando, tra l'altro, in rapporto alle scelte ed agli obiettivi suddetti: le dimensioni territoriali ed i livelli tecnologici economicamente ottimali di ogni servizio; i livelli di erogazione dei servizi e gli indici di produttività aziendale raffrontati nel tempo e nello spazio con i dati disponibili di altre aziende del settore; il programma pluriennale degli investimenti per l'ammodernamento degli impianti e per lo sviluppo dei servizi; le modalità di finanziamento dei programmi di investimenti; le previsioni e proposte in ordine alla politica delle tariffe; la politica del personale, con particolare riferimento ai modi ed alle forme per ricercare la più ampia e continua partecipazione dei lavoratori alla migliore organizzazione del lavoro ed alla produzione e distribuzione dei servizi; le forme del concorso della collettività e delle associazioni imprenditoriali e cooperative alla migliore gestione dei pubblici servizi. Il piano-programma deve essere aggiornato annualmente in sede di aggiornamento del bilancio pluriennale*».

gestione in economia diretta da parte dell'ente locale ove ciò fosse consentito dalle caratteristiche del servizio da erogare. Con la legge appena menzionata, invece, all'art. 22 vengono disciplinate nuove modalità di gestione dei servizi pubblici locali, tra le quali adesso si annovera anche la possibilità che i comuni o le province possano gestire i servizi pubblici «*a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati*»¹⁵. Questo scenario apre nuovi problemi, specialmente sul profilo delle modalità di scelta del socio di minoranza della costituenda società ove l'ente locale dovesse decidere di adottare siffatta strada per la gestione del servizio.

Il successivo art. 23 disciplina la figura dell'«*azienda speciale*» la quale va a sostituire la figura dell'azienda municipalizzata. La prima rispetto alla seconda gode finalmente di autonomia patrimoniale, personalità giuridica e si configura quale ente pubblico economico. Allo stesso tempo l'azienda speciale deve operare nel pieno rispetto dei canoni di efficacia, efficienza ed economicità della pubblica amministrazione, con l'ulteriore obbligo del pareggio di bilancio.

In tal modo viene a realizzarsi la rottura di quel rapporto di organicità che aveva caratterizzato tutta l'esperienza delle aziende pubbliche locali. Col nuovo assetto, più che un ruolo di controllo viene a costituirsi tra azienda speciale ed ente locale una relazione di equiordinazione, in un'ottica di carattere negoziale, suggellata dal nuovo strumento rappresentato dal Contratto di servizio.¹⁶

Con l'intervento normativo del 1990 si è, pertanto, aperta definitivamente la strada alla partecipazione privata nella gestione dei servizi pubblici locali. Sicuramente nelle intenzioni del legislatore siffatta disciplina mirava a garantire

¹⁵ Così come stabilito al comma 3, lett. e) del provvedimento citato. Tra le altre forme di gestione troviamo: la gestione in economia da parte dell'ente locale stesso; la concessione a terzi; a mezzo di «*azienda speciale*» (e cioè *municipalizzata*), si avrà subito modo di vedere in che modo verrà a configurarsi quest'ultima ai sensi del successivo art. 23; attraverso un'istituzione, per servizi sociali non aventi carattere imprenditoriale.

¹⁶ B. SPADONI, *I servizi pubblici locali, dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, cit.