

## CAPITOLO I

# IL DIRITTO AMMINISTRATIVO E IL SUO SOGGETTO: L'AMMINISTRAZIONE

## Sezione I NOZIONI GENERALI

## SOMMARIO

1. Nozione di diritto amministrativo. 2. La Pubblica Amministrazione. 3. La privatizzazione. 4. Le società pubbliche. 5. L'influenza del diritto comunitario. 6. L'esercizio privato di pubbliche funzioni. FOCUS GIURISPRUDENZIALE. – DOMANDE DI APPROFONDIMENTO.

### 1. Nozione di diritto amministrativo

#### Diritto Amministrativo

Il diritto amministrativo è una disciplina giuridica rientrante nella macroarea del c.d. diritto pubblico, il cui oggetto concerne la struttura, i mezzi, le finalità e l'azione relativi a particolari soggetti – le Pubbliche Amministrazioni – preposti dall'ordinamento al perseguimento di interessi pubblici, cioè **fini di interesse generale**, in ragione di ciò sottoposti ad un particolare regime normativo che li distingue dai soggetti di diritto comune.

#### Amministrazione

Tale branca del sapere giuridico è correlata al concetto di "amministrazione", locuzione, quest'ultima, necessariamente **polisemica**, potendo e dovendo essere riferita tanto all'"amministrazione" in senso oggettivo, quanto all'"Amministrazione" in senso soggettivo.

Sotto il primo profilo, vengono in esame la c.d. **attività amministrativa** e tutti gli elementi che ne costituiscono, da un lato, i presupposti teleologici e, dall'altro, gli strumenti messi a disposizione dell'ordinamento per il raggiungimento delle finalità cui essa è orientata.

Le Amministrazioni in senso soggettivo, infatti, sono preposte al **perseguimento di interessi generali**, cioè fini comuni a una collettività più o meno ampia di soggetti.

La scelta di tali fini, invece, è questione che esorbita dall'ambito di studio del diritto amministrativo in senso stretto, perché attiene alla funzione politico-legislativa di governo e, quindi, ne costituisce un necessario presupposto.

Il *proprium* del diritto amministrativo, sotto il profilo oggettivo, è, invece, la **cura in concreto di tali fini**, previamente definiti dal potere legislativo, cioè il loro effettivo perseguimento attraverso i poteri e gli strumenti previsti dall'ordinamento.

**Esercizio di potere** Si tratta, cioè, della funzione pubblica assolta attraverso l'esercizio di un potere in quanto, e nei limiti in cui, esso è attribuito dall'ordinamento ad un determinato soggetto.

L'ambito di studio precipuo del diritto amministrativo, quindi, è rappresentato dall'esercizio del c.d. **potere esecutivo**, nelle variegate forme disciplinate dall'ordinamento giuridico, in quanto potere funzionalizzato alla cura in concreto degli interessi pubblici.

D'altronde, l'ordinamento italiano, già a livello costituzionale, individua una specifica articolazione della funzione giurisdizionale a tutela di coloro che, a vario titolo, vengono ad essere coinvolti dall'attività amministrativa, e, quindi, entrano in "rapporto" con l'Amministrazione: sono ricompresi, pertanto, nello studio del diritto amministrativo anche la disciplina relativa all'organizzazione giudiziale e giustiziale, e tutte le problematiche concernenti il **riparto del potere** giurisdizionale tra giudice amministrativo, giudice ordinario e altri giudici speciali.

## 2. La Pubblica Amministrazione

**Definizione non unitaria**

Non esiste una definizione onnicomprensiva di Pubblica Amministrazione, perché tale locuzione fa riferimento ad un concetto non univoco, il relativo significato variando al variare delle materie e dei settori di studio, a seconda delle finalità che l'ordinamento (interno, ma anche sovranazionale) intende di volta in volta perseguire.

**Pluralismo P.A.**

L'ordinamento italiano, in particolare, già a livello costituzionale (es., artt. 2, 5, 95, 97, 114 e 118 Cost.) riconosce il principio del pluralismo della P.A., in virtù del quale la cura in concreto di interessi pubblici non è demandata esclusivamente allo Stato, ma è ripartita, in vario modo, coinvolgendo altri **oggetti dotati di capacità giuridica privata e pubblica**, comprendendo figure particolari come i privati chiamati a svolgere pubbliche funzioni e le autorità indipendenti.

A complicare il tentativo di ridurre ad unità il concetto in esame non solo si pone la varietà di ambiti di riferimento cui il legislatore correla un concetto non sempre identico di Pubblica Amministrazione e di Ente pubblico, ma si aggiunge, da un lato, l'introduzione e lo sviluppo di **figure pubbliche dai connotati particolari** quali, ad es., le citate Autorità Amministrative indipendenti, dall'altro lato, l'influenza del diritto eurounitario, che ha concorso nel rendere sempre più "elastico" e "relativo" il concetto di ente pubblico e di Amministrazione.

Mancando, quindi, una definizione di carattere generale, valevole per tutti i settori dell'ordinamento (che non si rinviene nem-

<b>Criteri identificativi</b>	<p>meno nella c.d. legge “fondamentale” amministrativa, la l. n. 241 del 1990), in dottrina e giurisprudenza si è tentato di superare la lacuna, elaborando dei criteri identificativi idonei.</p> <p>Al riguardo, vi sono certamente due aspetti essenziali che non possono mancare.</p>
<b>Finalità soddisfazione interessi pubblici</b>	<p>In primo luogo, un ente può definirsi “pubblico” quando la sua costituzione o, quantomeno, il suo agire viene specificamente determinato o conformato dal legislatore per la soddisfazione di interessi pubblici. Anche un <b>soggetto privato</b>, in tal senso, come si dirà, può assumere una veste “<b>pubblica</b>” tutte le volte in cui il legislatore ne conforma lo statuto giuridico per il raggiungimento di determinati fini pubblici o per la tutela o soddisfazione di interessi generali.</p>
<b>Previsione legislativa</b>	<p>Il secondo luogo, occorre che la costituzione dell’Ente o la “conformazione” pubblicistica del soggetto interessato siano stabilite dalla legge. <b>L’art. 97 Cost.</b> prevede, infatti, che i pubblici uffici siano organizzati secondo disposizioni di legge: conformemente, l’art. 4, l. 20 marzo 1975, n. 70 (c.d. legge del parastato), stabilisce che «nessun, nuovo ente pubblico può essere costituito o riconosciuto se non per legge».</p> <p>Si ritiene d’altronde che l’art. 97 Cost. individui un’ipotesi di <b>riserva di legge c.d. relativa</b>, sicché la necessaria copertura legislativa riguarda essenzialmente l’istituzione dell’ente, nonché l’individuazione delle attribuzioni e degli organi fondamentali dello stesso.</p> <p>Fermo quanto precede, al fine di comprendere se un determinato Ente previsto e disciplinato dalla legge sia qualificabile quale “Ente pubblico”, non si ritiene sufficiente l’eventuale indicazione espressa, contenuta nella legge medesima, della natura pubblica dello stesso, così come non si ritiene parimenti sufficiente che esso persegua un fine di interesse generale: infatti, anche a soggetti aventi natura “privata” (la cui costituzione e gestione sono rette da norme privatistiche senza interferenze o forme di dipendenza da parte di altre Amministrazioni o enti pubblici, e le cui risorse economiche non derivano da questi ultimi), possono essere attribuite funzioni e quindi finalità pubblicistiche.</p>
<b>Altri criteri</b>	<p>Al fine di accertare la natura pubblica di un Ente previsto e disciplinato dalla legge, si suole valorizzare la sussistenza di una serie di parametri o presupposti quali, ad esempio, l’ingerenza dello Stato o altro Ente pubblico territoriale nella <b>nomina e revoca</b> dei relativi <b>dirigenti e organi di amministrazione</b>, nonché l’eventuale sussistenza di un <b>potere di direttiva</b> da parte di altri enti pubblici; la presenza di un <b>finanziamento pubblico</b> o comunque la partecipazione di altri enti pubblici al <b>sostenimento delle spese di gestione</b>; l’assoggettamento dell’Ente in questione ad un <b>sistema di controlli pubblici</b>, sulla gestione o anche sull’attività dello stesso.</p>

L'esercizio di **potere pubblico** per mezzo di provvedimenti e atti amministrativi autoritativi, quale manifestazione della funzione pubblica attribuita ad un determinato soggetto e lo **svolgimento di attività e servizi di natura pubblica**, infatti, non sono necessario appannaggio di Enti pubblici in senso stretto (quali organizzazioni di uomini e mezzi costituite dalla legge e aventi connotati strettamente pubblicistici).

#### Soggetti privati

Possono venire in gioco, infatti, in diverso modo e a vario titolo, **soggetti** che, pur formalmente privati, assumono, a seconda dei casi, **rilevanza pubblicistica** che ne attrae l'attività svolta e gli atti compiuti nell'alveo del diritto amministrativo, in quanto funzionalizzati al perseguimento di interessi pubblici mediante svolgimento di funzioni o servizi pubblici.

#### Approccio sostanzialistico

Questo approccio sostanzialistico alla nozione di Amministrazione, permea sempre più l'ordinamento, come dimostrato da alcune rilevanti disposizioni di legge.

#### Art. 7, comma 2, c.p.a.

Ad es., l'art. 7, comma 2, c.p.a., ai fini dell'applicazione del codice del **processo amministrativo**, precisa che per «per pubbliche amministrazioni», «si intendono anche i **soggetti ad esse equiparati** o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

#### Art. 22, comma 4, l. n. 241/1990

Parimenti, l'art. 22, comma 4, l. n. 241 del 1990, ai fini della disciplina sull'**accesso agli atti**, fa riferimento ad un concetto molto ampio di Pubblica Amministrazione, comprensivo di «tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario».

#### Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001

L'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001 (contenente le norme generali sull'ordinamento del **lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche**), invece, definisce pubbliche amministrazioni «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, 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, industria, artigianato e agricoltura 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'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

### 3. La privatizzazione

La “**relativizzazione**” del concetto di Ente Pubblico e di Pubblica Amministrazione è certamente frutto anche degli effetti della c.d. “privatizzazione” degli Enti pubblici.

Due fasi: formale e sostanziale

Con tale termine si individuano in realtà “due fasi” di un procedimento che, in teoria, avrebbe dovuto essere unico e portato a effettivo compimento: ad una c.d. **privatizzazione formale**, per effetto della quale una serie di enti pubblici sono stati trasformati in società per azioni, pur rimanendo lo Stato formalmente titolare del pacchetto azionario, avrebbe dovuto seguire una **privatizzazione c.d. sostanziale**, caratterizzata dalla dismissione del controllo pubblico sul soggetto privatizzato.

Mentre la prima fase ha trovato effettiva attuazione, non così la privatizzazione sostanziale, l'Amministrazione pubblica avendo per lo più mantenuto non solo le partecipazioni, ma anche un controllo pubblicistico, anche attraverso la previsione di poteri speciali del socio pubblico come ad es., il c.d. *golden share*, cioè il potere decisionale di veto sulle operazioni più significative della società privatizzata.

Soggetti a forma privata e a sostanza pubblica

Ciò che di fatto si è venuto a creare è un soggetto formalmente privato in veste societaria, cui quindi può essere riferito il relativo statuto giuridico, la cui sostanza, d'altronde, rimane pubblicistica in ragioni del **controllo** o comunque dell'**influenza pubblica** che lo caratterizza.

Si è trattato di una novità rilevante nel panorama del diritto amministrativo, in quanto fino agli anni settanta era invalsa la teoria per cui la forma societaria fosse incompatibile con la nozione di ente pubblico, la cui qualificazione richiedeva che l'ente in esame possedesse oltre che la sostanza, anche forme pubblicistiche.

Principio neutralità delle forme

Con la penetrazione del **diritto e dei principi comunitari**, d'altronde, si è venuto affermando il principio della c.d. **neutralità delle forme societarie**: nell'ottica comunitaria, infatti, gli aspetti meramente formali e nominali sono del tutto irrilevanti, per la qualificazione di un ente pubblico essendo rilevanti gli aspetti sostanziali, quali la sussistenza di un **controllo pubblico** sulla gestione e attività dell'ente in questione e l'esercizio da parte dei questo **di poteri pubblici**, nonché il **contesto economico o non economico** nel quale lo stesso viene ad operare e le finalità dallo stesso perseguite.

Problema disciplina applicabile

Questa commistione di elementi formali e sostanziali di natura differente, in parte privatistici e in parte pubblicistici, pone ovviamente il problema della disciplina effettivamente applicabile, per quanto non specificamente previsto dalla legge.

Occorre procedere, quindi, in via interpretativa, ad individuare lo **statuto normativo di diritto pubblico** applicabile a tali soggetti, aventi sì forma privatistica, ma anche elementi sostanziali pubblicistici, e comprendere, dall'altra parte, quali **norme "privatistiche"** siano **compatibili** con tali caratteristiche "ibride".

Si pensi, ad esempio, al problema dell'applicabilità della disciplina in materia di **diritto di accesso** (artt. 22 e ss., l. n. 241 del 1990, nonché il d.lgs. n. 33 del 2013, in relazione al c.d. accesso civico), ovvero della disciplina in materia di **contratti pubblici** e in particolare della disciplina delle procedure ad evidenza pubblica; ancora, alla soggezione ai controlli da parte della **Corte dei Conti**, ex art. 100 Cost., ovvero all'applicazione della disciplina relativa al c.d. **pubblico impiego privatizzato** di cui al d.lgs. n. 165 del 2001.

#### 4. Le società pubbliche

Riordino  
disciplina  
partecipazioni  
sociali

L'evoluzione conseguente al fenomeno della privatizzazione, da un lato, e, dall'altro lato, alla necessità di **ridurre l'apporto diretto** delle Amministrazioni pubbliche (Stato, Regioni, Enti territoriali, e altri) nell'ambito delle attività produttive e di gestione di beni e servizi, sia al fine di **contenere la spesa pubblica**, sia per **incentivare la concorrenza**, in conformità ai principi comunitari, ha indotto il legislatore a procedere ad un riordino della frammentaria disciplina relativa alle **c.d. società a partecipazione e controllo pubblico**, mediante l'emanazione del d.lgs. n. 175 del 2016.

D.lgs. n.  
175/2016  
(TUSP)

Il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante «**Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica**», attuativo della delega contenuta nella l. n. 124 de 2015 (c.d. Legge Madia), successivamente integrato dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, contiene disposizioni aventi a oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni, da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta.

Le disposizioni del decreto sono applicate avendo riguardo all'**efficiente gestione** delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della **concorrenza** e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della **spesa pubblica**.

L'esame di questa disciplina è rilevante per comprendere che il legislatore, nell'approcciare il fenomeno delle società pubbliche, parte dal presupposto essenziale che si tratta di **soggetti di natura privata**.

Norme codice  
civile e generali  
di diritto privato

Infatti, il **comma 3 dell'art. 1** prevede che, per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del suddetto decreto, «si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato».

**Disciplina derogatoria**

D'altronde, gli **elementi pubblicistici** conseguenti alla partecipazione di Enti pubblici nelle suddette società giustifica l'introduzione di una disciplina speciale derogatoria delle norme privatistiche.

Come accennato, la normativa in questione è finalizzata a **circoscrivere** il più possibile la partecipazione delle Amministrazioni pubbliche in società e, quindi, a dismettere per quanto non necessario tutte le partecipazioni in essere.

**Amministrazioni pubbliche**

Va sottolineato come, ai fini dell'applicazione del d.lgs. n. 175 del 2016, l'**art. 2, lett. a)**, definisce "amministrazioni pubbliche" «le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale».

**Limiti operativi**

L'art. 3 stabilisce che le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di **società per azioni** o di società a **responsabilità limitata**, anche in forma **cooperativa** (non società di persone o in accomandita per azioni).

L'art. 4, invece, prevede che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi **non strettamente necessarie** per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere **partecipazioni**, anche di **minoranza**, in tali società.

Nei limiti di cui sopra, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società **esclusivamente** per lo svolgimento delle **attività indicate** dal **comma 2** del medesimo **art. 4**, nonché per le altre attività che in forza della suddetta norma sono ritenute idonee a giustificare una partecipazione societaria da parte delle Amministrazioni pubbliche.

L'art. 4, quindi, prevede anche una serie di disposizioni derogatorie al limite predetto, al fine di attenuare la rigidità delle suddette restrizioni.

Gli artt. da 5 a 15 e da 18 a 24 recano una disciplina specifica per la costituzione di tali società pubbliche, per la gestione delle stesse, per la gestione, alienazione e acquisto di partecipazione da parte delle P.P.A.A.

**Società *in house* e società miste**

Gli **artt. 16 e 17**, invece, disciplinano rispettivamente, la c.d. società *in house* e le società c.d. miste.

La disciplina di entrambi questi istituti deve essere letta in combinato disposto con le norme del c.d. **codice dei contratti pubblici**, con particolare riguardo all'art. 5, d.lgs. n. 50 del 2016.

*In house*

La società *in house* è un istituto di **origine pretoria comunitaria**, finalizzato a **bilanciare i principi comunitari** di concorrenza e di libertà di stabilimento delle imprese e di circolazione dei capitali (cui si correla l'interesse all'esternalizzazione da parte delle P.A. della produzione di beni e servizi), con il principio **dell'autoorganizzazione della P.A.** (cui si correla il principio di autoproduzione dei predetti beni e servizi).

In tal senso, quindi, è certamente istituto che, sia pure inteso quale fattispecie limite per un **affidamento diretto**, in deroga cioè alla regola dell'espletamento di un procedimento ad evidenza pubblica, concorre a definire, sul piano soggettivo, una **modalità operativa delle PPAA**, caratterizzata dalla presenza di un soggetto formalmente "privato", ma sostanzialmente pubblico.

Rapporto  
interorganico

La caratteristica fondamentale di tale istituto, che ne giustifica la disciplina speciale, è che il soggetto in questione, per quanto formalmente privato, presenta degli aspetti strutturali e funzionali tali da dover essere considerato come **"un'estensione" della Pubblica Amministrazione controllante**, sì che un eventuale affidamento della gestione, ad es., di un servizio pubblico, non viene a potersi qualificare in termini contrattuali, **mancando la necessaria intersoggettività** tra contraenti e rientrando, quindi, il rapporto tra P.A. e soggetto *in house* nell'alveo del c.d. rapporto interorganico.

Come tale, quindi, è istituto che, per un verso, interseca inevitabilmente la questione della "latitudine" del concetto di P.A., per altro verso, deve essere considerato come fattispecie che merita un **trattamento specifico e derogatorio** rispetto alla disciplina civilistica.

Rinviano, quindi, l'esame dell'art. 5, d.lgs. n. 50 del 2016 al capitolo sui contratti pubblici, il d.lgs. n. 175 del 2016, definisce le società *in house* «le società sulle quali un'amministrazione esercita il **controllo analogo** o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3».

Ai sensi dell'**art. 16** esse ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia **partecipazione di capitali privati**, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

La norma in questione detta quindi prescrizioni in ordine all'assetto organizzativo delle stesse in **funzione derogatoria** rispetto alla **disciplina societaria privatistica**.

## Artt. 14 e 12 TUSP

Parimenti, gli artt. 14 e 12, d.lgs. n. 175 del 2016 vanno segnalati perchè risolvono alcune problematiche interpretative e applicative che avevano diviso la giurisprudenza e la dottrina.

L'art. 14, infatti, ha stabilito che le società a partecipazione pubblica e tra esse anche le società *in house*, nonostante la loro connotazione sostanzialmente pubblicistica, **possono fallire**.

L'art. 12, dopo aver ricordato che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, ha stabilito «la **giurisdizione della Corte dei Conti** per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*» e ha devoluto «alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di **danno erariale** di cui al comma 2». Tale comma prevede che «costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

## Danno al patrimonio sociale e danno diretto al socio pubblico

In tal modo, il legislatore ha aderito all'insegnamento della Corte di Cassazione che ha sottolineato come in linea di principio debba distinguersi, sul piano delle responsabilità, il danno cagionato direttamente al patrimonio della società e solo indirettamente a quello del socio pubblico, da quello invece procurato direttamente a quest'ultimo, e ciò in ragione dell'**alterità soggettiva** che comunque caratterizza la società partecipata rispetto all'Ente partecipante; d'altronde, secondo la Corte, questa distinzione **non opera** nel caso delle **società *in house*** proprio perché in tal caso non è ravvisabile alcuna effettiva "alterità soggettiva".

## Società miste

L'art. 17, d.lgs. n. 175 del 2016, poi, disciplina le c.d. società miste, o società a **partecipazione mista** pubblico-privata, prevedendo che in esse la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'art. 5, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista.

## "*In house* spurio"

Si tratta del c.d. "*in house* spurio", un **partenariato pubblico-privato**, in cui la partecipazione del privato nella società viene controbilanciata, ai fini della tutela del principio di concorrenza, dalla **c.d. gara a doppio oggetto**, ovvero una procedura di evidenza pub-

**Socio privato**

blica, ai sensi dell'art. 5, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, avente ad oggetto contemporaneamente la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione, oggetto esclusivo dell'attività della società mista.

L'art. 17, quindi, detta disposizioni puntuali in ordine alle caratteristiche che deve avere il socio privato, e ai requisiti per la costituzione delle suddette società miste e alla durata della società, nonché in ordine alla disciplina derogatoria delle norme civilistiche.

Va sottolineato come la norma in questione precisi che alle società miste, che non siano organismi di diritto pubblico, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, non si applicano le disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 se ricorrono le seguenti condizioni: a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di **procedure di evidenza pubblica**; b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Quindi, anche in tal caso, una volta garantita la concorrenza "ai fini della partecipazione nella società", il soggetto che consegue alla costituzione della stessa, avente le caratteristiche che precedono, si caratterizza per una **più intensa connotazione pubblicistica**, tanto da sottrarsi alle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016.

**5. L'influenza del diritto comunitario**

Quanto appena sopra ricordato in ordine alla società *in house* e alle società c.d. miste, consente di comprendere come all'evoluzione del concetto di "Pubblica Amministrazione" abbia concorso l'influenza del diritto comunitario: come detto, infatti, l'istituto dell'*in house* ha visto la sua genesi e la sua evoluzione nell'ambito della giurisprudenza e della normativa comunitaria.

**Principio dell'effetto utile**

L'ordinamento comunitario/eurounitario, è informato, tra gli altri, al principio del c.d. effetto utile, sì che la **nozione europea di P.A.** viene ad essere concepita in **termini elastici e duttili**, gli organismi societari ben potendo assumere il valore e la veste di pubbliche amministrazioni o enti pubblici, in relazione alla specificità della materia e del contesto di riferimento.

<b>Principi concorrenza e non discriminazione</b>	<p>Sempre con riguardo alla <b>materia dei contratti pubblici</b>, in particolare, la finalità principale perseguita dal legislatore comunitario è il rispetto dei principi di concorrenza e di non discriminazione, sicché il concetto di P.A. è funzionale alla doverosità del rispetto delle procedure di evidenza pubblica e, pertanto, particolarmente ampio.</p>
<b>Procedure ad evidenza pubblica</b>	<p>In questo senso, il d.lgs. n. 50 del 2016, in attuazione delle direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 2014, ha imposto il rispetto delle regole di evidenza pubblica non solo ad Amministrazioni ed Enti strettamente di natura pubblica, ma anche ad un' <b>ampia serie di soggetti</b> nonostante la veste <b>formalmente privata</b> degli stessi.</p>
<b>Organismo di diritto pubblico</b>	<p>Rilevante, in questo senso, è la figura del c.d. organismo di diritto pubblico.</p> <p>L'art. 3, d.lgs. n. 50 del 2016, oltre a rinviare all'All. I al decreto per le ipotesi di organismo di diritto pubblico specificamente e testualmente individuate dal codice, individua i requisiti di tale figura, che devono sussistere contemporaneamente e sono suscettibili di interpretazione estensiva a garanzia del rispetto del citato principio dell' "effetto utile".</p>
<b>Personalità giuridica</b>	<p>In primo luogo, deve trattarsi di enti aventi personalità giuridica, intesa nel senso più ampio di <b>soggettività giuridica</b>, di talché vi rientrano non solo le persone giuridiche in senso stretto, ma anche gli enti di fatto, a prescindere dalla veste strettamente pubblica del soggetto in questione.</p>
<b>Influenza dominante</b>	<p>In secondo luogo, occorre che il soggetto in questione sia sottoposto "ad una influenza pubblica dominante" da parte dell'Ente pubblico di riferimento.</p> <p>Sono <b>indici alternativi</b> di influenza pubblica dominante il fatto che: a) l'<b>attività</b> del soggetto sia <b>finanziata in modo maggioritario</b> dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; b) l'esercizio da parte delle Amministrazioni da ultimo citate di un <b>controllo sulla gestione</b> del soggetto in esame, attraverso, quindi, una decisiva influenza sulle decisioni adottate da quest'ultimo; c) le Amministrazioni citate siano in grado di <b>designare più della metà</b> dei componenti gli organi di direzione, amministrazione o vigilanza del soggetto in esame;</p>
<b>Requisito teleologico</b>	<p>Infine, deve ricorrere il c.d. requisito teleologico: il soggetto in esame, infatti, deve essere stato istituito per soddisfare specificatamente <b>esigenze di interesse generale</b>, aventi <b>carattere non industriale o commerciale</b>.</p> <p>Proprio quest'ultimo requisito in dottrina e giurisprudenza ha creato maggiori incertezze interpretative e applicative, limitate essendo le indicazioni fornite dal legislatore comunitario e da quello nazionale al riguardo: il considerando 10 della direttiva 2014/24/UE</p>

precisa che è un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un «organismo di diritto pubblico», in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale.

## 6. L'esercizio privato di pubbliche funzioni

Il significato più lato e oggettivo di Pubblica Amministrazione può, d'altronde, certamente essere riferito alle ipotesi di c.d. esercizio privato di pubbliche funzioni.

### Ente o soggetto privato

In questo caso, infatti, il soggetto di riferimento è in tutto e per tutto un ente o soggetto privato: d'altronde, l'ordinamento, attraverso una legge attributiva di potere, in vario modo, conferisce ad esso pubbliche funzioni, potendo e dovendo questi svolgere un'**attività di diritto pubblico in nome proprio** pur essendo estraneo all'organizzazione strutturale della P.A.

### Organo indiretto

Pur rimanendo la Pubblica Amministrazione l'effettiva titolare della funzione pubblica, la norma di legge, conferendo i poteri al privato, produce l'effetto di attribuire a questi il potere-dovere di esercizio della funzione, venendo, quindi, ad assumere la veste di c.d. "organo indiretto" della P.A.

In forza delle norme attributive dell'esercizio di poteri pubblici, pertanto, detti soggetti sono, *ratione materiae*, "P.A.": gli atti autoritativi da essi adottati nei limiti di tale specifica competenza sono qualificabili, in linea generale, come «provvedimenti amministrativi, sottoposti, quindi, alla giurisdizione amministrativa *ex artt.* 103 e 113 Cost.