

# *il diritto dell'economia*

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DOTTRINA, GIURISPRUDENZA E  
DOCUMENTAZIONE

*in collegamento con la*  
Unione Italiana Camere di Commercio  
*e con la*  
Associazione Bancaria Italiana

*Diretta da:*  
Tancredi Bianchi, Elio Casetta, Gustavo Vignocchi

*Presidente del Consiglio direttivo:*  
Feliciano Benvenuti

*Promossa da:*  
**Università di Bologna**  
Facoltà di economia e commercio e giurisprudenza

**Università di Camerino**  
Facoltà di giurisprudenza

**Università statale di Milano**  
Facoltà di giurisprudenza

**Università commerciale Luigi Bocconi di Milano**  
Facoltà di economia e commercio

**Università cattolica di Milano**  
Facoltà di giurisprudenza; economia e commercio e scienze bancarie, finanziarie ed assicurative

**Università di Modena**  
Facoltà di economia e giurisprudenza

**Università di Parma**  
Facoltà di giurisprudenza

**Università di Venezia**  
Facoltà di economia e commercio



MUCCHI EDITORE - MODENA

2  
1998

---

## Indice

---

### ARTICOLI

<i>Vincenzo Caianiello</i> : Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti .....	pag. 239
<i>Ramón Ojeda Mestre</i> : Environmental Justice .....	» 269
<i>Sergio Foà</i> : Beni culturali e turismo in una prospettiva integrata .....	» 283
<i>Yves Thibault de Silguy</i> : Euromoneta .....	» 307

### RASSEGNE

<i>Nicola Aicardi</i> : Centri storici e disciplina delle attività commerciali .....	» 313
<i>Silvia Nicodemo</i> : Funzioni normative alle autorità indipendenti? .....	» 341

### ILLUSTRAZIONI

<i>Laura Margherita Alfieri</i> : Il contributo del pensiero economico di Agostino Paradisi alla evoluzione degli strumenti economici del ducato estense .....	» 377
<i>Gabriella M. Racca</i> : Questioni sulla partecipazione degli enti territoriali a società di capitali .....	» 381
<i>Paolo Emilio Rossi</i> : La rilevanza costituzionale e comunitaria delle autorità di garanzia .....	» 393

<b>OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA</b> .....	» 415
<b>MASSIME GIURISPRUDENZIALI</b> .....	» 415
<b>ATTI LEGISLATIVI, DISEGNI E PROPOSTE DI LEGGE</b>	
<b>ALTRE ATTIVITÀ DELLE CAMERE</b> .....	» 425
<b>PROVVEDIMENTI DI ORGANI NAZIONALI, COMUNI- TARI E DI ALTRI PAESI</b> .....	» 431

<b>SEZIONE DI DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA</b> .....	»	435
Osservatorio del diritto internazionale dell'economia .....	»	435
Giurisprudenza della corte di giustizia e del tribunale di 1° grado delle Comunità europee .....	»	436
Atti normativi delle Comunità europee .....	»	450
Legislazione nazionale .....	»	463
Attività delle organizzazioni internazionali .....	»	467

#### **RECENSIONI**

a cura di <i>Fabio M. Alessano, Monica Cagarelli, Katia Goldoni, Fabrizio Fiorini</i> .....	Pag.	471
---	------	-----

<b>CONVEGNI, SEMINARI, NOTIZIE</b> .....	»	479
<b>ILLUSTRAZIONI E COMMENTI</b> .....	»	479
Scandalo al comune di Parigi per impieghi fittizi (a cura di STEFANO ZIRONI) .....	»	479
Il neopresidente dell'Antitrust striglia il settore pubblico (a cura di ANDREA COLOMBINI) .....	»	479
Lavoro nero in agricoltura: primato meridionale (a cura di KATIA GOLDONI) .....	»	480
La Corte Suprema USA sollecita le esecuzioni capitali (a cura di KATIA GOLDONI) .....	»	481
<b>BIBLIOGRAFIA</b> (Libri, articoli) .....	»	483
<b>COSE D'OGGI</b> .....	»	489
<b>RIASSUNTI</b> (abstracts degli articoli) .....	»	491
<b>NOTE SUI COLLABORATORI</b> .....	»	495

QUESTIONI SULLA PARTECIPAZIONE DEGLI ENTI TERRITORIALI  
A SOCIETÀ DI CAPITALI

GABRIELLA M. RACCA

SOMMARIO: 1. La disciplina regolamentare. 2. La scelta del socio privato di maggioranza. 3. Rapporti fra i partecipanti alla società successivamente alla costituzione. 4. Compatibilità della disciplina delle società partecipate da enti territoriali con le norme comunitarie.

1. *La disciplina regolamentare.*

La disciplina delle società miste con partecipazione minoritaria degli enti territoriali per la gestione di servizi pubblici<sup>(1)</sup> lascia aperte numerose questioni: innanzitutto la scelta di adottarla con regolamento. L'avvenuta

---

(1) D.p.r. 16 settembre 1996, n. 533, regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali, pubblicato in *Gazz. Uff.* 21 ottobre 1996, n. 247. Sul regolamento: L. BERNARDINI, *Le società per azioni miste a partecipazione pubblica locale*, in *Impresa*, 1996, fasc. 9; M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dimissioni, affidamento del servizio, rapporto fra ente e società*, in *Riv. trim. appalti*, 1996, 229; sullo schema di regolamento: M. MAZZARELLI, *Il regolamento sulle società con partecipazione locale di minoranza*, in *Giornale dir. amm.*, 1996, 65; I. VOLPE, *Società miste con partecipazione pubblica locale di minoranza: prende corpo il regolamento governativo*, in *Edilizia urbanistica appalti*, 1995, 1313. In generale: D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 1997, 51 e s.; F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, nota a Cass., S.U., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Foro it.*, 1996, I, 1363; G. GRECO, *Appalti di lavori affidati da S.p.a. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1995, 1056; E. CANNADA-BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giur. it.* 1996, I, 493; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 1994; M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Enti pubblici ed ente pubblico*, (a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, Torino, 1994, 343 e s.).

scadenza della delega conferita al governo per l'emanazione di un decreto legislativo<sup>(2)</sup> ha indotto il governo ad inserire in decreto-legge<sup>(3)</sup> l'autorizzazione all'emanazione di un regolamento da adottarsi ai sensi dell'art. 17, c. II, l. 400/1988, sulla base degli stessi principi indicati nella precedente legge di delegazione. Anche il termine di trenta giorni per l'emanazione del regolamento, ritenuto meramente sollecitatorio, è stato superato.

Il Consiglio di Stato, chiamato ad esprimere parere sullo schema di regolamento<sup>(4)</sup>, ha dovuto affrontare le questioni interpretative che derivano dalla adozione di una fonte secondaria per la disciplina delle vicende giuridiche delle società miste minoritarie pubbliche. Innanzitutto, nonostante il riferimento al c. II, dell'art. 17 l. 400/1988, si esclude che il regolamento in questione possa qualificarsi di delegificazione, per evitare l'obiezione circa la specificazione dell'oggetto e la mancata indicazione espressa<sup>(5)</sup>, non sempre peraltro rispettata, delle norme di legge abrogate.

Si ritiene di qualificare il regolamento come «normativa secondaria a carattere speciale» posta «al fine di completare una disciplina appena delineata dalla legge», con esclusione di ogni sostituzione di norme di legge, il cui effetto è di delegificare la materia introducendo nuovi istituti la cui disciplina è sottratta alla fonte legislativa. Viene sottolineato l'aspetto attuativo del regolamento mediante il riferimento all'integrazione della legge, di ciò che appare *praeter*, e con riferimento alla norma delegificata, *contra legem*. Il Consiglio di Stato considera ammissibile l'introduzione di norme concernenti rapporti civili a mezzo di fonte secondaria<sup>(6)</sup> sulla base di alcuni precedenti che peraltro non appaiono molto significativi, in quanto riguardanti norme suppletive, disponibili tanto all'autonomia privata delle parti come al regolamento<sup>(7)</sup>. Su tali basi si afferma che la norma regolamentare può disciplinare le vicende giuridiche delle future società miste, in deroga alla normativa generale sulle società, nei limiti in cui il codice civile non affermi in legge la relativa disciplina. Tuttavia se la fonte secondaria può sicuramente attuare i

(2) L. 23 dicembre 1992, n. 498, art. 12 c. II.

(3) D. l. 31 gennaio 1995, n. 26, art. 4, convertito dalla l. 29 marzo 1995, n. 95.

(4) Cons. Stato, ad. gen., parere 16 maggio 1996, n. 90, Pres. cons. ministri, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1640.

(5) C. conti, sez. contr., 10 maggio 1994, n. 32, in *Cons. Stato*, 1994, II, 1542.

(6) Cfr. A. ROMANO, *Note sui caratteri della legislazione dello stato delle autonomie*, in *Le regioni*, 1981, 660 e s.; A. LENER, *Il commissario Zamberletti legislatore civile*, in *Foro it.*, 1981, V, 134.

(7) Art. 34 e 35, d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063, *approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici*, che utilizzando l'autonomia concessa dall'art. 1224 c.c., disciplina il pagamento degli interessi sulle rate di acconto dovute all'appaltatore ed esclude la risarcibilità del maggior danno, come pure la possibilità di fissare in legge, regolamento o contratto un termine di decadenza ex art. 2966 c.c.

principi e criteri direttivi fissati dalla legge, non sembra possa definire tale disciplina in contrasto con norme ritenute inderogabili per l'organizzazione societaria.

## 2. La scelta del socio privato di maggioranza.

Le norme sulle società a capitale pubblico minoritario sono state interpretate come nuove modalità di gestione dei servizi pubblici locali<sup>(8)</sup>, contraddicendo la prospettata abrogazione dell'art. 22, c. III, lett. e, della l. 142/90<sup>(9)</sup>. Viene infatti delineata la distinzione fra due modelli di gestione societaria dei servizi pubblici: la società maggioritaria pubblica, assimilata alla gestione diretta in quanto la creazione di una distinta persona giuridica non esclude che la stessa sia considerata "organismo di diritto pubblico"; la società a maggioranza privata che può invece essere accostata al modello della concessione solo in quanto affida la gestione ad un soggetto effettivamente terzo, poiché il socio privato di maggioranza diviene «arbitro dei destini della persona giuridica», con il "vantaggio" peraltro della partecipazione pubblica alla struttura societaria. Essa costituisce forma di gestione dei servizi pubblici locali alternativa, che non necessita di un provvedimento di concessione, neppure *ope legis*, poiché la scelta di avvalersi di tale società importa l'affidamento diretto del servizio<sup>(10)</sup>.

(8) Cons. Stato, ad. gen., parere 16 maggio 1996, n. 90, cit.; F. LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. ammin.*, 1995, 312; A. ANDREANI, *Questioni nuove nella recente legislazione in tema di società di capitali con partecipazione degli enti locali*, *ibid.*, 245; D. CALDIROLA, *Diallettica tra pubblico e privato nel sistema delle società di capitale a partecipazione locale*, in *Dir. regione*, 1995, 925.

(9) Così: V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 17. Cfr. altresì F. CAVAZZUTI, *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, *ibid.*, 1995, I, 685. L'art. 17, comma 58, l. 15 maggio 1997, n. 127,  *misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*, ha previsto che: «all'articolo 22, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, la lettera e) è sostituita dalla seguente: «e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati». In precedenza sull'ammissibilità della costituzione di società a responsabilità limitata per la gestione di servizi pubblici locali: in senso positivo, cfr., C. Stato, parere, sez. I, 2 dicembre 1992, n. 2685, in *Cons. Stato*, 1994, I, 284; in senso negativo, con rifiuto dell'omologazione: Trib. di Roma, 11 aprile 1996 (decr.), e Corte d'appello di Roma, 4 giugno 1996 (decr.), in *Le società*, 1996, 1291, con nota di G. CABRAS, *Società a partecipazione comunale solo in forma azionaria?*.

(10) T.a.r. Veneto, 31 maggio 1995, n. 881, Soc. Italinpa c. Com. Belluno, con

Il contratto sociale ed i conseguenti atti negoziali stipulati con il socio privato, selezionato attraverso procedure di evidenza pubblica, escludono la necessità di un provvedimento concessorio. Occorre tuttavia accertare se i poteri sulla gestione della società connessi alla partecipazione azionaria pubblica, come rafforzati dalla normativa in esame, consentano di realizzare uno strumento sufficientemente agile e contemporaneamente affidabile per la gestione dei servizi pubblici<sup>(11)</sup>.

L'oggetto delle costituenti società miste è limitato alla gestione di servizi pubblici ed alla costruzione delle connesse opere le quali devono risultare accessorie e di valore inferiore al servizio. Si è rinunciato a ricomprendere nella disciplina del d.p.r. 16 settembre 1996, n. 533, cit., «la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico», prevista dall'art. 12, c. I, l. 498/92<sup>(12)</sup>, forse per la difficoltà di dettare una disciplina che avrebbe avuto l'esito di sottrarre tali opere alle procedure concorsuali in materia di appalti pubblici di lavori: dubbi di compatibilità con la disciplina comunitaria suscita la recente previsione che consente a città metropolitane e comuni, con l'eventuale partecipazione della provincia e della regione, «di costituire società per azioni per progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana»<sup>(13)</sup>.

---

nota di D. BEZZI, *Spa a partecipazione mista: problemi e prospettive*, in *Dir. regione*, 1995, 1011, ove si afferma la necessità della concessione per l'affidamento della gestione di un servizio pubblico locale ad una società per azioni indipendentemente dalla consistenza della partecipazione pubblica, con il conseguente diniego di autonomia al modello di gestione societario rispetto alla concessione a terzi, con l'effetto di conservare la giurisdizione amministrativa sui rapporti fra enti promotori e società ex art. 5, l. 6 dicembre 1971, n. 1034; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.* 1994, 459; R. CAVALLO PERIN, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, *Ibid.* 111.

(11) Sulla previsione di poteri speciali da introdurre negli statuti prima di ogni atto che determini la perdita del controllo per le dimissioni delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni: C. Stato, parere, sez. I, 20 settembre 1995, n. 330, in *Foro it.* 1996, III, 209, con nota di R. PERNA, *L'eccesso di tutela nella privatizzazione*.

(12) Cfr. PICOZZA, REGGIO D'ACI, DE ROSE, BIAGINI, NERI, LOCATI e SCOCA, *Il ruolo degli enti locali e degli imprenditori nei servizi pubblici con particolare riguardo alle concessioni ed alle società di cui all'art. 12 l. n. 498/1992 - Convegno organizzato dal centro italiano di studi amministrativi*, Alghero, 28-30 ottobre 1993, in *Nuova rass.*, 1995, 1005; G. MANINI, *Gestione dei servizi pubblici: partecipazione degli enti locali a società di capitali*, *Ibid.*, 2353; A. PIEROBON, *Quadro problematico delle spa a prevalente capitale pubblico locale*, *Id.*, 1994, 742; G. GRAZIANO, *Le società per azioni con partecipazione degli enti locali: affidamento di servizi e appalto di lavori pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 1994, 601; F. ROVERSI-MONACO, *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e gestione dei servizi pubblici*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, vol. I, 719.

(13) Art. 17, comma 59. l. 15 maggio 1997, n. 127, *misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*, ove si prevede peraltro che «gli azionisti privati delle società per azioni siano scelti tramite procedura di evidenza pubblica».

Si ritiene che la scelta del gestore di un servizio pubblico non sia soggetta alla disciplina concorsuale di matrice comunitaria<sup>(14)</sup>. A diversa conclusione è possibile pervenire ove si consideri la residualità della nozione di servizio dettata dal Trattato Ce, art. 60, poiché è così possibile ricondurre i servizi pubblici alla categoria degli "altri servizi" di cui all'allegato IB della direttiva 92/50, riprodotto nell'allegato 2 del d. legisl. 17 marzo 1995, n. 157, cit., per i quali sono imposti solamente obblighi di pubblicità e di comunicazione in vista di una futura normazione.

Molto più incisiva è la disciplina dell'affidamento di appalti di lavori cui è equiparata la concessione di costruzione e gestione dell'opera che impone un confronto concorrenziale disciplinato dal d.lg. 19 dicembre 1991, n. 406, *attuazione della direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*, per importi pari o superiori a 5 milioni di E.C.U., e dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109, *legge quadro in materia di lavori pubblici*, mod. l. 216/95, per importi inferiori. La stessa l. 498/92, 12, c. III, ha previsto l'applicazione per la realizzazione di opere «di qualunque importo» del d.lg. 406/1991 e della direttiva 90/531/CEE<sup>(15)</sup>, lasciando spazio all'interpretazione che considera a tal fine necessaria una specifica gara. Di qui l'esigenza di valutare se la scelta, operata in via regolamentare, di anticipare le procedure concorsuali al momento della scelta del socio sia conforme ai principi che impongono di aprire l'oggetto degli appalti pubblici alla libera concorrenza<sup>(16)</sup>.

Ciò pare quantomeno dubbio dal momento che si fa confluire la scelta del costruttore dell'opera in un appalto di servizi che deve valutare complessivamente la prestazione offerta dal soggetto che intende divenire socio privato di maggioranza<sup>(17)</sup>.

Per quanto la costruzione dell'opera risulti accessoria<sup>(18)</sup> ove il suo im-

---

(14) V. art. 3, comma I, della direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi*, ove si prevede che «per aggiudicare appalti di servizi pubblici e per espletare concorsi di progettazione, le amministrazioni applicano procedure adattate alle disposizioni della presente direttiva».

(15) Ora direttiva 93/38/CEE *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni*.

(16) Questione che si pone anche per ricordata disciplina dell'art. 17, comma 59. l. 15 maggio 1997, n. 127, cit.

(17) V. art. 23, comma IV, d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157, *Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi*: «L'affidamento della progettazione non è compatibile con l'aggiudicazione, a favore dello stesso affidatario, degli appalti pubblici relativi ai lavori e ai servizi progettati; della suddetta incompatibilità deve essere data notizia nel bando di gara».

(18) L'art. 3, c. III, d. legisl. 157/95, afferma che «gli appalti che, insieme alla prestazione di servizi, comprendono anche l'esecuzione di lavori, sono considerati appalti di servizi qualora i lavori assumano funzione accessoria rispetto ai servizi e non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto».



porto superi la soglia di applicabilità della normativa comunitaria la prevista procedura di selezione del socio non pare conforme al Trattato Ce dal momento che l'applicazione delle norme sugli appalti di servizi è determinata da una libera scelta del legislatore nazionale, con la conseguenza che la deroga all'appalto di lavori non è giustificabile sulla base del confronto concorrenziale intervenuto in funzione della scelta del gestore di un servizio pubblico che, proprio in quanto non specificamente disciplinata dalla normativa comunitaria, può avvenire sulla base di parametri del tutto peculiari e che nulla hanno a che fare con l'oggettività della scelta dell'appaltatore privato di lavori<sup>(19)</sup>.

Le procedure in materia di appalti di servizi e l'adozione dell'appalto concorso come metodo di scelta del contraente<sup>(20)</sup> impongono di valutare per l'aggiudicazione il piano economico e finanziario esteso all'intero arco temporale indicato nel bando e soprattutto la capacità di gestione del servizio, evidenziata in particolare dalla prevista richiesta della predisposizione di «un progetto tecnico concernente la gestione del servizio», con un rilievo secondario alla convenienza dell'opera. Non pare infatti si possa escludere che l'aspirante socio privato oltre al progetto per la gestione del servizio, sia chiamato a predisporre anche il progetto dell'opera eliminando così, anche per questo aspetto, ogni possibile obbiettiva comparazione fra le offerte. La congiunta selezione del socio privato di maggioranza che sarà pure l'esecutore delle opere connesse mediante le procedure previste per gli appalti di servizi appare in contro tendenza rispetto all'orientamento comunitario e nazionale che invita a separare l'affidamento della progettazione e dell'esecuzione dei lavori<sup>(21)</sup>.

(19) Cfr. M. CAMELLI, *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 350, il quale considera non necessaria né opportuna la previsione di procedure concorsuali per la scelta del socio privato, trattandosi di contratto associativo e non di scambio; G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass.*, 1995, 1082; P. PIRAS, *Sulla compatibilità della società per azioni a partecipazione comunale con l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1994, 1217. Sulle questioni sorte per l'omologazione dell'atto costitutivo di una società mista con un socio privato di minoranza scelto senza procedura concorsuale: Corte d'appello di Milano, 24 giugno 1995 (decr.), in *Le società*, 1996, 48, con nota di G. CABRAS, la Corte d'Appello di Milano esclude la necessità di procedure selettive per la scelta del socio privato di minoranza, posizione recentemente contraddetta dal Consiglio di Stato; sul medesimo caso: U. GRELLA, *Un nuovo strumento di gestione per i servizi pubblici locali: la società per azioni a capitale misto pubblico-privato* (Nota a A. Milano, 24 giugno 1995, Cassina c. Proc. gen. A. Milano), in *Cons. Stato*, 1996, II, 1133.

(20) Definito dall'art. 6 lett. c), d. legisl. 157/95, cit., come procedura ristretta nella quale «il candidato redige, in base alla richiesta formulata dalla amministrazione aggiudicatrice, il progetto del servizio ed indica le condizioni e i prezzi ai quali è disposto ad eseguire l'appalto»

(21) V. art. 23, comma IV, d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157, cit. e Art. 17, comma IX, l. 11 febbraio 1994, n. 109 come mod. dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101,

Inoltre potrebbe porsi il problema della successiva necessità di costruzione di nuove opere o di sostituzione delle precedenti, poiché non pare sostenibile che la costituzione di una società mista escluda indefinitamente il confronto concorrenziale per l'affidamento di lavori. A tal fine poteva sembrare opportuna la previsione di un termine breve di durata della società, o in ogni caso la previsione di un periodico confronto concorrenziale, invece il regolamento impone che il bando stabilisca un termine di durata della società non inferiore a dieci anni (art. 2 c. II, lett. c), con la conseguente sottrazione alla concorrenza di tale ambito operativo per tempi prevedibilmente assai lunghi. Né pare risolutivo il rinvio agli artt. 55 e 66 del Trattato Ce che escludono l'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi per le attività che «partecipino sia pur occasionalmente all'esercizio di pubblici poteri», interpretati come applicabili in caso di conferimento di «una funzione di oggettivo interesse pubblico» in ragione del modello organizzativo adottato dalla pubblica amministrazione. La Corte di giustizia ha infatti escluso che il trasferimento dell'esercizio di attività di competenza dei pubblici poteri e dei relativi poteri organizzativi possa giustificare la deroga alla libera circolazione dei servizi<sup>(22)</sup>.

### 3. Rapporti fra i partecipanti alla società successivamente alla costituzione.

Alle difficoltà da affrontare per la costituzione di una società a capitale pubblico minoritario seguono quelle relative alla conservazione dei rapporti creati. In tale prospettiva si è valutata l'opportunità di fissare un limite alla cessione delle azioni del socio di maggioranza. Tale limite viene ricondotto alla previsione normativa della gara pubblica che non può consentire al nuovo «socio di "scompare"» dalla scena societaria subito dopo la costituzione della società». Tuttavia si è ritenuto opportuno stralciare dal regolamento la sanzione di nullità dei negozi di alienazione delle azioni, aprendo la via alle incertezze interpretative sulle conseguenze della violazione del divieto.

Si può infatti dubitare della possibilità di prevedere, in via regolamentare, l'introduzione nell'atto costitutivo delle future società miste di una

---

conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*: «Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile».

(22) Corte giust. Ce, 26 aprile 1994, causa 272/91, *Commiss. Ce c. Gov. Italia* in *Raccolta*, 1994, I, 1409; G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, 201.

clausola di blocco che esclude atti di cessione delle azioni fino al 31 dicembre del quinto anno dalla data di costituzione delle società<sup>(23)</sup> poiché la legge viene interpretata nel senso di una libertà nella circolazione delle azioni<sup>(24)</sup>.

La consapevolezza di tali possibili obiezioni ha indotto il Consiglio di Stato<sup>(25)</sup> a fondare implicitamente sulla l. 498/92 tale obbligo di conservazione, almeno per un certo periodo di tempo, della posizione di maggioranza del socio privato scelto a seguito di pubblica gara<sup>(26)</sup>. Anche le eventuali cessioni successive, soggette al gradimento degli enti promotori, appaiono di dubbia validità ove non vengano espressamente definiti gli oggettivi elementi di valutazione.

Qualche perplessità può suscitare altresì la scelta di rinviare la definizione della quota da riservare all'azionariato diffuso ad un accordo fra i soci pubblici e privati successivo alla costituzione della società, quando invece se al socio di maggioranza è conferita una partecipazione azionaria superiore al cinquantuno per cento la distribuzione di parte del capitale sociale fra i cittadini-utenti, poteva costituire elemento di valutazione dell'offerta. Né si chiarisce in che modo la quota delle azioni destinata all'azionariato diffuso «resta comunque sul mercato»<sup>(27)</sup>.

Sarà necessario verificare se la partecipazione pubblica alla società costituisca un conveniente canale di controllo e indirizzo della scelte della persona giuridica privata e non una via per attribuire finanziamenti, privilegi e in generale aiuti vietati, per sostenere la società anche quanto il socio maggioritario si sia dimostrato inadeguato. Appare essenziale la chiara definizione delle relazioni finanziarie fra ente promotore e società, con particolare riferimento agli eventuali oneri di servizio pubblico<sup>(28)</sup>.

Forse anche in tal senso il Consiglio di Stato<sup>(29)</sup> invita a fissare nel bando oltre ai contenuti essenziali dello statuto e del futuro contratto di società,

(23) Art. 4 c. III d.p.r. 533/1996, cit.

(24) D.U. SANTOSUOSSO, *Il principio di libera trasferibilità, Eccesso di potere nelle modifiche della circolazione*, Milano, 1993, 325; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1994, vol. I, tomo II, 398 e s.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, Utet, Torino, 1995, F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1991, 195.

(25) Cons. Stato, ad. gen., parere 16 maggio 1996, n. 90, cit.

(26) prevede la possibilità di introdurre un divieto di cessione della partecipazione per un periodo determinato, a pena di risarcimento del danno, l'art. 1, c. III, d. l. 31 maggio 1994, n. 332, *norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*, convertito nella l. 30 luglio 1994, n. 474.

(27) Art. 12, c. I, l. 498/92, cit.

(28) Per una più matura analisi della problematica cfr., Cons. d'Etat, 13 settembre 1995, n. 122646, con nota di C. DEVES, in *AJDA*, 1996, 223; C. MARGUE-J.H. STAHL, *Le cadre juridique des relations financières entre les sociétés d'économie mixte et les collectivités locales*, *Ibid.*, 475.

(29) Cons. Stato, ad. gen., parere 16 maggio 1996, n. 90, cit.

anche l'eventuale «disciplina integrativa concernente i rapporti tra l'ente promotore ed il socio privato di maggioranza»<sup>(30)</sup>, come definizione preventiva e unilaterale di una relazione che non si ritiene sufficientemente garantita dalla partecipazione azionaria minoritaria e dalla nomina di una parte degli amministratori<sup>(31)</sup>. L'indirizzo che l'ente locale vuole imprimere alla società va fissato anticipatamente e deve essere accettato dal socio privato che con la partecipazione alla gara vi aderisce e si impegna a realizzarlo mediante la gestione societaria. Non sembra infatti di facile attuazione la prevista «risoluzione o lo scioglimento del vincolo sociale» per scorretto esercizio del servizio o contrasto con l'interesse pubblico<sup>(32)</sup>.

#### 4. *Compatibilità della disciplina delle società partecipate da enti territoriali con le norme comunitarie.*

Anche per le società miste a prevalente capitale pubblico locale permangono questioni circa i possibili privilegi e riserve di attività sottratte al mercato.

La società maggioritaria pubblica viene infatti ritenuta organismo di diritto pubblico, in quanto dotata di personalità giuridica e costituita «per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale»<sup>(33)</sup>.

Il Consiglio di Stato<sup>(34)</sup> ha affermato la compatibilità fra l'organizzazio-

(30) art. 2 c. II, lett. b, d.p.r. 533/1996, cit.

(31) Cfr., Cass., sez. VI, 30 novembre 1993, in *Giust. pen.*, 1994, II, 708, ove si afferma che gli amministratori di una società per azioni in mano pubblica, nominati dal comune e dalla provincia, non rivestono la qualità di pubblici ufficiali poiché hanno, a norma dell'art. 2458, III comma, c.c. i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea non è quindi ipotizzabile nei loro confronti il reato di abuso d'ufficio.

(32) Art. 5 c. I, d.p.r. 533/1996, cit.

(33) Art. 1 lett. b, direttiva 92/50/CE, recepito dall'art. 2, d. legisl. n. 157/1995, cit.; cfr., da ult. C. Stato, parere, sez. II, 28 febbraio 1996, n. 366, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1428.

(34) C. Stato, sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147, *Commiss. contr. reg. Lombardia c. Soc. Lombardia informatica*, in *Cons. Stato*, 1996, I, 148, in *Giornale dir. amm.*, 1996, 623, con nota di GALLI, GUCCIONE e in *Riv. amm.*, 1996, 699, con nota di BONORA, si tratta di società legata alla regione attraverso la partecipazione azionaria maggioritaria, oltre che dalla nomina di alcuni amministratori e sindaci. Il Consiglio di Stato afferma la legittimità della deliberazione della giunta regionale della Lombardia riguardante l'acquisizione di servizi informativi presso una società per azioni costituita appositamente e di cui la stessa Regione detiene più dell'ottanta per cento del capitale azionario, in quanto consentito dall'art. 11, della l. r. Lombardia 15/81. La deliberazione era stata annullata dalla Commissione di controllo sull'amministrazione regionale perché in violazione delle procedure concorsuali di scelta del contraente regionali e comunitarie in materia di appalti pubblici di servizi.

ne societaria, che, per definizione svolge attività economica, e la soddisfazione di bisogni di interesse generale «aventi carattere non industriale o commerciale»<sup>(35)</sup>. Si nega la rilevanza della forma giuridica societaria<sup>(36)</sup>, senza affrontare la questione dell'assenza dello scopo di lucro ove si preveda il reimpiego degli utili, con esclusione di qualsiasi forma di distribuzione agli azionisti<sup>(37)</sup>.

La qualificazione come organismo di diritto pubblico legittima il mantenimento di un rapporto privilegiato con gli enti promotori che può suscitare dubbi circa la compatibilità della disciplina nazionale con le norme del Trattato Ce. La riserva alle sole società con partecipazione statale italiana maggioritaria della realizzazione di sistemi informatici a favore della p.a. è stata considerata in violazione degli obblighi derivanti dal Trattato<sup>(38)</sup>: il compito di elaborare programmi per la gestione del sistema informativo costituisce attività tecnica che non partecipa all'esercizio di pubblici poteri, perché rientra fra le deroghe alla libera prestazione di servizi<sup>(39)</sup>, con la conseguente condanna del nostro stato per non avere applicato le procedure concorsuali previste per gli appalti di forniture<sup>(40)</sup>.

(35) Cfr. T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 17 novembre 1995, n. 1365 con nota di M.P. CHITI, *La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale*, in *Giornale di dir. amm.*, 1996, 735; L. RIGHI, *Prime note sul decreto di attuazione della direttiva 92/50/Cee in materia di appalti pubblici di servizi*, id., 1995, 875; D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, 357.

(36) Cfr. in tal senso M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, 144, nota 80.

(37) Così: T.a.r. Lombardia, sez. I, 11 gennaio 1995, n. 54, Soc. Lombardia Informatica c. Commiss. contr. reg. Lombardia, in *Foro amm.*, 1995, 1037, ove si richiama l'art. 11, c. IV, n. 5, l. r. Lombardia 15/81. Cfr. altresì, Corte giust. Ce, 16 novembre 1995, causa 244/94, in *Foro it.*, 1996, IV, 67, con nota di L. DI VIA.

(38) Corte giust. Ce, 5 dicembre 1989, causa 3/88, Commiss. Ce c. Gov. Italia in *Foro it.*, 1990, IV, 113. Esclude l'applicazione della direttiva 92/50/CE per i servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita ed al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, C. conti, sez. contr., 29 luglio 1995, n. 105, in *Cons. Stato*, 1995, II, 105; considera inapplicabile la direttiva 92/50/CE, successivamente allo spirare del termine per il recepimento, T.a.r. Piemonte, sez. II, 11 aprile 1995, n. 235, in *Foro amm.* 1995, 1946, *contra* T.a.r. Lazio, sez. II, 435/1995, in *TAR*, 1995, I, 1515, che la considera applicabile in quanto detta criteri di valutazione delle offerte incondizionati e sufficientemente precisi; sulle questioni emerse anteriormente al recepimento cfr. E. PICOZZA, a cura di, *Gli appalti pubblici di servizi*, Rimini, 1994.

(39) Art. 55 e 66 del Trattato Ce: Corte giust. Ce, 5 dicembre 1989, causa 3/88, cit. ove si condanna il nostro Stato per non avere applicato le procedure concorsuali previste per gli appalti di forniture.

(40) Cfr. altresì Corte giust. Ce, 26 aprile 1994, causa 272/91, cit., 1409, sulla concessione del sistema di automazione del gioco del lotto, considerata co-

Anche nel caso in cui l'amministrazione non attribuisca alla società in partecipazione pubblica un diritto esclusivo a fornire determinati servizi, ma imponga unicamente di prestare servizi ai soci<sup>(41)</sup>, la deroga all'acquisizione dei servizi dal mercato trova fondamento, non tanto nel «diverso titolo» giuridico<sup>(42)</sup> (es. qualità di socio), quanto nella definizione della peculiare natura dell'oggetto della prestazione che deve distinguersi da quanto reperibile sul mercato delle imprese<sup>(43)</sup>, come nel caso di un'inscindibile connessione delle prestazioni con l'organizzazione e l'esercizio di funzioni pubbliche.

Non pare risolutivo il riferimento al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 3B del Trattato Ce per sostenere la conformità alle norme comunitarie della disciplina privilegiata di talune società partecipate dagli enti pubblici. Tale principio limita infatti l'intervento della Comunità, fuori delle materie di sua competenza, ai casi in cui sia provato che gli obiettivi di determinate azioni «possono essere realizzate meglio a livello comunitario»<sup>(44)</sup>. La materia degli appalti pubblici è fra quelle di competenza dell'Unione con la conseguenza che la disciplina europea sugli appalti non trova giuridica applicazione solo nei casi in cui sia dalla stessa consentito di operare in deroga.

---

me appalto di forniture soggetto alla disciplina concorsuale; cfr. per la riconduzione degli appalti per la realizzazione di sistemi informatici ad appalti di servizi, C. Stato, commiss. spec., 11 novembre 1991, 354/90, in *Riv. trim. appalti*, 1993, 81, con nota di GALANTI.

(41) Cfr. ad es l'art. 11, c. IV, n. 3, della l. r. Lombardia 15/81.

(42) V. art. 6 della direttiva 92/50/CE che esclude dall'ambito di applicazione della direttiva stessa la prestazione di servizi che trovi fondamento legislativo, regolamentare o comunque diverso dal contratto di appalto, affidati a soggetti che rientrino nella definizione di amministrazione aggiudicatrice, sempreché le disposizioni nazionali «siano compatibili con il trattato», norma a recepita dall'art. 5, c. 2, lett. h), d. legisl. 17 marzo 1995, n. 157, cit., ove si afferma che il decreto non si applica «agli appalti pubblici di servizi aggiudicati a un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 2, in base a un diritto di esclusiva di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, purché queste siano compatibili con il trattato».

(43) Cfr. l'allegato I A della dir. 92/50/CE, recepito dall'allegato 1, d. legisl. 157/95, al n. 7. include fra i servizi a quali si applica integralmente la disciplina concorsuale i «servizi informatici ed affini» e conseguentemente (hardware, software e relativi servizi accessori).

(44) Cfr. F.P. CASAVOLA, *Dal federalismo alla sussidiarietà: le ragioni di un principio*, in *Foro it.*, 1996, V, 176; J. LUTHER, *Il principio di sussidiarietà: un «principio speranza» per il diritto costituzionale europeo*, *ibid.*, 184; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche - Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, *id.*, 1995, 373; SCHWARZE, *The distribution of legislative powers and the principle of subsidiarity: the case of federal states*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1995, 713; L. DI VIA, *L'applicazione del principio di sussidiarietà nel diritto della concorrenza italiano e comunitario*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, 71.