

Roberto GAROFOLI      Giulia FERRARI

# Le **NUOVE FRONTIERE** della **NOZIONE** di **PUBBLICA** **AMMINISTRAZIONE**

Società pubbliche, organismo di diritto pubblico,  
impresa pubblica, *in house*, servizi pubblici locali  
e autorità indipendenti

Con *online*

- 📖 **Approfondimenti** avanzati
- ✍️ **Temi** svolti
- 🔪 **Giurisprudenza** per esteso

Edizione **2024**

  
**Neldiritto**  
Editore

## Premessa

La preparazione al **Concorso di Magistratura** e ai **Concorsi superiori** impone lo studio approfondito di materie dal perimetro assai esteso, al cui interno sono agevolmente enucleabili **Macrosettori** con una **netta identità contenutistica**, perché connotati da propri principi, regole, linguaggi (si pensi ai Contratti pubblici, al Governo del territorio, alla Giustizia, quanto al Diritto amministrativo).

Per molti è un'opportunità poter disporre, quindi, di **trattazioni settoriali**, tanto più se arricchite da contenuti ulteriori rispetto alla illustrazione Manualistica.

In questa prospettiva, la Collana **L(a)w content book- I Manuali superiori tematici**, oltre ad offrire per ciascuna delle Aree tematiche individuate la trattazione del **corrispondente Manuale superiore Neldiritto Editore**, offre i seguenti **contenuti online**:

- **approfondimenti autorali** avanzati;
- **tracce di tema svolte**;
- **passaggi motivazionali delle sentenze** più importanti **riportate per esteso**.

I **contenuti online** sono segnalati nel **Sommario** dell'Opera (con indicazione, per ciascuno, della pagina del Volume nella quale è trattato l'aspetto cui gli stessi sono riferiti) e, con appositi segni grafici, nei titoletti a latere del Volume.

I Volumi della Collana costituiscono, in tal modo, un avanzatissimo strumento di preparazione, idoneo a fornire un'**offerta formativa completa ed organica**.

La Collana **si rivolge**, così, a chi, pur avendo un **approccio di grande serietà** nell'affrontare la prova concorsuale:

- già **dispone di manuali e compendi diversi** e intende **approfondire alcuni ambiti tematici** o, per gli stessi, disporre di una "**campana**" **illustrativa differente**;
- avendo **tempi stringenti** di preparazione non compatibili con quelli di studio del **Manuale superiore Nel Diritto Editore** ritiene per ora di limitarla, in vista del **ravvicinato Concorso in Magistratura**, ad alcuni importanti **Ambiti settoriali**, salvo a completarla per successive tornate selettive.

## Indice

### CAPITOLO I LE NUOVE FRONTIERE DELLA NOZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

#### SEZIONE I ▪ IL DISOMOGENEO FENOMENO DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE, DISCIPLINA E NATURA GIURIDICA

1.	Il fenomeno delle società in mano pubblica: le ragioni del riordino attuato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175. ....	3
2.	La disciplina dettata dal d.lgs. n. 175 del 2016: ambito applicativo e rapporti tra disciplina speciale e diritto comune. ....	5
2.1.	I limiti, sostanziali e procedurali, alla costituzione di una società a partecipazione pubblica e all'acquisto di partecipazioni in società già costituite. ....	7
2.1.1.	La costituzione di società di progettazione da parte delle Università: Cons. St., A.P., 4 giugno 2011, n. 10. ....	11
2.1.2.	La razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche. ....	11
2.1.3.	Il contenzioso sulle delibere di costituzione, acquisto o estinzione della società. ....	13
2.2.	L'organo amministrativo delle società a controllo pubblico. ....	15
2.3.	La gestione dei rapporti di impiego nelle società a controllo pubblico e i profili di giurisdizione. ....	15
2.4.	La responsabilità degli amministratori delle società partecipate e delle società <i>in house</i> : il concorso di azioni. ....	18
2.5.	La gestione della crisi d'impresa. ....	23
2.6.	Sulla applicabilità del modello 231 alle società a partecipazione pubblica. ....	27
2.7.	Profili organizzativi delle società <i>in house</i> e delle società miste. <i>Rinvio</i> . ....	29
3.	È configurabile un ente pubblico a forma societaria? ....	29
3.1.	Quali le condizioni per qualificare come pubblico l'ente societario? ....	31
4.	Fondazioni. ....	34

#### SEZIONE II ▪ LE NOZIONI EUROPEE DI SOGGETTO PUBBLICO: L'ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO E L'IMPRESA PUBBLICA

5.	La nozione europea "a geometrie variabili" di Pubblica amministrazione. ....	36
6.	La nozione di organismo di diritto pubblico. ....	38
6.1.	L'influenza pubblica dominante. Il caso della Federazione italiana giuoco calcio. ....	39
6.2.	Il requisito teleologico: la preposizione al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale o commerciale. ....	41
6.2.1.	La necessità di procedere alla doppia verifica relativa al carattere prima generale e poi non commerciale o industriale dei bisogni: il caso dell'Ente Fiera di Milano, di Fiera di Roma S.r.l. e Casinò di Venezia. ....	42
6.2.2.	Il carattere non commerciale o industriale dei bisogni. L'approccio funzionale e il rilievo solo indiziante del regime concorrenziale. La diversa teoria dello scopo istituzionale. ....	43
6.3.	La personalità giuridica. ....	46
6.4.	Organismo di diritto pubblico <i>in parte qua</i> . La teoria del contagio. ....	47
6.5.	Il rilievo applicativo della nozione di organismo di diritto pubblico: l'assoggettabilità alla disciplina di evidenza, il riparto di giurisdizione, l'accesso agli atti anche dopo la riforma della l. n. 241 del 1990, l'applicabilità dello statuto penale della Pubblica amministrazione. ....	49
6.6.	Organismo di diritto pubblico e normativa <i>antitrust</i> . ....	51
7.	La disciplina dell'impresa pubblica. Nozione e tratti di distinzione dall'organismo di diritto pubblico. ....	52

7.1.	Appalti non rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina dei settori speciali: la disciplina applicabile e i connessi profili di giurisdizione.....	53
------	--	----

**SEZIONE III • L’AFFIDAMENTO DIRETTO A SOCIETÀ *IN HOUSE* E A SOCIETÀ\_A CAPITALE MISTO**

8.	L'affidamento <i>in house</i> : la definizione.....	57
8.1.	Dall'origine pretoria al Codice dei contratti pubblici del 2023.....	57
8.1.1.	Il raffronto con la disciplina previgente. Gli elementi strutturali dell' <i>in house</i> nella disciplina italiana prima del nuovo Codice dei contratti pubblici.....	59
8.2.	Il controllo analogo prima e dopo il nuovo Codice.....	60
8.2.1.	Il controllo a cascata prima e dopo il nuovo Codice.....	61
8.2.2.	Il controllo frazionato o congiunto prima e dopo il nuovo Codice.....	61
8.2.3.	Il controllo inverso e orizzontale prima e dopo il nuovo Codice.....	63
8.3.	Il requisito funzionale del prevalente svolgimento dell'attività in favore dell'ente controllante, prima e dopo il nuovo Codice.....	65
8.4.	La partecipazione pubblica (quasi) totalitaria, prima e dopo il nuovo Codice.....	66
8.5.	La scelta tra <i>in house</i> e esternalizzazione: le diverse discipline per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, nonché per i servizi pubblici locali.....	68
8.5.1.	La scelta tra <i>in house</i> e esternalizzazione in caso di affidamento di lavori, servizi e forniture. Cosa cambia con il nuovo Codice.....	68
8.5.2.	Il principio di autonomia organizzativa.....	69
8.5.3.	Gli oneri valutativi e motivazionali ribaditi dal nuovo Codice per l'affidamento <i>in house</i> di lavori, servizi e forniture. Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2024, n. 843.....	70
8.5.3.1.	Il superamento dell'iscrizione nell'elenco ANAC.....	71
8.5.4.	La deroga per le prestazioni strumentali.....	72
8.5.5.	La compatibilità unionale dei doveri di valutazione e motivazione rafforzati.....	73
8.6.	I rapporti tra il controllo analogo cui è sottoposto il soggetto <i>in house</i> e l'influenza pubblica dominante cui è assoggettato l'organismo di diritto pubblico.....	75
8.7.	L' <i>in house</i> nei servizi pubblici locali. <i>Rinvio</i> .....	76
8.8.	Il fallimento delle società <i>in house</i> . <i>Rinvio</i> .....	76
9.	L'affidamento a favore di società a capitale misto. Il partenariato pubblico-privato. <i>Rinvio</i> .....	76
10.	Le società strumentali.....	79
11.	La cooperazione orizzontale fra Amministrazioni: il partenariato pubblico-pubblico nel nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023.....	80

**SEZIONE IV • I SERVIZI PUBBLICI: MODALITÀ DI GESTIONE E AFFIDAMENTO**

12.	L'evoluzione storica del servizio pubblico e la riforma dei servizi pubblici locali: il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201.....	84
12.1.	L'evoluzione della nozione di “pubblico servizio”. Dalla teoria soggettiva alla concezione oggettivo-funzionale e a quella mista.....	84
12.2.	I servizi pubblici nell'ordinamento europeo.....	86
13.	I servizi pubblici locali: nozione ed evoluzione della disciplina.....	88
13.1.	La nozione di “servizio pubblico locale” nell'ordinamento delle autonomie locali: il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201.....	89
13.2.	Principi in materia di servizi pubblici. Sussidiarietà orizzontale, continuità, universalità.....	90
13.2.1.	Misure compensative degli obblighi di servizio pubblico e disciplina degli aiuti di Stato.....	92
13.3.	Il riparto delle attribuzioni legislative tra Stato e Regioni nella materia dei servizi pubblici locali.....	93
13.4.	La disciplina nazionale relativa alle modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali. Società miste e <i>in house</i> .....	94
13.4.1.	La disciplina “procedimentale” dettata dal d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201.....	94

14.	Lo svolgimento di attività <i>extra moenia</i> da parte delle società miste.....	95
15.	Servizi pubblici e giurisdizione. ....	97
15.1.	Le posizioni della giurisprudenza in tema di servizi pubblici. ....	97
15.1.1.	Controversie azionate da chi non ha ottenuto il rimborso delle spese sanitarie sostenute per il ricovero in strutture sanitarie altamente specializzate situate all'estero.....	98
15.1.2.	Il caso del servizio pubblico scolastico. Il diritto dell'alunno disabile al sostegno scolastico. ....	99

#### SEZIONE V • LO SVOLGIMENTO DI ATTIVITÀ PUBBLICHE DA PARTE DI SOGGETTI ESTRANEI ALL'AMMINISTRAZIONE

16.	Organi indiretti della P.A. ....	100
17.	L'esternalizzazione di servizi. ....	101

#### CAPITOLO II LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

1.	Le Autorità indipendenti: l'irrompere del fenomeno e le sue ragioni.....	105
2.	La natura "multiforme" del fenomeno e la necessità di evitare "semplificazioni unificanti".....	108
3.	I tratti distintivi di tipo funzionale. ....	109
3.1.	Autorità di settore e Autorità trasversali.....	112
3.1.1.	I criteri di delimitazione degli ambiti di competenza propri delle diverse Autorità.....	116
3.1.1.1.	La delimitazione delle competenze nel settore degli illeciti <i>antitrust</i> : i rapporti tra Agcm e Banca d'Italia, nonché tra Agcm e Agcom. ....	116
3.1.1.2.	La delimitazione delle competenze nel settore delle pratiche commerciali sleali disciplinate dal Codice del consumo e da discipline di settore: i rapporti tra Agcm e Consob, nonché tra Agcm e Banca d'Italia.....	118
3.2.	Le peculiarità genetico-ordinamentali: l'indipendenza. La nomina dei componenti.....	123
4.	Natura giuridica delle Autorità indipendenti e copertura costituzionale: Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13. ....	126
5.	La potestà regolamentare delle Autorità indipendenti.....	129
6.	Effetti della riforma del Titolo V della Costituzione sullo statuto giuridico delle Autorità. ....	133
7.	Disciplina del procedimento e dell'accesso agli atti delle Autorità indipendenti.....	134
7.1.	I poteri sanzionatori, con specifico riferimento a quelli della Consob: garanzie procedurali e profili di compatibilità con la Cedu.....	136
7.1.1.	Illeciti amministrativi sostanzialmente penali e diritto al silenzio. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117.....	142
7.1.2.	Criteri <i>Engel</i> e retroattività favorevole: Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63. ....	145
8.	La tutela giurisdizionale.....	146
8.1.	Il riparto di giurisdizione: le novità introdotte dall'art. 133 c.p.a.: il contenzioso in tema di sanzioni. ....	146
8.2.	Profili problematici legati all'art. 119, comma 1, lett. b), c.p.a.: l'ambito applicativo. ....	149
8.2.1.	Il rito applicabile alle controversie aventi ad oggetti provvedimenti delle Autorità indipendenti.....	150
8.3.	Le condizioni di ammissibilità del ricorso.....	150
8.3.1.	La legittimazione a ricorrere avverso le pronunce dell'Autorità <i>antitrust</i> . ....	150
8.3.2.	L'immediata impugnabilità dell'atto di rigetto degli impegni <i>ex art. 14</i> , comma 1, l. n. 287 del 1990. ....	151
8.4.	Il sindacato sulla discrezionalità tecnica delle Autorità indipendenti: intensità, limiti e esigenza di pienezza espressa dalla Corte Edu. Le tendenze al sindacato di maggiore attendibilità.....	152
8.5.	La legittimazione a proporre ricorso da parte delle Autorità. ....	157

8.6.	La tutela giustiziale avverso gli atti delle Autorità indipendenti.....	161
8.6.1.	L'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso gli atti delle Autorità Indipendenti alla luce dell'avvenuta giurisdizionalizzazione del rimedio.....	161
9.	Il personale delle Autorità.....	163

## I contenuti *online*



### SEZIONE I – Sentenze per esteso

1.	Cons. St., A.P., 4 giugno 2011, n. 10.....	11
2.	Cass. civ., Sez. un., ord., 15 gennaio 2021, n. 614.....	22
3.	Cons. St., A.P., 25 giugno 2018, n. 9.....	37
4.	Corte giust. comm. UE 15 gennaio 1998, C-44/96 .....	48
5.	Cass. civ., Sez. un., 28 marzo 2019, n. 8673.....	48
6.	Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2024, n. 843.....	70
7.	Cons. St., A.P., 11 maggio 2012, n. 14.....	122
8.	Cons. St., Sez. VI, 14 maggio 2019, n. 3134 .....	145



### SEZIONE II – Tracce svolte

1.	Premessi cenni sull'evoluzione in senso sostanziale e funzionale della nozione di pubblica amministrazione, si esamini la nozione di organismo di diritto pubblico con particolare riferimento alle modalità da osservare nell'affidamento di prestazioni relative ad attività non idonee a soddisfare bisogni di interesse generale a carattere non industriale e commerciale. Tratti, infine, del regime cui soggiacciono le imprese pubbliche.....	36
2.	In house: regola o eccezione? (Cons. St., n. 138/2019).....	74
3.	Premessi cenni sulla discrezionalità tecnica e mista, il candidato si soffermi sul sindacato giurisdizionale con particolare riferimento ai provvedimenti delle autorità indipendenti.....	153
4.	Partecipazione procedimentale e legittimazione a ricorrere, con particolare riferimento agli enti esponenziali.....	158



### SEZIONE III – Approfondimenti d'autore

1.	La natura giuridica delle federazioni sportive: danno erariale e controllo pubblico (Cass., Sez. un., 30 marzo 2017, n. 8242; CDGUE 11 settembre 2019, C-612/17 e C-613/17).....	41
2.	L'accertamento del requisito teleologico (Cass 13 gennaio 2023, n. 974).....	42
3.	Sulla nozione di organismo di diritto pubblico (Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2021, n. 53488).....	43
4.	Organismo di diritto pubblico: regime concorrenziale e teoria del contagio (Cass., Sez. Un., 28 marzo 2019, n. 8673).....	48
5.	L'impresa pubblica in cerca di definizione, tra settori formalmente esclusi ma “non estranei” al codice degli appalti, strumentalità e concorrenza. (Cons. St., A.P., n. 16/2011).....	54
6.	Società <i>in house</i> , controllo analogo e giurisdizione contabile (Cass., Sez. Un., 8 gennaio 2024, n. 567).....	61
7.	Società <i>in house</i> pluripartecipata, aggregazioni societarie, perdita del controllo analogo ed effetti su pregressi affidamenti (CDGUE, 12 maggio 2022, C-719/20).....	61
8.	I requisiti dell' <i>in house</i> nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Esame di un caso pratico (Cons. St., Sez. V, 26 gennaio 2024, n. 843).....	71
9.	La gara a doppio oggetto.....	78
10.	La nozione di abuso di posizione dominante (CGUE 12 maggio 2022, C-377/20).....	107

11.	Natura delle Autorità Amministrative Indipendenti ed attivazione dell'incidente di costituzionalità (Corte Cost., n. 13/2019).....	109
12.	Riparto di competenze tra autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette.....	120
13.	I poteri sanzionatori, con specifico riferimento a quelli della Consob: garanzie procedurali e profili di compatibilità con la Cedu - CGUE 14 settembre 2023 C-27/22. ....	141
14.	Garanzia del contraddittorio e natura dei termini nei procedimenti sanzionatori dell'Anac Consiglio di Stato, Sez. V, 16 giugno 2023, n. 5969 .....	142
15.	Alla Corte di giustizia la questione della compatibilità con il diritto europeo della applicazione dell'art. 14 L. 689/81 alle procedure antitrust - (Tar. Lazio, 1° agosto 2023, n. 12962).....	146
16.	La legittimazione ad agire delle autorità amministrative indipendenti, con particolare riferimento all'autorità antitrust: ratio giustificatrice e limiti operativi (Cons. St., sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1760) .....	158
17.	Il giudizio c.d. controfattuale nell'ambito del potere di autotutela dei poteri regolatori dell'autorità indipendenti.....	161