

APP
38927
Amministrativa

Le società a partecipazione pubblica strumentali dopo la cd. “*spending review*” (alla luce della sentenza Corte Cost. n. 229/2013)

di Fabio Francario

Le norme della *spending review* che hanno imposto alle amministrazioni pubbliche di sciogliere o privatizzare le società strumentali hanno superato solo in parte il vaglio della Corte Costituzionale, che ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte in cui include la Regioni tra le amministrazioni destinatarie. Rimangono pertanto aperti i problemi interpretati posti dalla normativa sulla sussistenza o meno dell'obbligo di dismettere o privatizzare le società strumentali, ovvero di poterle conservare ricorrendo all'affidamento in house dei servizi strumentali all'esercizio delle funzioni amministrative. Allo stato le norme consentono entrambe le possibilità, affidando la scelta alla discrezionalità organizzativa dell'amministrazione

Oggetto e limiti dell'indagine

Il provvedimento comunemente noto come “*spending review*” si sostanzia nel d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*), convertito con modificazioni e integrazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 195.

Il provvedimento viene adottato ritenendo necessario ed urgente emanare, nell'ambito dell'azione del Governo volta all'analisi ed alla revisione della spesa pubblica, disposizioni per la razionalizzazione della stessa, attraverso la riduzione delle spese per acquisti di beni e servizi, garantendo al contempo l'invarianza dei servizi ai cittadini, nonché per garantire il contenimento e la stabilizzazione della finanza pubblica, anche attraverso misure volte a garantire la razionalizzazione, l'efficienza e l'economicità dell'organizzazione degli enti e degli apparati pubblici.

A tal fine vengono emanate anche norme che impongono scioglimento e alienazione delle società a partecipazione pubblica, recate dall'art. 4, rubricato come “*Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*”.¹

Per quanto al comma 7 del citato art. 4 venga espressamente richiamata anche la finalità «*di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale*», specie nel testo originario del decreto legge e nei lavori preparatori è chiaro che si tratta di norme dettate prevalentemente al fine di assicurare il contenimento della spesa pubblica e destinate ad incidere profondamente nella materia dell'organizzazione della pubblica amministrazione, per quanto quest'ultima sia una finalità non esplicitamente dichiarata dal legislatore.

L'intento perseguito è chiaramente quello di eliminare i costi superflui attraverso la riduzione della spesa per i consumi intermedi per l'approvvigionamento di beni e servizi, che si presume evidentemente implicita nella riorganizzazione degli apparati pubblici che a ciò provvedono: le società cd. strumentali.

Diversi i problemi interpretativi posti dalla normativa recata dal citato articolo 4, tra i quali si segnalano in particolare quelli connessi alla **definizione dell'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione**, ai quali vengono specificamente dedicate le presenti note nell'intento di chiarire **quali amministrazioni siano tenute a sciogliere o privatizzare le società strumentali dalle stesse costituite e quali società debbano essere sciolte o privatizzate**.

Come si vedrà, i principali problemi interpretativi nascono se si verifica la conformità ai principi costituzionali della delimitazione dell'ambito di applicazione operata sotto il profilo soggettivo (individuazione delle amministrazioni destinatarie dell'obbligo), ovvero se si prova ad allineare la nuova normazione con il disposto dei precedenti interventi normativi al fine di delimitarne l'ambito oggettivo di appli-

¹ Per l'illustrazione dei profili generali dell'intervento si vedano, tra i primi commenti, P. Morigi, *Le società partecipate e la spending review: prime valutazioni*, in *La finanza locale*, 2012, 58 ss.; A. Barberio - C. Bonaccorso, *Note di analisi sulla disciplina per lo scioglimento delle società che gestiscono servizi strumentali* (art. 4 d.l. n. 95/2012), in *Diritto dei servizi pubblici*, 2012; G. Taccogna, *Spendingreview e società finanziarie regionali*, in *Federalismi.it*, 20/2012.

cazione (individuazione delle società strumentali da sciogliere o privatizzare).

Sotto il primo profilo, il problema risulta esser stato già espressamente risolto dalla recente pronuncia della **Corte Costituzionale n. 229 del 16 luglio 2013**²; sotto il secondo profilo occorre preliminarmente ricostruire il quadro normativo previgente nel quale s'iscrive l'art. 4 della *spending review* e valorizzare, in punto d'interpretazione, sia le motivazioni offerte dalla già pronuncia della Corte Costituzionale, che le significative modificazioni ed integrazioni del testo originario introdotte in sede di conversione del decreto legge.

L'ambito di applicazione soggettivo: le amministrazioni pubbliche destinatarie dell'obbligo (di sciogliere o privatizzare le società strumentali)

Nell'individuare le amministrazioni destinatarie dell'obbligo di sciogliere o privatizzare le proprie società strumentali, il richiamo alla ormai collaudata formula delle "amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001" non sarebbe di per sé tale da creare particolari dubbi interpretativi.

Ai sensi del citato comma 2 andrebbero considerate destinatarie della normativa tutte le amministrazioni dello Stato, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale, l'Aran e le Agenzie di cui al d.lgs. n. 300/1999.

Come si è già accennato, però, il problema nasce dal fatto che, per quanto finalità esplicitamente dichiarate del legislatore siano essenzialmente quelle di intervenire per assicurare il contenimento della spesa pubblica o la tutela della concorrenza e del mercato, le norme finiscono in realtà con l'incidere profondamente nella materia dell'organizzazione della pubblica amministrazione.

Diverse Regioni hanno per questo motivo portato la questione all'attenzione della Corte Costituzionale, sostenendo appunto che la dettagliata disciplina recata dal complesso delle disposizioni o anche solo da specifici commi dell'art. 4 impediscono o condizionano la scelta delle Regioni in ordine alla forma giuridica da adottare per organizzare ed erogare i propri servizi, in violazione della competenza legislativa regionale residuale in materia di organizzazione amministrativa regionale e degli enti pubblici regionali ed in materia di servizi pubblici locali; della autonomia regolamentare e delle competenze amministrative degli enti locali; dell'autonomia amministrativa e finanziaria regionale nonché della competenza legislativa regionale concorrente in tema di coordinamento della finanza pubblica, non recando meri principi di coordinamento della finanza pubblica ma disposizioni dettagliate ed autoapplicative.

Tesi opposte dalla difesa statale, assumendo che le disposizioni impugnate sarebbero finalizzate al contenimento ed alla razionalizzazione della spesa pubblica, e costituirebbero pertanto principi di coordinamento in materia di finanza pubblica, si porrebbero in linea di continuità con i precedenti interventi legislativi in materia di società pubbliche, e risponderebbero con ciò all'esigenza di evitare di-

storsioni della concorrenza e del mercato e non sarebbero in ogni caso riconducibili alla materia organizzazione amministrativa ma alla materia ordinamento civile proprio in quanto sarebbero volte a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa.

La Corte si è recentemente pronunciata con la sentenza n. 229 del 16 luglio 2013, accogliendo in parte i ricorsi, ritenendo appunto che i «commi 1, 2, 3, secondo periodo, 3 *sexies*, 8 incidono sulla materia dell'organizzazione e funzionamento della Regione, affidata dall'art. 117, quarto comma, Cost., alla competenza legislativa regionale residuale delle Regioni ad autonomia ordinaria ed alla competenza legislativa regionale primaria delle Regioni ad autonomia speciale dai rispettivi statuti, tenuto conto che esse inibiscono in radice una delle possibili declinazioni dell'autonomia organizzativa regionale».

La Corte ha innanzi tutto escluso che nel caso di specie possa essere valido il richiamo ai principi di coordinamento della finanza pubblica per giustificare la compressione della competenza legislativa regionale.

Sotto questo profilo la Corte precisa che, pur tenendo conto del fatto che l'impugnato art. 4 si inserisce fra le disposizioni recate dal d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 135 del 2012, con le quali il legislatore statale ha inteso «razionalizzare la spesa pubblica attraverso la riduzione delle spese per beni e servizi, garantendo al contempo l'invarianza dei servizi ai cittadini», e che è quindi indiscutibile che la disciplina impugnata obbedisce anche alla finalità del contenimento della spesa pubblica, bisogna pur sempre verificare se le singole disposizioni impuginate dalle Regioni siano effettivamente riconducibili a principi di coordinamento della finanza pubblica.

Al riguardo la Corte ricorda che la giurisprudenza costituzionale ha espressamente riconosciuto che disposizioni statali di principio in tema di coordinamento della finanza pubblica, ove costituzionalmente legittime, possono «incidere su una materia di competenza della Regione e delle Province autonome (sentenze n. 188 del 2007, n. 2 del 2004 e n. 274 del 2003), come l'organizzazione ed il funzionamento dell'amministrazione regionale e provinciale» (sentenza n. 159 del 2008); ma ricorda altresì di aver anche ripetutamente ribadito che è consentito imporre limiti alla spesa di enti pubblici regionali alla duplice condizione: a) di porre obiettivi di riequilibrio della medesima, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente; b) di non prevedere in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi (sentenza n. 289 del 2008); ovvero che può essere imposto alle Regioni un «limite globale, complessivo, al punto che ciascuna Regione deve ritenersi libera di darvi attuazione, nelle varie leggi di spesa, relativamente ai diversi comparti, in modo graduato e differenziato, purché il risultato complessivo sia pari a quello indicato nella legge statale» (sentenza n. 36 del 2013; sentenza n. 211 del 2012).

Ciò precisato, la Corte ha ritenuto che «nella specie, le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, secondo periodo, 3 *sexies* ed 8, delimitano, invece, una disciplina puntuale e dettagliata che vincola totalmente anche le amministrazioni regionali, senza lasciare alcun margine di adeguamento, anche a Regioni e Province autonome, con conseguente lesione dell'autonomia organizzativa della Regione, nonché della competenza regionale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica».

Esclusa la possibilità di giustificare la compressione dell'autonomia legislativa regionale con il richiamo ai principi di coordinamento della finanza pubblica, la Corte ha poi dovuto operare l'esatta qualificazione del-

² Corte Cost. 16 luglio 2013, n. 229, in www.giustamm.it (fasc. n. 7/2013).

la materia, e ne ha escluso la riconducibilità alla tutela della concorrenza o all'ordinamento civile, a favore dell'organizzazione amministrativa.

Secondo la Corte, «le richiamate disposizioni (in specie i commi 1 e 2, ai quali sono strettamente collegati il comma 3, secondo periodo, il comma 3 *sexies*, ed il comma 8) precludono anche alle **Regioni, titolari di competenza legislativa residuale e primaria in materia di organizzazione, costituzionalmente e statutariamente riconosciuta e garantita**, la scelta di una delle possibili modalità di svolgimento dei servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali. Siffatta scelta costituisce un modo di esercizio dell'autonomia organizzativa delle Regioni, e cioè quello di continuare ad avvalersi di quelle società che, svolgendo esclusivamente "attività amministrativa in forma privatistica" nei confronti delle pubbliche amministrazioni, sono in armonia sia con i vincoli "costitutivi" imposti dall'art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007, sia con i limiti di attività delineati dall'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006 e sono, peraltro, contraddistinte da un legame con le medesime, basato sulla sussistenza delle condizioni prescritte dalla giurisprudenza comunitaria del "controllo analogo" e dell'"attività prevalente", tale da configurarle quali «*longa manus* delle amministrazioni pubbliche, operanti per queste ultime e non per il pubblico», come da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa (per tutte, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 4 agosto 2011, n. 17)».

La Corte ha ritenuto in sostanza che in tal modo venga sottratta alle amministrazioni la scelta in ordine alle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali, in quanto il legislatore avrebbe escluso la possibilità che, pur ricorrendo le condizioni prescritte dall'ordinamento dell'Unione europea, le medesime amministrazioni continuino ad avvalersi di società *in house*; poiché di queste ultime s'impone lo scioglimento o la privatizzazione consentendo che le stesse sopravvivano e continuino ad essere titolari di affidamenti diretti (comma 8) solo nelle rare ipotesi nelle quali «per le peculiari caratteristiche economiche e sociali, ambientali e geo-morfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non è possibile un efficace ed utile ricorso al mercato», soggette comunque alla valutazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (comma 3, secondo periodo), o negli ancor più ridotti casi nei quali siano stati predisposti dei piani di razionalizzazione e di ristrutturazione delle medesime società, i quali devono peraltro aver avuto il parere favorevole (vincolante) del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi di cui all'articolo 2 del d.l. n. 52 del 2012 (comma 3 *sexies*).

La normativa è stata pertanto dichiarata incostituzionale, ma, occorre precisare, solo se ed in quanto è stata ritenuta lesiva dell'autonomia organizzativa regionale.

Non fondate sono state infatti espressamente dichiarate le **censure di violazione delle attribuzioni costituzionali e statutarie degli enti locali** parimenti prospettate, con riferimento alle quali la Corte ha sottolineato di avere già affermato che «spetta al legislatore statale [...] disciplinare i profili organizzativi concernenti l'ordinamento degli enti locali (art. 117, secondo comma, lettera p), Cost.)» e che pertanto, «posto che le società controllate sulle quali incide la normativa impugnata svolgono attività strumentali alle finalità istituzionali delle amministrazioni degli enti locali, strettamente connesse con le previsioni contenute nel testo unico degli enti locali, legittimamente su di esse è intervenuto il legislatore statale (sentenza n. 159 del 2008)».

In verità, la differente soluzione data al problema per Regioni, da un lato, ed enti locali, dall'altro, induce in qualche perplessità specie se si considerano attentamente le motivazioni addotte dalla Corte per ritenere incostituzionale la normativa introdotta dall'art. 4 in esame.

Per ricondurre le norme censurate nella materia dell'organizzazione amministrativa (regionale), la Corte ne ha in sostanza escluso la riconducibilità alla materia della disciplina della concorrenza e del mercato, nell'ambito della quale è possibile giustificare una disciplina puntuale delle società pubbliche strumentali che sia finalizzata ad accentuarne i profili di specialità rispetto al regime generale delle società di diritto comune, come già fatto dal legislatore statale negli anni più recenti.

A tal fine la Corte ha ricordato che sulla disciplina restrittiva delle società pubbliche strumentali introdotta dai precedenti interventi del legislatore statale ha già avuto occasione di pronunciarsi, rilevando come sia il divieto per le predette società strumentali di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, in affidamento diretto o con gara, e di partecipare ad altre società o enti (art. 13 del d.l. n. 223 del 2006), sia il divieto per le pubbliche amministrazioni di costituire società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi, non strettamente necessari al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e di assumere e mantenere le partecipazioni in tali società (art. 3, comma 27, della l. n. 244 del 2007), «mirano, da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall'altro, ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione» (sentenza n. 148 del 2009). Sottolineando, con ciò, che i precedenti interventi normativi si giustificano in quanto diretti ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza (sentenza n. 326 del 2008); ovvero che in tali previsioni restrittive si è ravvisata la finalità di assicurare che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni non approfittino del vantaggio che ad esse deriva dal particolare rapporto con le predette pubbliche amministrazioni operando sul mercato, al fine di evitare distorsioni della concorrenza, ma concentrino il proprio operato esclusivamente nell'"attività amministrativa svolta in forma privatistica" per le medesime amministrazioni pubbliche.

E ciò in linea con la normativa dell'Unione europea, il cui primario obiettivo è quello di evitare che l'impresa pubblica goda di regimi privilegiati e di assicurare - ai fini dell'ammissibilità degli affidamenti diretti di servizi a società pubbliche - che l'ente affidante eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e che l'affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente controllante³.

Ciò premesso, la Corte ha ritenuto che la disciplina dettata dai commi 1 e 2 dell'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012, «lunghi dal perseguire l'obiettivo di garantire che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni concentrino il proprio operato esclusivamente nell'"attività amministrativa svolta in forma privatisti-

³ Per tutte v. sentenza Corte di giustizia, sez. V, 18 novembre 1999, n. C-107/98, *Teckal c. Comune di Viano*.

ca" per le predette amministrazioni pubbliche e non operino sul mercato «beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione» (sentenza n. 326 del 2008), colpisce proprio le società pubbliche che hanno realizzato tale obiettivo. Essa, infatti, impone a tutte le amministrazioni, quindi anche a quelle regionali, di sciogliere o privatizzare proprio le società pubbliche strumentali che, nell'anno 2011, abbiano conseguito più del 90 per cento del proprio fatturato da prestazioni di servizi alla pubblica amministrazione controllante (comma 1), sanzionandole, in caso di mancato adeguamento agli obblighi di scioglimento o privatizzazione, con il divieto del rinnovo di affidamenti in essere e di nuovi affidamenti diretti in favore delle predette società (comma 2, cui si congiunge il comma 8)».

In sostanza, la Corte parrebbe ritenere che l'intervento del legislatore statale si giustifichi se ed in quanto la creazione di un regime speciale rispetto al regime generale delle società di diritto comune sia funzionale all'esigenza di assicurare il rispetto delle regole della concorrenza sul mercato, e che nel caso di specie non solo non si ravviserebbe tale fondamento giustificativo, ma la disciplina dettata dall'art. 4 si porrebbe addirittura in contrasto con il suddetto già consolidato orientamento.

Se tali però sono le ragioni di fondo che inducono la Corte ad escludere la ragionevolezza delle norme adesso recate dall'art. 4 della *spending review*, non dovrebbe esservi motivo per limitare la dichiarazione d'incostituzionalità alle sole norme incidenti sull'organizzazione regionale, e non anche degli enti locali. Anche in tal caso, infatti, la creazione di un regime speciale delle società pubbliche da parte del legislatore statale, per potersi giustificare, deve pur sempre risultare finalizzato ad assicurare la tutela della concorrenza e del mercato.

Fatto sta che, allo stato, le norme che impongono alle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 l'obbligo di privatizzare o sciogliere le proprie società strumentali non sono completamente espunte dal sistema, sì che rimane comunque aperto il problema di chiarirne l'ambito di applicazione oggettivo con riferimento alle amministrazioni diverse dalle Regioni.

L'ambito di applicazione oggettivo: le società pubbliche oggetto dell'obbligo di scioglimento o privatizzazione

Se le norme recate dall'art. 4 della *spending review* non sono state espunte dall'ordinamento, in quanto dichiarate incostituzionali solo nella misura in cui annoverano anche le Regioni tra le amministrazioni pubbliche destinatarie dell'obbligo di sciogliere o privatizzare le proprie società strumentali, rimane dunque aperto il problema d'individuare esattamente quali siano le società oggetto dell'obbligo di scioglimento o dismissione. A tal fine, il comma 1 dell'art. 4 indica tre elementi per la individuazione della fattispecie. Deve trattarsi di società: controllate direttamente o indirettamente dall'amministrazione pubblica; che devono svolgere attività di prestazione di servizi in favore della pubblica amministrazione; che devono aver conseguito nell'anno 2011 un fatturato per tali prestazioni superiore al 90% dell'intero fatturato.

Il rinvio obbligato alla **nozione di controllo** desumibile dall'art. 2359 del codice civile consente di escludere

dall'ambito di applicazione le società con partecipazione pubblica meramente minoritaria⁴.

Il concetto di "**prestazione di servizi in favore della pubblica amministrazione**" non pone particolari problemi interpretativi, ma richiede tuttavia un chiarimento per evitare che venga confuso con quello di prestazione di servizi pubblici. L'art. 4 prevede infatti espressamente l'eccezione per le «società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica», formulazione tecnicamente più corretta di quella contenuta nel testo dell'originario decreto legge nel quale si faceva riferimento alle «società che erogano servizi in favore dei ni»⁵, che vale ad escludere dall'ambito di applicazione le società che erogano servizi pubblici direttamente alla collettività e/o agli utenti.

Nel concetto di prestazione di servizi in favore della pubblica amministrazione sono pertanto pacificamente riconducibili, per fare degli esempi, le ipotesi di produzione dei servizi di riscaldamento e climatizzazione, di pulizie, di manutenzioni edili ed impiantistiche o di fornitura e gestione di servizi e sistemi informatici. La precisazione si rende comunque opportuna anche perché la questione di costituzionalità è stata portata all'attenzione della Corte anche sotto tale profilo, proprio muovendo dall'erroneo presupposto interpretativo dell'applicabilità delle norme *de quibus* ai servizi pubblici locali. Al riguardo la Corte ha precisato, sempre nella citata sentenza n. 229 del 2013, che «tale presupposto non solo è contraddetto espressamente dal citato comma 3, ma viene anche smentito da una lettura sistematica delle disposizioni dell'art. 4, le quali più volte fanno riferimento a società controllate che svolgono servizi in favore delle pubbliche amministrazioni (già nel comma

⁴ Sulla nozione di controllo indiretto v. Ad. Plen. 4 agosto 2011, n. 17 e T.A.R. Lombardia, Brescia, 21 febbraio 2013, n. 196.

⁵ Si può osservare che in entrambe le formulazioni il concetto di servizio pubblico non viene comunque identificato con riferimento al carattere industriale dell'attività o al carattere divisibile dell'erogazione, ma s'incentra sull'elemento finalistico della prestazione, rivolta alla collettività, e della necessità della medesima, comprendendo così tanto i servizi a rilevanza economica quanto quelli cd. sociali. Sulla nozione attuale di servizio pubblico per tutti v. D. Sorace, *Il diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2012, 158 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 364 ss.; in giurisprudenza tra le più recenti v. Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2013, n. 911: «... la giurisprudenza della Sezione ha già avuto modo di precisare che "La nozione di servizio pubblico prescelta dal legislatore, quella oggettiva, si fonda su due elementi: 1) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; 2) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico - professionale e qualità (sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6574). Ne consegue che, fermi gli elementi essenziali sopra menzionati, la configurazione del servizio pubblico è compatibile con diversi schemi giuridici - appalto o concessione - e con differenti modalità di remunerazione della prestazione. A nulla quindi rileva che oggetto dell'affidamento fosse soltanto la raccolta dei rifiuti e non l'intero servizio dell'igiene ambientale, così come non rileva che il gestore fosse remunerato dal soggetto aggiudicatore: quel che conta, infatti, è che l'attività del gestore fosse diretta ad una platea indifferenziata di utenti e che esso fosse destinatario di obblighi funzionali alla destinazione al pubblico dell'attività dovuta (cfr. sentenza n. 1651 del 22 marzo 2010). Ciò posto, nel caso di specie risulta palese come le prestazioni oggetto della gara rientrino a pieno titolo nel novero dei servizi pubblici locali, definiti dall'art. 112 del D.Lgs. n. 267/2000 come i servizi che "abbiano per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". E ciò, in quanto dette prestazioni le quali sono svolte direttamente a favore della cittadinanza e, quindi, da essa immediatamente "percepibili", rientrano a pieno titolo tra quelle ricomprese nel ciclo integrato dei rifiuti per i territori comunali».

1), che sono strumentali all'attività delle medesime (ad esempio, al comma 7)»⁶.

Difficoltà interpretative sono invece create dal terzo elemento, che richiede la **sussistenza di un fatturato da prestazione di servizi in favore della pubblica amministrazione superiore al 90 per cento dell'intero fatturato conseguito nell'anno 2011**. Per quanto il legislatore si preoccupi d'indicare in tal modo un criterio d'individuazione che sembrerebbe lasciare poco spazio all'interprete, ancorando la fattispecie al dato oggettivo del fatturato conseguito nel 2011, in realtà si è in presenza di una disposizione che crea notevoli problemi soprattutto sul piano dell'interpretazione sistematica.

Se solo si prova a riallineare la disposizione ai precedenti interventi con i quali il legislatore statale è intervenuto sul binomio spesa pubblica - società strumentali si vede subito come l'armonizzazione risulti difficoltosa se non impossibile, come messo peraltro già in evidenza sempre dalla ricordata pronuncia Corte Cost. n. 229/2013.

Come già detto, la *spending review* non è il primo provvedimento normativo con il quale il legislatore statale interviene sulla relazione spesa pubblica - società strumentali⁷. Almeno tre sono i precedenti immediati.

Il primo è il cd. "**decreto Bersani**" (d.l. 4 luglio 2006, n. 223), il quale all'art. 13 detta "Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza"⁸ disponendo come segue: «(comma 1): Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. (Comma 2): Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1. (Comma 3): Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni,

le società di cui al comma 1 cessano entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma. (Comma 4): I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data».

Le norme recate dal sopra riportato art. 13 sono dichiaratamente finalizzate a proteggere il mercato e la concorrenza, ma altrettanto dichiarato è il convincimento che alla riorganizzazione degli apparati pubblici regionali e locali si accompagni la riduzione della spesa pubblica. Differentemente dal disposto dell'art. 4 della *spending review*, le norme introdotte dall'art. 13 del decreto Bersani sono però indirizzate direttamente nei confronti delle società strumentali, a partecipazione totalitaria o miste, e non degli enti costituenti; e, quanto ai contenuti, il decreto Bersani non ne impone la privatizzazione o lo scioglimento, né la cessazione in assoluto della prestazione di attività strumentali, ma ne limita soltanto la capacità: alle società pubbliche strumentali è vietato competere sul mercato ed è consentito di operare solo con l'ente costituente (cd. oggetto sociale esclusivo).

Non viene pertanto vietata la prestazione in sé di attività strumentali a beneficio dell'ente pubblico di riferimento, ma solo la loro prestazione a soggetti terzi, diversi dall'ente costituente. Nel già ricordato convincimento che la misura, immediatamente finalizzata ad assicurare la tutela della concorrenza e del mercato evitando che le società pubbliche entrino in competizione sfruttando rendite di posizioni che derivino dalla natura pubblicistica, finisca poi con il comportare anche una riduzione della spesa per il mantenimento dei relativi apparati pubblici⁹. Da sottolineare ancora che l'art. 13 individua specificamente il concetto di prestazione strumentale, distinguendolo sia da quello di funzione amministrativa esternalizzata che da quello di servizio pubblico.

Successivamente alle norme recate dall'art. 13 del decreto Bersani, vanno poi ricordate quelle recate dal comma 27 dell'art. 3 della **legge finanziaria 2008** (l. 24 dicembre 2007, n. 244), che prevedono che «Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza».

Anche in tal caso la normativa nasce espressamente finalizzata per assicurare la tutela della concorrenza e del mercato¹⁰ e precisa che in ogni caso le limitazioni introdott-

⁶ La Corte ha pertanto ritenute non fondate le questioni (proposte lamentando che l'art. 4 avrebbe riproposto una disciplina *ad hoc* per le società che esercitano servizi pubblici locali in contrasto con l'esito referendario e con pronunce già rese dalla Corte) osservando appunto «che le disposizioni censurate hanno un ambito di applicazione diverso da quello delle disposizioni oggetto del *referendum* abrogativo del 12 - 13 giugno 2011 e della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 199 del 2012 e dunque non sono riprodotte né delle disposizioni abrogate con il *referendum*, né delle disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime con la citata sentenza n. 199 del 2012».

⁷ Per un quadro generale v. M.G. Vivarelli, *Le società pubbliche: le criticità del sistema con particolare riguardo alla necessità di contenimento della spesa pubblica*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 83 ss.

⁸ Cfr. M. Lipari, *Le società pubbliche nell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in *Corr. merito*, 2007, 111 ss.; A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del decreto Bersani ed art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, in *Urb. App.*, 2009, 741 ss.; L. Lombardi, *Società pubbliche e tutela della concorrenza*, *ivi*, 2009, 940 ss.; R. Ursi, *La Corte Costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 11 ss.; G. Caia, *Norme per la riduzione del costo degli apparati regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *www.giustamm.it*, 10/2007.

⁹ Cfr. Corte Cost. 1 agosto 2008, n. 326.

¹⁰ Cfr. Corte Cost. 8 maggio 2009, n. 148.

te non riguardano le società che siano volte a produrre servizi d'interesse generale. La legge finanziaria sembra quasi limitarsi a ribadire la vigenza del limite alla costituzione di società che abbiano per oggetto la produzione di beni e servizi già introdotte dall'art. 13 del decreto Bersani, ma aggiunge la significativa precisazione che le società strumentali possono continuare ad operare solo se «strettamente necessarie» per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente costituente.

Il terzo intervento risale alla **legge di stabilità** (d.l. 31 maggio 2010, n. 78), la quale al comma 32 dell'art. 14 introduce l'obbligo di liquidazione o privatizzazione delle società partecipate da parte dei comuni minori, vincolando in tal senso la scelta amministrativa: «Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 30 settembre 2013 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite: abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 30 settembre 2012 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite».

Per completare il quadro normativo preesistente all'entrata in vigore della *spending review*, occorre ancora considerare anche il disposto dell'art. 34 del d.l. n. 179/2012 (*Misure urgenti per le attività produttive*), che riassume la **disciplina vigente in materia di affidamenti in house**.

Tale articolo al comma 13 dispone che «Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste». Anche se dettata con specifico riferimento ai servizi pubblici, la disposizione assume specifica rilevanza poiché sottolinea che il legislatore ha ormai eliminato i limiti in precedenza posti all'affidamento *in house*, rinviando direttamente ai principi comunitari; principi che a loro volta si riassumono nei principi della partecipazione pubblica totalitaria, del controllo analogo e della destinazione prevalente (dell'attività svolta a favore dell'ente affidante)¹¹.

¹¹ Al riguardo v. C. Volpe, *La nuova normativa sui servizi pubblici locali a rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro. Ma è vera resurrezione?"*, in www.giustamm.it. Per la ricostruzione delle alterne vicende normative che hanno preceduto

I **principi fondamentali** desumibili dal quadro normativo sul quale interviene la *spending review* e che rappresentano un punto di riferimento obbligato per l'interprete possono pertanto riassumersi nei seguenti: **le società strumentali possono esistere ed operare, purché fuori dal mercato concorrenziale; le società strumentali possono ricevere affidamenti in house, purché nel rispetto dei principi comunitari della partecipazione pubblica totalitaria e della destinazione prevalente dell'attività, oltre che del controllo analogo; le società strumentali possono fornire solo prestazioni strettamente strumentali allo svolgimento delle funzioni essenziali dell'amministrazione costituente; solo i comuni minori sono obbligati a liquidare o privatizzare le società partecipate, strumentali e non.**

In questo contesto s'inscrivono le norme recate dall'art. 4 della *spending review*, che, con riferimento alle società strumentali che producano beni o servizi esclusivamente o prevalentemente per l'amministrazione costituente (più del 90% del fatturato misurato nell'anno 2011), prevedono che si proceda alternativamente allo scioglimento ovvero all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute (con contestuale assegnazione in tal caso del servizio per cinque anni) e che a decorrere dal 1° luglio 2014¹² i beni e servizi strumentali alla propria attività vengano acquisiti mediante le procedure concorrenziali previste dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; disponendo altresì che, qualora l'amministrazione non proceda nei sensi anzidetti, a decorrere sempre dal 1° luglio 2014¹³ le predette società non possono più ricevere affidamenti diretti di servizi, né possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari.

Orbene, se si focalizza l'attenzione sulla individuazione delle società oggetto dell'obbligo di privatizzazione o scioglimento, come già sottolineato dalla stessa Corte Costituzionale nella pronuncia già resa con riferimento all'art. 4 in oggetto, le disposizioni da questo recate non solo non si armonizzano con i principi che compongono il quadro normativo previgente, ma risultano antinomiche. Come ricordato dalla Corte, nel momento in cui la disciplina recata dall'art. 4 impone alle amministrazioni di sciogliere o privatizzare proprio le società pubbliche strumentali che, nell'anno 2011, abbiano conseguito più del 90 per cento del proprio fatturato da prestazioni di servizi alla pubblica amministrazione controllante (comma 1), sanzionandole, in caso di mancato adeguamento agli obblighi di scioglimento o privatizzazione, con il divieto del rinnovo di affidamenti in essere e di nuovi affidamenti diretti in favore delle predette società (comma 2, cui si congiunge il comma 8), tale disciplina «lunghi dal perseguire l'obiettivo di garantire che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni concentrino il proprio operato esclusivamente nell'attività amministrativa svolta in forma privatistica» per le predette amministrazioni pubbliche e non operino sul mercato «beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione» (sentenza n. 326 del 2008), colpisce proprio le società pubbliche che hanno realizzato tale obiettivo».

l'emanazione dell'art. 34 del d.l. n. 178/2012 v. G. Cocimano, *L'illegittimità costituzionale dei limiti all'in house nei servizi pubblici locali*, in *Urb. App.*, 11/2012, 1139 ss.; D. De Blasi, *I servizi pubblici locali tra riforma e riedizione di vecchi modelli*, in *Corr. merito*, 3/2011, 5 ss.

¹² Termine così modificato dall'art. 49 del d.l. 69/2013, conv. in l. n. 98/2012 (cd. decreto del fare), originariamente fissato al 1 gennaio 2014.

¹³ V. *sub nota* precedente.

Società siffatte possono dunque esistere ed operare secondo il decreto Bersani (anzi possono esistere solo se hanno oggetto esclusivo e producono servizi esclusivamente per l'amministrazione di riferimento); vanno invece sciolte o privatizzate, stando alla *spending review*, se producono servizi esclusivamente per l'amministrazione. Per di più, l'art. 4 sembra riproporre l'antinomia anche al suo interno, poiché il comma 1 in pratica non consente il mantenimento di società costituite esclusivamente per procurare beni e servizi all'amministrazione di riferimento; laddove il comma 8 consente che il servizio possa essere affidato alla società strumentale se ciò avvenga nel rispetto dei principi per l'affidamento *in house*¹⁴.

Come si è detto, la norma però non è stata espunta dall'ordinamento; così come la norma Bersani non risulta in alcun modo caduca né può ritenersi tacitamente abrogata, come conferma la lettura della motivazione della stessa sentenza della Corte Cost. n. 229/2013. La pronuncia della Corte ha pertanto lasciato irrisolto, se non acuito, il problema interpretativo posto dalla necessità di chiarire se e quali società debbano essere sciolte o privatizzate, ovvero possano continuare ad operare ricevendo affidamenti *in house* da parte dell'amministrazione costituente.

Una possibile ricostruzione interpretativa: dall'obbligo assoluto ed incondizionato alla previa valutazione discrezionale dell'amministrazione

Si è in precedenza chiarito che le società da assoggettare a liquidazione o privatizzazione secondo l'art. 4 della *spending review* sono solo quelle che erogano prestazioni strumentali all'esercizio di funzioni amministrative (e non servizi pubblici) e sono individuate non per l'oggetto sociale, bensì per il dato oggettivo del fatturato («che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% dell'intero fatturato»); così come si è chiarito che, in base alle norme del decreto Bersani e della legge finanziaria 2008, società strumentali siffatte ben possono operare (anzi possono operare solo esclusivamente) con le amministrazioni costituenti. Una società strumentale che abbia fatturato il 100% o più del 90% delle proprie prestazioni all'amministrazione costituente, può dunque continuare ad operare secondo l'art. 13 del decreto Bersani (seppure con una limitata capacità giuridica che non ne consente la presenza anche sul mercato concorrenziale); va invece sciolta o privatizzata secondo l'art. 4 della *spending review* (che peraltro sembra al tempo stesso consentire (comma 8) e vietare (comma 1) l'affidamento *in house* di servizi strumentali).

¹⁴ Con riferimento al comma 8 andrebbe tuttavia considerato che la disposizione in realtà nasce in origine proprio per limitare la possibilità di affidamento *in house* ai soli casi in cui «il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui» e che tali parole sono state successivamente soppresse dall'art. 4 c. 27 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (cd. decreto cresci - Italia), lasciando così in piedi la disposizione che vuole che «a decorrere dal 1 gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*». Al riguardo alcune Sezioni regionali della Corte dei Conti (Sez. Contr. Liguria 17 giugno 2013, n. 53; Sez. Contr. Campania 9 maggio 2013, n. 188) suggeriscono comunque di leggere il rapporto tra comma 1 e comma 8 in termini di norma generale ed eccezionale, sottraendo così le società *in house* all'obbligo di privatizzazione o scioglimento

L'antinomia appare allo stato irrisolvibile, alla luce del tenore della pronuncia della Corte Cost. n. 228/2013 che ha di fatto "bloccato" l'interpretazione delle due distinte normative, nel senso della piena vigenza e costituzionalità dell'art. 13 per qualsiasi società strumentale pubblica, così come dell'art. 4 per le amministrazioni pubbliche diverse dalle Regioni.

Il contrasto rimarrebbe irrisolvibile se il legislatore fosse rimasto fermo al disegno originario della *spending review*, ma è possibile tenere oggi in adeguata considerazione le significative integrazioni introdotte in sede di conversione del decreto legge per spiegare secondo ragionevolezza un disposto altrimenti antinomico. Laddove **il disegno originario del decreto legge è oltremodo chiaro nel configurare un obbligo assoluto ed incondizionato di scioglimento o privatizzazione** al ricorrere del presupposto oggettivo del fatturato conseguito nel 2011 (se superiore al 90% le società strumentali non strettamente necessarie vanno sciolte o privatizzate; i beni e servizi strumentali occorrenti alle pubbliche amministrazioni per l'esercizio delle funzioni istituzionali vanno acquisiti sul mercato; il ricorso alla produzione cd. "*in house*" di tali beni e servizi rimane possibile solo per importi pari o inferiori ai 200.000 euro), **le modifiche introdotte in sede di conversione introducono un considerevole margine di apprezzamento discrezionale** da parte dell'amministrazione interessata, tale da poter escludere il carattere assoluto ed incondizionato dell'obbligo.

Laddove il testo dell'originario decreto legge al comma terzo dell'art. 4 indicava analiticamente le possibili eccezioni enumerando, in maniera tassativa, una serie di ipotesi particolari, in sede di conversione l'elencazione viene infatti integrata introducendo due ipotesi generali.

La prima è apportata con l'aggiunta di un secondo capoverso al comma 3, che dispone che «Le medesime disposizioni non si applicano qualora, per le peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un'efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso, l'amministrazione, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1, predispone un'analisi del mercato e trasmette una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione. Il **parere dell'Autorità** è comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri».

La seconda con l'introduzione del comma 3 *sexies*, il quale dispone che «Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 possono predisporre appositi **piani di ristrutturazione e razionalizzazione delle società controllate**. Detti piani sono approvati previo parere favorevole del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi di cui all'articolo 2 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, conv., con modif., dalla l. 6 luglio 2012, n. 94, e prevedono l'individuazione delle attività connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative di cui all'articolo 118 della Costituzione, che possono essere riorganizzate e accorpate attraverso società che rispondono ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di *houseproviding*. I termini di cui al comma 1 sono prorogati per il tempo strettamente necessario per l'attuazione del piano di ristrutturazione e razionalizzazione con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, adottato su propo-

sta del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi».

Tali clausole generali hanno l'effetto di introdurre margini di apprezzamento discrezionale in ordine allo scioglimento o alla alienazione nonostante il ricorrere dei presupposti indicati dal primo comma. La società strumentale può cioè rientrare nell'ambito oggettivo di applicazione del comma 1 perché eroga all'ente prestazioni per oltre il 90% del proprio fatturato ed andrebbe quindi sciolta o privatizzata, ma la decisione dell'ente non è vincolata in tal senso, sussistendo il potere discrezionale di valutare se lo scioglimento o la privatizzazione siano antieconomiche. Valutazione che può essere effettuata a monte, nell'ambito di un apposito piano di ristrutturazione e razionalizzazione delle società controllate che individui quelle strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (per recuperare la più appropriata formula adoperata dal legislatore statale nella legge finanziaria 2008); ovvero a valle, ove sia mancato il suddetto momento pianificatorio, qualora si ritenga che le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non rendano possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato.

Allo stato, dunque, **la scelta tra lo sciogliere, privatizzare o affidare *in house* un servizio o la fornitura di beni ad una società strumentale non è necessariamente vincolata dalle norme, che di per sé lasciano aperte tutte e tre le possibilità, ma è rimessa alla discrezionalità organizzativa dell'amministrazione.** Dipende cioè in ultima analisi da una valutazione discrezionale che, previo parere del Commissario, può essere effettuata in sede di piano di ristrutturazione e razionalizzazione delle partecipazioni ex comma 3 *sexies* (che può prevedere «l'individuazione delle attività connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative di cui all'articolo 118 della Costituzione, che possono essere riorganizzate e accorpate attraverso società che rispondono ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di *in house providing*») o, previo parere AGICOM, ai sensi del secondo cpv. del comma 3 («le disposizioni non si applicano qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato»).

L'adeguata considerazione della discrezionalità in tal modo riconosciuta all'amministrazione destinataria dell'art. 4 può dunque consentire di eliminare l'antinomia: l'amministrazione può continuare ad avvalersi di società strumentali che operino esclusivamente per essa per l'approvvigionamento di beni e servizi necessari per l'esercizio delle proprie funzioni istituzionali a condizione che la conservazione della società sia prevista come necessaria in sede di pianificazione o anche con riferimento solo alla specificità del caso concreto. Solo nel caso in cui tale potere non venga esercitato potrà conseguentemente scattare la sanzione della nullità del perdurante affidamento imposta dal carattere imperativo delle norme recate dall'art. 4 della *spending review*.