

Civile Sent. Sez. U Num. 20684 Anno 2018

Presidente: TIRELLI FRANCESCO

Relatore: DE STEFANO FRANCO

Data pubblicazione: 09/08/2018

SENTENZA

sul ricorso 21409-2014 proposto da:

ASEC S.P.A., ASEC TRADE S.U.R.L., in persona dei rispettivi Presidenti *pro tempore*, elettivamente domiciliate in ROMA, VIALE DELL'UNIVERSITÀ 27, presso lo studio dell'avvocato VINCENZO MELI, che le rappresenta e difende;

- ricorrenti -

ENI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA AUGUSTO IMPERATORE 22, presso lo studio dell'avvocato GUIDO MARIA POTTINO, rappresentata e difesa dall'avvocato LUCA NANNI;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

ASEC S.P.A., ASEC TRADE S.U.R.L., in persona dei rispettivi Presidenti *pro tempore*, elettivamente domiciliate in ROMA, VIALE DELL'UNIVERSITÀ 27, presso lo studio dell'avvocato VINCENZO MELI, che le rappresenta e difende;

- controricorrenti all'incidentale -

avverso la sentenza n. 1318/2014 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 01/04/2014.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 17/07/2018 dal Consigliere FRANCO DE STEFANO;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale RENATO FINOCCHI GHERSI, che ha concluso per il rigetto del ricorso principale, assorbito l'incidentale condizionato;

uditi gli avvocati Vincenzo Meli e Luca Nanni.

Fatti di causa

1. La presente controversia, vertente tra ENI ed ASEC Trade-ASEC spa quali succeditrici delle originarie parti di un contratto di somministrazione di gas naturale, ha ad oggetto la forma dei contratti stipulati dalle aziende speciali degli enti pubblici territoriali e, in particolare, la necessità o meno della forma scritta, con conseguente invalidità o meno dei contratti stipulati verbalmente o *per facta concludentia*.

2. Tra la SNAM spa e l'Azienda Servizi Energetici Catania (ASEC) fu – in data 11/02/1999 – stipulato contratto di somministrazione di gas naturale con decorrenza dal 01/01/1999 e scadenza al 30/06/2002, con previsione di rinnovo tacito per il triennio successivo, a meno di disdetta di una delle parti entro il 31/12/2001: facoltà di cui si avvalse l'ASEC con lettera del 27/12/2001. Incorporata la SNAM spa da ENI spa con decorrenza dal 01/02/2002, questa, approssimandosi la scadenza contrattuale, formulò proposta

di nuovo contratto di somministrazione in data 17/06/2002 ed in ogni caso accettò di prorogare la scadenza del precedente contratto fino al 30/09/2002, finché, con altra nota del 19/12/2002, propose ad ASEC un nuovo contratto per il 2003 a prezzi di fornitura significativamente aumentati, sollecitando un riscontro formale entro la fine del 2002 e, comunque, prospettando che l'assenza di un riscontro formale avrebbe comportato l'applicazione delle clausole oggetto della proposta.

3. L'ASEC proseguì negli approvvigionamenti e solo con nota del 10/02/2003 dichiarò di non accettare le nuove condizioni; ed accumulò così, anche in riferimento a queste e su fatture del periodo tra il giugno 2003 e il giugno 2004, una mora di non meno di € 665.766,42 (di cui € 61.191,93 a titolo di interessi per ritardati pagamenti di pregresse forniture), per il cui recupero la somministrante ENI spa chiese decreto ingiuntivo nei confronti della ASEC – nelle more trasformata in s.p.a. – e di ASEC Trade s.u.r.l. – conferitaria del ramo di azienda di ASEC relativo alla vendita del gas a far tempo dal 01/01/2004 – dal Tribunale di Milano in data 30/06/2005. Peraltro, al decreto ingiuntivo, notificato il 25/07/2005, si opposero le ingiunte ASEC Trade surl e ASEC spa con separati atti di citazione (notificati il 28/09/2005 ed il 19/10/2005), mentre l'opposta ENI spa dispiegò domanda «riconvenzionale» subordinata di arricchimento senza causa per importo pari a quello recato dal monitorio opposto

4. L'opposizione, espletata pure una consulenza tecnica di ufficio, fu dal Tribunale rigettata con sentenza del 23/03/2010, n. 3790: il giudice di primo grado ritenne che, in assenza di contratto scritto, la modifica al prezzo della fornitura non fosse opponibile alla parte contraente pubblica, la quale – nella sua qualità di azienda speciale ai sensi della legge n. 142 del 1990, vincolata a tariffe imposte e assoggettata al controllo pubblico – era obbligata all'impiego della

forma scritta *ad substantiam* per la stipula dei propri contratti, dovendosi per di più escludere la conclusione di contratti orali o *per facta concludentia*; quanto all'indebito arricchimento, escluse poi che vi fosse prova di quest'ultimo, per l'impossibilità, per ASEC, di scaricare sui clienti il maggior prezzo della materia prima.

5. A tale sentenza l'ENI interpose appello, che fu accolto dalla corte territoriale, sul sostanziale rilievo che il contratto di fornitura per il periodo decorrente dal 01/01/2003 poteva validamente essere concluso senza osservare la forma scritta. Sul punto la corte territoriale, richiamata la giurisprudenza di legittimità che definiva «*le aziende speciali quali strutture imprenditoriali autonome rispetto all'organizzazione pubblicistica, essendo ininfluente, a tal fine, l'appartenenza di tutto o parte del capitale all'Ente pubblico di riferimento al quale restano legate unicamente dal vincolo di strumentalità finalizzato alla gestione di servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale*», affermò la piena equiparazione dell'azienda speciale agli enti pubblici economici e non già alle pubbliche amministrazioni. E da tale premessa desunse «*la ... inapplicabilità ... del relativo regime di forma contrattuale, sia nei rapporti di lavoro con i dipendenti sia per quanto riguarda la manifestazione della volontà contrattuale (fase diversa ed autonoma da quella di formazione della volontà dell'ente, che permane caratterizzata da procedimentalizzazione)*»; per concludere nel senso che per le aziende speciali valeva «*il principio per cui la natura pubblica del soggetto influenza esclusivamente il piano interno dell'organizzazione, mentre le relazioni intersoggettive interamente ricadono nel dominio del diritto privato. ... Dunque, le aziende speciali degli enti locali sono enti pubblici economici, soggetti alle norme di diritto pubblico per quanto riguarda la loro organizzazione interna ed alle norme di diritto privato per quanto riguarda l'attività economica dai medesimi posta in essere*». Pertanto, proprio perché nelle condotte di ASEC poteva bene

ravvisarsi l'«esistenza di una volontà dell'azienda di proseguire nel rapporto commerciale con ENI», fu infine accolta – benché con la formula della conferma del decreto ingiuntivo opposto, invece revocato dal giudice di primo grado – la domanda avanzata da quest'ultima, fondata sull'esistenza di una valida obbligazione contrattuale e sulla spettanza del corrispettivo fissato nella nuova pattuizione, benché priva di forma scritta.

6. Per la cassazione di tale sentenza di appello, pubblicata in data 01/04/2014 col n. 1318, proposero unitario ricorso – notificandolo tra il 9 e il 10/09/2014 – ASEC spa e ASEC Trade srl, affidandosi ad un motivo, contrastato da ENI spa con controricorso con cui fu formulato ricorso incidentale condizionato, al quale a sua volta le ricorrenti principali replicarono con specifico controricorso.

7. Peraltro, depositate memorie dalle parti per l'adunanza del 02/03/2017, la terza sezione di questa Corte ha pronunciato ordinanza interlocutoria – n. 3566 del 14/02/2018 – di rimessione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione di massima di particolare importanza riguardante la forma con cui deve essere espressa la volontà contrattuale delle aziende speciali e, in particolare, reputando necessario «*stabilire se la volontà contrattuale delle aziende speciali partecipate dallo Stato o dagli enti pubblici debba (o meno) essere necessariamente trasfusa in forma scritta*».

8. Detta ordinanza ha dato preliminarmente atto di un solo precedente di legittimità negli esatti termini (Cass. 23/4/2014, n. 9219), secondo il quale la forma scritta costituisce requisito di validità dei contratti stipulati dall'azienda speciale, trattandosi di un ente pubblico strumentale della pubblica amministrazione; ma ha richiamato poi un diverso orientamento giurisprudenziale, che, pur non essendosi occupato *ex professo* della forma negoziale, ha dato una diversa configurazione dell'azienda speciale e, più in generale,


delle imprese in mano pubblica, definendole come «*soggetti di diritto privato*» e, soprattutto, evidenziando il rapporto di «*assoluta autonomia*» rispetto all'ente locale.

9. La medesima ordinanza di rimessione ha sottolineato che l'evoluzione normativa («*dalla Relazione al codice civile del 1942 fino alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE*») e anche la disciplina legislativa sopravvenuta (segnatamente, l'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016), seppure inapplicabile alla fattispecie *ratione temporis*, consente di fondare in modo non equivoco l'assoggettamento di qualsiasi società a partecipazione pubblica alle norme generali del diritto privato (salvo specifiche deroghe non riguardanti la fattispecie *de qua*).

10. Rimessa, su disposizione del Primo Presidente, la questione a queste Sezioni Unite, per la pubblica udienza di discussione del 17/07/2018 entrambe le parti depositano memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.

Ragioni della decisione

1. Le ricorrenti principali si dolgono, con unitario motivo, di «illegittimità in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, per violazione o falsa applicazione degli artt. 16 e 17 del R.D. n. 2440 del 1923, per avere ritenuto non necessaria la forma scritta *ad substantiam* per la conclusione di contratti da parte delle aziende speciali, nonché possibile la convalida o sanatoria della nullità per difetto di forma»; la ricorrente incidentale ripropone, in via almeno implicitamente subordinata ma senza formulazione di motivi specifici, i mezzi di censura alla sentenza di primo grado ritenuti assorbiti dalla sentenza di appello, con cui aveva fatto valere l'avvenuta stipulazione per iscritto del contratto di fornitura tra le parti o, in via graduata, invocato la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda condizionata di arricchimento senza causa nei confronti dell'ASEC.



2. Va subito premesso che le norme di legge di cui si invoca la violazione o falsa applicazione, cioè gli artt. 16 e 17 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 («Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato»), sono costantemente interpretate nel senso della necessità della forma scritta – e per di più contestuale, ammettendosi la validità dello scambio di corrispondenza «secondo l'uso del commercio» ove le controparti siano «ditte commerciali» – per i contratti stipulati dallo Stato e dalle sue amministrazioni: tanto integrando una delle ipotesi richiamate dal n. 13 dell'art. 1350 cod. civ., per il quale «devono farsi per atto pubblico ... sotto pena di nullità ... gli altri atti specialmente indicati dalla legge».

3. La necessità della forma scritta è costantemente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità, quale espressione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione e garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, visto che solo tale forma consente di identificare con precisione l'obbligazione assunta e l'effettivo contenuto negoziale dell'atto, rendendolo agevolmente controllabile (così Cass. 26/10/2007, n. 22537) pure in punto di necessaria copertura finanziaria (sul principio, v. pure, più di recente: Cass. 14/04/2011, n. 8539; Cass. 19/09/2013, n. 21477; Cass. ord. 24/02/2015, n. 3721; Cass. 11/11/2015, n. 22994; Cass. 22/12/2015, n. 25798; Cass. 17/06/2016, n. 12540; Cass. 13/10/2016, n. 20690; Cass. ord. 27/10/2017, n. 25631; Cass. 23/01/2018, n. 1549; Cass. 28/06/2018, n. 17016).

4. Da tale principio conseguono sia l'irrilevanza di ogni manifestazione di volontà implicita o desumibile da comportamenti meramente attuativi (perfino se protrattisi per anni: Cass. 11/11/2015, n. 22994; ovvero se riconducibili all'esecuzione della prestazione ai sensi dell'art. 1327 cod. civ.: Cass. 15/06/2015, n.

12316), sia l'inammissibilità – salvi i casi in cui esso è espressamente previsto da speciali disposizioni – di un rinnovo tacito (Cass. Sez. U. 28/11/1991, n. 12769; Cass. 24/06/2002, n. 9165; Cass. 21/05/2003, n. 7962; Cass. ord. 09/05/2017, n. 11231) o di un subentro *per facta concludentia* (Cass. 30/05/2002, n. 7913; Cass. 19/09/2013, n. 21477): e sul punto basti un rinvio, per una compiuta ricostruzione dei principi coinvolti e dei presupposti anche ordinamentali, a Cass. 20/03/2014, n. 6555.

5. Ora, le disposizioni in esame erano richiamate, per i Comuni e le Province, rispettivamente dagli artt. 87, comma 1, e 140, comma 1, del r.d. 3 marzo 1934, n. 383 («Testo unico della legge comunale e provinciale»): tali disposizioni, peraltro, in un primo tempo escluse dall'abrogazione [ai sensi dell'art. 64, comma 1, lett. c), della legge 8 giugno 1990, n. 142, recante «Ordinamento delle autonomie locali»], sono state definitivamente abrogate dall'art. 274, lett. a) del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 («Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali» o TUEL), in uno all'intero r.d. 383 del 1934.

6. Cionondimeno, la giurisprudenza di legittimità – che pure ha escluso l'applicabilità per analogia di altre norme del r.d. 2440 del 1923 (Cass. ord. 21/12/2017, n. 30568; Cass. 27/10/2016, n. 21747; Cass. 14/10/2015, n. 20739) – ha continuato a ritenerle applicabili pure a Comuni e Province e non solo in ragione del tempo di conclusione del contratto (Cass. 22/03/2012, n. 4570; Cass. 10/04/2008, n. 9340), ma esplicitamente, nonostante l'abrogazione, quale principio generale finalizzato al controllo istituzionale e della collettività sull'operato dell'ente pubblico (territoriale) e, quindi, funzionale all'esigenza di assicurare l'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione (Cass. 07/07/2007, n. 1752).

7. Le norme sulla contabilità generale dello Stato in esame non sono invece ritenute applicabili agli enti pubblici economici, per i cui

contratti non è prevista, di regola e salvo pure cospicue eccezioni (come nel caso dell'affidamento di pubblici appalti), la forma scritta – od altra forma solenne – *ad substantiam*: privilegiandosi in questo caso la considerazione che l'ente pubblico si pone sullo stesso piano, anche concorrenziale, dei comuni imprenditori e quindi equiparati ad essi anche nell'espletamento della comune attività negoziale e, pertanto, nella libertà dalle forme speciali imposte invece alle pubbliche amministrazioni quando non agiscano *iure privatorum* (Cass. 24/06/1975, n. 2511; più di recente: Cass. 02/12/2016, n. 24640).

8. Per l'avvio a soluzione della questione all'esame di queste Sezioni Unite occorre porsi il problema della natura della aziende pubbliche speciali degli enti territoriali, al cui genere si riconduce la dante causa delle odierne ricorrenti (per pacifica qualificazione dei giudici dei gradi di merito, ricondotta alla legge 142/90): problema che ha ricevuto – e continua a ricevere – soluzioni anche molto differenziate non solo dagli interpreti, ma anche dalla giurisprudenza costituzionale, di legittimità e dei giudici speciali di volta in volta coinvolti.

9. È noto che il sistema di gestione dei servizi pubblici da parte degli enti territoriali ha attraversato una transizione da forme eminentemente pubblicistiche ad una ben più articolata struttura: passando dalle originarie previsioni della legge 29 marzo 1903, n. 103 (trasfusa nel r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, «Testo Unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province»), il cui art. 2 disciplinava l'«azienda municipalizzata» come distinta dall'amministrazione ordinaria del Comune e dotata di bilanci e conti separati, ma le cui perdite potevano essere ripianate dal bilancio dell'Ente territoriale, contrapposta alle forme di partecipazione diretta a società di capitali (di cui agli artt. 2458 a 2460 cod. civ. e ad una sterminata legislazione speciale), al nuovo

assetto (preceduto, per alcuni aspetti contabili od altri non essenziali, dal d.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902, sostitutivo del regolamento del 1904) disegnato dalla legge 8 giugno 1990, n. 142.

10. Questa prevede una gamma di cinque diverse forme di gestione dei servizi pubblici aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali (come si esprimeva l'art. 22 di quella legge):

- in economia, per le modeste dimensioni o le caratteristiche del servizio;
- mediante concessione a terzi, in ipotesi di ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
- a mezzo di azienda speciale, in caso di servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;
- a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali privi di tale rilevanza imprenditoriale;
- a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, in caso di opportunità della partecipazione di altri soggetti per la natura del servizio da erogare.

11. L'azienda speciale fu disegnata come ente strumentale dell'ente locale, dotata di giuridica personalità, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio dell'ente locale; al pari dell'istituzione, doveva informare la sua attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità, con l'obbligo del pareggio di bilancio, da perseguire attraverso l'equilibrio di costi e di ricavi, compresi tra questi i trasferimenti (art. 23 legge 142/90); era retta da un proprio statuto, a differenza dell'istituzione, che era governata dallo statuto del medesimo ente, il quale ultimo in entrambi i casi conferiva il capitale di dotazione, determinava le finalità e gli indirizzi, approvava gli atti fondamentali, esercitava la sorveglianza e verificava i risultati della gestione, coprendo gli eventuali costi sociali.

12. La legge 142/90 – i cui artt. 22 e 23 furono richiamati dalla legge reg. Sicilia 11 dicembre 1991, n. 48, al suo art. 1, comma 1, lett. e), con rinvio che (per il suo tenore letterale) può definirsi recettizio e quindi riferibile alla disciplina che sarebbe subentrata a quella espressamente richiamata – fu abrogata dal nuovo testo unico del 2000, che tuttavia si limitò a rimodulare la relativa disciplina, dedicandovi gli artt. 112 e segg. e recependo nella sostanza la precedente, sia pure ampliando la gamma delle forme di gestione a sei ipotesi (aggiungendo alle cinque originarie anche la sesta, di società per azioni senza vincolo di proprietà pubblica maggioritaria), tanto da regolare espressamente l'azienda speciale all'art. 114.


13. Una tale disciplina non ha visto ulteriori significative evoluzioni (se non, di riflesso e quanto a determinate categorie di contratti, quelle indotte dalla disciplina sui contratti pubblici, di cui al d.lgs. 163 del 2006 e, poi, al d.lgs. 50 del 2016, in materia di contratti di esecuzione di lavori, di fornitura di prodotti e prestazione di servizi), a differenza di quelle costanti del regime, contiguo, delle società a partecipazione pubblica, in cui l'attività a rilevanza imprenditoriale gestita dall'Ente pubblico tende ormai ad equipararsi per quanto più possibile a quella gestita dai privati (Cass. Sez. U. ord. 01/12/2016, n. 24591): evoluzioni culminate nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 («Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica», emendato dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, recante «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica»), che ha completamente ed in modo almeno tendenzialmente organico riscritto il regime della forma di gestione più simile a quella prevista direttamente dal codice civile.

14. Alla stregua della disciplina vigente, l'azienda speciale si definisce quindi l'ente strumentale dell'ente pubblico territoriale, dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di

proprio statuto (approvato dal consiglio dell'ente territoriale), istituito per la gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto, nell'ambito delle competenze dell'ente territoriale stesso, la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

15. L'azienda speciale fa parte quindi di un articolato sistema di gestione dei servizi pubblici locali da parte degli enti territoriali, il quale risultava, al tempo dei fatti per cui è causa come tuttora, modulato su di una differenziata gamma di forme, delle quali solo l'istituzione riguardava i servizi privi di rilevanza imprenditoriale: mentre tutti gli altri, cioè i servizi aventi rilevanza economica ed imprenditoriale, potevano e possono essere gestiti, con scelta sostanzialmente discrezionale, attraverso un duttile ed articolato sistema di alternative, che vanno dall'azienda speciale alla concessione, quindi da una minima ad una massima esternalizzazione, passando per la partecipazione a società capitali a vario assetto (tra cui spiccano quelle *in house*).

16. Non è certo questa ~~è~~ la sede per un inquadramento del sistema nel suo complesso, anche alla luce della disciplina eurounitaria, pure evocata dall'ordinanza di rimessione; deve qui bastare il sommario rilievo che, in linea di principio ed entro certi limiti, quella normativa consente all'ente locale di provvedere direttamente alla gestione del servizio, anziché in applicazione delle regole della concorrenza, in forza delle previsioni degli artt. 14, 106 e 345 del TFUE, dell'art. 1 del Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale allegato al TUE e al TFUE (ove si sottolinea il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti, con espressa previsione quindi della gestione diretta) e della Risoluzione del Parlamento europeo 27 settembre 2006 sul Libro



bianco della Commissione sui servizi di interesse generale (particolarmente sensibile alle esigenze delle autonomie locali, riconoscendo come rientri nella discrezionalità dell'autorità competente decidere se gestire direttamente un servizio di interesse generale attraverso una sua unità o se affidarlo a fornitori esterni, con o senza scopo di lucro, esercitando un controllo analogo a quello esercitato sui servizi direttamente erogati).

17. In particolare, l'art. 14 TFUE, in riferimento ai servizi di interesse economico generale (SIEG, la cui nozione, ove limitata all'ambito locale, ha un contenuto omologo alla nozione di servizi pubblici locali di rilevanza economica: Corte cost. nn. 272 del 2004 e 325 del 2010), sancisce che è «fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei Trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi»; mentre l'art. 106, posta la regola generale che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale siano sottoposte alle norme dei Trattati ed in particolare a quelle di concorrenza, ammette poi, come eccezione, la gestione diretta, quando l'applicazione di quelle norme costituisca un ostacolo, in linea di diritto e di fatto, alla specifica missione dell'ente pubblico (sull'applicazione di tale articolo e sui canoni che regolano il giudizio di proporzionalità tra l'esigenza di garantire la missione e le limitazioni da imporre al regime di concorrenza, cfr. ex multis, CGUE, 15/11/2007, causa C-162/06, International Mail Spain).

18. L'art. 345, infine, afferma la «neutralità» del regime proprietario pubblico o privato, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Trattato. Secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, fornita nella sentenza n. 325 del 2010, l'ordinamento europeo consente, ma non impone, la gestione diretta, lasciando liberi gli Stati di decidere le modalità di organizzazione e gestione dei propri servizi, nel rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, parità di trattamento, proporzionalità, mutuo

riconoscimento ed economicità. Rispettoso dell'ampia sfera discrezionale attribuita agli Stati membri, l'ordinamento comunitario si riserva solo di «sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un "errore manifesto"»: ciò che, secondo il Giudice delle leggi, rende del tutto legittima, da parte di uno Stato, anche la scelta di vietare siffatta regola di gestione o di prevedere una disciplina più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, che costituisce solo un minimo inderogabile.

19. E può, in linea di approssimazione complessiva ed ai limitati fini dell'inquadramento della questione devoluta a queste Sezioni Unite, concludersi nel senso di un'impostazione complessiva delle norme del Trattato sull'affidamento diretto come eccezione rispetto alla regola della concorrenza, nonostante debbano escludersi, nel diritto dell'Unione, sia un obbligo di esternalizzazione, sia un divieto di autoproduzione (CGUE, sentenze 10 novembre 2005, C-29/04; 11 gennaio 2005, C-26/03; 9 giugno 2009, C-480/06), in quanto questi risulterebbero incompatibili col carattere neutrale dei Trattati. E la linea di tendenza è resa evidente dalla più recente Direttiva appalti (n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE Testo rilevante ai fini del SEE), il cui quinto «considerando» afferma il «principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche», poi ripreso almeno in parte dall'art. 166 del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

20. Tutto ciò premesso, va qui rilevato come, in sostanza, la strumentalità e la diretta riferibilità all'organizzazione dell'ente pubblico siano assai pregnanti nell'azienda speciale, per degradare sempre più nelle altre figure: la sicura alterità soggettiva anche dell'azienda speciale ne esalta le potenzialità operative sul mercato, ma è evidente, per l'ingerenza assicurata dagli statuti all'ente pubblico, la sottoposizione di quella a forme di eterodirezione od

eterogestione, quasi in contropartita dell'assunzione diretta dei rischi di perdita economica con nullificazione del rischio di impresa a carico del soggetto esercente l'attività economica, sconosciute al diritto civile in generale ed a quello societario in particolare.

21. Una migliore definizione dell'azienda speciale e della sua natura – o, a maggior ragione, una sua compiuta ricostruzione sistematica od organica – non è però funzionale alla definizione della questione devoluta a queste Sezioni Unite, che possono limitarsi a prendere atto di una non univocità delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza e dagli interpreti: che, a seconda della accentuazione della strumentalità o, al contrario, della natura economica dell'attività esercitata, giungono a conclusioni opposte in ordine alla soggezione dell'azienda al regime proprio degli enti pubblici economici o a quello degli enti pubblici non economici.

22. Se è tendenzialmente pacifico che l'azienda in esame abbia cessato, con la riforma del 1990, di essere una «azienda organo» (come sostanzialmente si definiva l'azienda municipalizzata), per assumere quell'alterità soggettiva esaltata dal conferimento di personalità giuridica autonoma e della qualifica di ente, come pure dall'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, non può disconoscersi la rilevante persistenza di importanti connotati pubblicistici, che impedisce una piena o perfetta assimilazione agli imprenditori privati.

23. Una parte della dottrina, benché conscia dei profili di discontinuità con la precedente normativa sulle aziende municipalizzate (di cui all'art. 2 r.d. 2578 del 1925), continua ad attribuire decisiva rilevanza, pur valorizzando l'avvenuto riconoscimento di un'ampia *facultas agendi* quale contenuto della conferita autonomia imprenditoriale, alla persistente caratterizzazione strumentale dell'azienda speciale ai fini istituzionali dell'ente territoriale; e finisce col riconoscere anche alle rinnovate aziende

speciali (quali sostanziale evoluzione delle precedenti municipalizzate), per la centralità del carattere strumentale espressamente mantenuto, il connotato di una latente pubblicizzazione, idonea a orientarne marcatamente il profilo e a depotenziare le pure significative innovazioni implicate dalla concessione di personalità giuridica ed autonomia imprenditoriale: sicché quelle aziende vanno ricostruite così saldamente collegate all'ente locale da dovere essere considerate parte integrante del relativo sistema amministrativo, escludendosi il loro inquadramento nella categoria degli enti pubblici economici ed anzi affermandosi la loro permanenza in un sistema di rapporti giuridici prevalentemente contraddistinto dall'autoritatività.

24. Nel senso della persistenza della connotazione di ente pubblico marcatamente non economico si colloca una prima serie di interventi della giurisprudenza.

25. Già Cass. 16/07/2005, n. 15105, ha rimarcato – ai fini della limitazione dell'eleggibilità dei loro dirigenti – che «le aziende speciali sono enti strumentali del Comune, istituiti per l'esercizio di servizi sociali pubblici in alternativa alla gestione diretta e destinati a rimanere in vita fino a quando permanga la relativa scelta; nonostante il riconoscimento, per ragioni funzionali, della personalità giuridica e della capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine, costituiscono parti del Comune nel quadro unitario del suo assetto ordinamentale, sicché gli atti emanati configurano determinazioni riferibili all'ente territoriale che incide, oltretutto, sui processi decisionali dell'azienda speciale attraverso un'ampia ingerenza negli atti gestionali e organizzativi e una penetrante azione di controllo». E, sulla stessa linea, sia pure senza peculiari approfondimenti, Cass. Sez. U. 20/06/2006, n. 14101, ha sostanzialmente identificato con gli enti territoriali le aziende speciali, qualificate (richiamando Cons. Stato n. 4586/01, su cui v. *infra*,

nonché Cons. Stato n. 2735/01) come enti strumentali dei Comuni, ai fini dell'affermazione della giurisdizione della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei dipendenti di quelle.

26. La giurisprudenza amministrativa ha sottolineato (Cons. Stato, sez. V, 03/09/2001, n. 4586) che, «sebbene, in linea di massima, una volta conseguita dall'azienda speciale del Comune, in qualità di ex azienda municipalizzata, la natura di ente pubblico economico con personalità giuridica, la differenza tra essa ed una società mista sia alquanto sottile nella prospettiva comunitaria di tutela della concorrenza, non si può del tutto elidere le peculiarità dell'azienda speciale stessa, che l'art. 113 lett. e) e l'art. 114 d.lg. 18 agosto 2000, n. 267, disciplinano come ente strumentale e soggetto istituzionalmente dipendente dall'ente locale e con esso legata da vincoli tanto stretti (sotto i profili della formazione degli organi, degli indirizzi, dei controlli e della vigilanza), da farla ritenere un elemento del sistema organizzativo dell'ente, tant'è che, pur con l'accentuata autonomia derivante dall'attribuzione della personalità giuridica che ne implica, comunque, non tanto la sua trasformazione in un soggetto di diritto privato, bensì la sua configurazione come nuovo centro d'imputazione di rapporti giuridici, distinto dal comune e con propria autonomia decisionale, mantiene i propri connotati pubblicistici e, quindi, ogni negoziazione che la riguarda resta regolata dal diritto pubblico, da provvedimenti amministrativi e da deliberazioni, attraverso cui si concretizza, in forma procedimentale, la volontà dell'ente che precede la conclusione del negozio».

27. Sulla stessa linea, il Consiglio di Stato ha ancor più di recente (Cons. St., sez. V, 20/02/2014, n. 820) statuito che «sotto il profilo sostanziale, ... le aziende speciali, così come le società *in house*, come recentissimamente affermato dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Sentenza 25 novembre 2013, n. 26283, ribadito con



Ordinanza 2 dicembre 2013, n. 26936), possono essere considerate come enti che rappresentano delle vere e proprie articolazioni della Pubblica Amministrazione, atteso che gli organi di queste sono assoggettate a vincoli gerarchici facenti capo alla Pubblica Amministrazione, i cui dirigenti sono dunque legati alla Pubblica amministrazione da un rapporto di servizio come avviene per i dirigenti preposti ai servizi direttamente erogati dall'ente pubblico (per le Aziende Speciali, qualificate espressamente quali enti strumentali dei Comuni, cfr. Cassazione civile, Sez. Un., 20 giugno 2006, n. 14101)».

28. Ed il giudice di vertice della Giustizia amministrativa ha pure affermato (Cons. Stato, sez. III, 10/04/2015, n. 1842) che quando «l'Azienda non opera secondo un unico e rigoroso criterio di economicità, almeno non nei modi e nei limiti che sono propri e tipici di un ente pubblico economico, poiché essa per statuto può e deve far assegnamento sulle risorse finanziarie del Comune nell'ipotesi, si badi, di attività non puramente volte alla produzione di beni e servizi, ma anche dettate da "ragioni di carattere sociale"», l'Azienda stessa è allora indubbiamente «da qualificarsi come un ente pubblico non economico, al di là del tendenziale principio ... che le tariffe e i prezzi dei servizi forniti dall'Azienda, in via generale, "mirano ad assicurare" – ma non è detto né certo che assicurino – la "copertura dei costi"».

29. Del resto, la stessa Corte costituzionale ha rilevato come l'azienda speciale finisca col confondersi con l'organizzazione dell'ente locale (Corte cost. 12/02/1996, n. 28, sia pure ai fini della verifica della legittimità della delega dei poteri sanzionatori – nella specie, regionali – ai dirigenti dell'azienda), in quanto elemento costitutivo del sistema di amministrazione che fa capo all'ente territoriale; e rimarcato (sia pure ai fini del controllo della legittimità dell'ingerenza dello Stato nella relativa organizzazione) che l'azienda speciale è ente

di diritto pubblico strumentale dell'ente locale territoriale (Corte cost. 23/07/2013, n. 228).

30. E queste stesse Sezioni Unite hanno poi escluso, ai fini della qualificazione di un ente pubblico come economico o meno, la rilevanza – almeno in via esclusiva o anche solo decisiva – dell'oggetto dell'attività, in luogo di quella della disciplina legale e statutaria che ne regola l'attività con riferimento agli scopi dell'ente medesimo (Cass. Sez. U. 11/07/2006, n. 15661): così ribadendo la prevalente dimensione pubblicistica dell'azienda speciale, anche dopo la riforma del 1990 (Cass. Sez. U. 19/12/2014, n. 26939), resa evidente dall'imposizione di autorizzazioni e controlli da parte dei pubblici poteri, anche a tutela della finanza locale e della sua stabilizzazione e comunque in armonia con le previsioni del comma terzo dell'art. 41 Cost.

31. Non sono mancate esplicite prese di posizione, sia pure a ben precisi fini di controllo della spesa, da parte della Corte dei conti, che (ribadito - Corte conti Lombardia, 18/10/2012, n. 438 - che «l'Azienda Speciale, di derivazione locale, rientra nel perimetro della pubblica amministrazione quanto a costi di apparato da ridimensionare per superiori vincoli di finanza pubblica» e che quella «si configura quale ente strumentale della Provincia, dotato di autonomia gestionale e personalità giuridica, mediante la quale l'ente locale persegue i propri fini istituzionali insiti nell'erogazione di un servizio pubblico in senso oggettivo secondo principi di economicità efficacia ed efficienza gestionale») ha poi espresso il parere (Corte conti Lombardia, delib. n. 119 del 04/04/2012) che i limiti e divieti in materia di assunzioni, richiamati dalla normativa per l'azienda speciale, non possono che essere quelli stabiliti per l'ente controllante (ed in particolare: il divieto di procedere ad assunzioni nel caso in cui non sia stato rispettato il patto di stabilità interno nell'anno precedente, ex art. 76, comma 4, d.l. n. 112/2008; il divieto di

procedere a nuove assunzioni in caso di mancata riduzione delle spese di personale rispetto all'anno precedente, ex art. 1, comma 557-ter della legge finanziaria per il 2007, 27 dicembre 2006, n. 296; i limiti e i divieti in materia di assunzioni di cui all'art. 76, comma 7, del d.l. n. 112 del 2008, conv. in l. n. 133/2008 e successive modifiche, tra cui il d.l. n. 16/2012, convertito con modificazioni dalla L. n. 44/2012).

33. Per finire e come già ricordato, questa stessa Corte di legittimità, nell'unico precedente specifico in termini, ha concluso (Cass. 23/04/2014, n. 9219) che l'azienda speciale: è ente pubblico strumentale dell'ente locale che lo costituisce, dovendo istituzionalmente perseguire non finalità proprie ma dell'ente locale che le conferisce il capitale di dotazione, ovvero i beni che vengono assegnati al momento della costituzione dell'azienda; è sottoposta al controllo dell'ente locale, il quale, fra l'altro, approva i bilanci annuale e pluriennale e quello di esercizio, verifica i risultati della gestione e provvede alla copertura dei costi sociali preventivamente determinati. Pertanto, benché la sua organizzazione e la sua attività siano regolate dal codice civile ed essa abbia capacità di diritto privato ed agisca *iure privatorum*, tanto non esclude la forma scritta prescritta *ad substantiam* per i contratti delle Pubbliche Amministrazioni, tenuto conto che, anche quando la P.A. agisca *iure privatorum*, è richiesta, ai sensi del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, artt. 16 e 17, come per ogni altro contratto stipulato dalla P.A., la forma scritta *ad substantiam*, che è strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa nell'interesse del cittadino e della collettività, costituendo remora ad arbitri e agevolando l'espletamento della funzione di controllo, e quindi espressione dei principi d'imparzialità e buon andamento della P.A. ex art. 97 Cost.

34. Nell'opposto senso dell'equiparazione delle aziende speciali agli enti pubblici economici si è – subito dopo l'introduzione della

previsione normativa nel 1990, in riforma del vetusto predecessore dell'azienda municipalizzata – mossa altra e consistente parte della dottrina, che ha concluso per il carattere recessivo della strumentalità quale connotato delle aziende speciali. A tale conclusione si è giunti dall'esame dell'articolazione stessa della gamma di figure operative di gestione dei servizi pubblici locali e già soltanto della contrapposizione di quelle alle istituzioni, queste ultime e solo queste articolate come mere articolazioni organizzative dell'ente territoriali e prive di soggettività giuridica autonoma. Da un lato, la dipendenza finanziaria anche delle aziende speciali dall'ente locale, pure in caso di perdite, non è dirimente, perché nell'autonomia imprenditoriale delle aziende speciali il rapporto con il capitale di dotazione impone a queste di sfruttarlo in modo tale da garantire il recupero delle spese di produzione, informando l'attività ai criteri di efficacia, efficienza ed economicità, garantendo così il pareggio di bilancio e ponendo la copertura dei costi come ipotesi eccezionale. Dall'altro lato, la creazione, con l'attribuzione della personalità giuridica, di un nuovo centro di imputazione giuridica rende di tutta evidenza la forte attenuazione del legame con l'ente locale, sicché l'azienda speciale esce completamente rivista dall'intervento legislativo e risulta modellata sulla base delle nuove esigenze, prevalentemente orientate verso la privatizzazione dei rapporti economici, già soltanto nel senso di un ampliamento del campo di applicazione degli istituti di diritto privato anche ai servizi pubblici, ovvero dell'adozione – di regola – di un modello contrattuale sostanzialmente privatistico.

35. Nel medesimo senso si colgono peraltro ulteriori valutazioni di queste Sezioni Unite, sia pure per lo più in relazione ad aspetti diversi da quello oggetto della presente controversia, a cominciare dall'affermazione (Cass. Sez. U. 15/12/1997, n. 12654, ripresa da Corte conti, sez. aut., 15/01/2014, n. 2) che «il passaggio dall'azienda municipalizzata all'azienda speciale, ... non è un evento

neutrale ai fini ricostruttivi, in quanto l'art. 23 della legge 8 giugno 1990, n. 142, conferendo all'azienda speciale la personalità giuridica e informandone l'attività a criteri di economicità, da un lato, rappresenta "evoluzione e perfezionamento della precedente disciplina come espressione di una tendenza alla privatizzazione dei servizi ovvero all'adozione dei metodi tipici dell'imprenditorialità privata", dall'altro, rimarca la connotazione dell'azienda speciale quale ente pubblico economico, giungendo ad accostarla, "nell'organizzazione ad impresa e nella funzione, alla società per azioni, da cui differisce essenzialmente nella componente soggettiva"».

36. Ancora, si è concluso che (Cass. Sez. U. 07/03/2001, n. 96), «anche prima del nuovo ordinamento delle autonomie locali, le aziende municipalizzate costituivano una struttura dotata di una propria autonomia organizzativa distinta da quella pubblicistica del Comune, che svolgevano la loro attività economica con modalità e strumenti tipicamente imprenditoriali sì da essere equiparate agli enti pubblici economici».

37. Inoltre, si è stabilito che (Cass. Sez. U. 06/06/1997, n. 5085), dopo le «innovazioni radicali apportate dalla legge 8 giugno 1990, n. 142», «le aziende non si presentano più come organi-imprese del Comune ... [e] devono equipararsi agli enti pubblici economici», cui le accomunano l'esercizio di un'attività imprenditoriale e la soggezione alla regolamentazione privatistica dell'imprenditore privato: infatti, «al pari degli enti pubblici economici, le aziende municipalizzate devono poter intervenire nella vita economica in posizione analoga a quella, in cui si trovano le imprese private similari e, quindi, devono poter assumere le decisioni e concludere i conseguenti negozi con la rapidità e la elasticità, con cui queste imprese agiscono».

38. Ed in tema di responsabilità degli amministratori di aziende speciali per la stipula di contratti pubblicitari asseritamente

ingannevoli, Cass. Sez. U. 15/12/1997, n. 12654, ha concluso nel senso che «un ente di tale specie, appartenente ad una categoria con una forte caratterizzazione imprenditoriale che opera nel campo della produzione e dello scambio di beni o di servizi, pur essendo legato all'ente di riferimento di cui costituisce modalità organizzativa con funzione strumentale, è istituito per operare con modalità economiche utilizzando la più elastica normativa privatistica rispetto a quella pubblicistica, più rigida ed articolata nel regime dei controlli e della contabilità ... il fatto che l'azienda speciale (art. 23, comma 4º) debba informare la sua attività "a criteri di efficacia, efficienza ed economicità" con "l'obbligo di pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, compresi i trasferimenti" delinea nettamente la caratteristica dell'attività economica, nei fini e nei mezzi da adottare, che nell'impresa trova la sua espressione istituzionale e funzionale».

39. Di conseguenza, esplicitamente l'azienda in esame è stata qualificata come «ente pubblico economico titolare di impresa», sicché gli atti da quella compiuti rientrano nell'esercizio di una «attività negoziale ... economica [espletata] con ampia libertà, nonché con modalità e strumenti di natura tipicamente imprenditoriale» (Cass. Sez. U. 29/11/1999, n. 829).

40. Potrebbe certamente sostenersi che l'evoluzione dell'azienda speciale verso l'ente pubblico economico *sic et simpliciter* abbia avuto quanto meno una battuta d'arresto con l'art. 114 co. 5bis del t.u.e.l. e le altre modifiche di cui alla legge di stabilità del 2014 (art. 1, co. 550 ss., legge 27 dicembre 2013, n. 147, non applicabili però *ratione temporis*, con più stringenti obblighi per le aziende speciali, equiparate per più versi alle pubbliche amministrazioni di riferimento: sanzioni ai gerenti in caso di gestioni in perdita, cessazione dell'attività a fronte della reiterazione di risultati negativi di esercizio, obbligo di stabilire la modalità con cui concorrere alla realizzazione

degli obiettivi di finanza pubblica, vincoli assunzionali, contenimento delle politiche retributive e consulenze, soggezione al patto di stabilità interno). E nel senso di una sorta di recupero di una tendenza all'immedesimazione strutturale dell'azienda speciale nella pubblica amministrazione di riferimento può vedersi militare l'estensione all'una di specifici divieti e limiti propri dell'altra, tra cui, a titolo esemplificativo, la soggezione al codice di contratti pubblici, quelli in materia delle spese per consulenze, quelli in materia di organizzazione del personale (ad es. quelli ex artt. 6, comma 6, e 33, comma 2, del d.lgs. 165/2001, in relazione agli obblighi rideterminazione della dotazione organica nel triennio precedente e di ricognizione delle eventuali eccedenze di personale), quelli in materia di dotazione del piano triennale anticorruzione (ai sensi dell'art. 1, co. 39, legge 6 novembre 2012, n. 190, come successivamente integrato e modificato; delibere dell'A.N.A.C., tra cui la n. 8/15).

41. E potrebbe pure non ritenersi soddisfacente l'equazione tra carattere imprenditoriale od economico in senso stretto dell'attività svolta ed automatica esclusione della necessità della forma scritta (ricostruita a presidio della buona amministrazione anche per gli Enti pubblici territoriali): infatti, nonostante la natura sicuramente imprenditoriale dell'attività svolta, della normativa sulla forma contrattuale solenne potrebbe predicarsi l'estensione all'azienda speciale a tutela del suo carattere pubblicistico e delle sue indubbe differenze rispetto alla società *in house*, come pure delle sue molto maggiori affinità e dei suoi intensi vincoli e nessi con l'ente territoriale ai cui fini istituzionali è funzionalizzata. Ed un ruolo significativo, in favore dell'estensione della normativa sulla forma solenne, potrebbe poi giocare la considerazione sistematica dell'estrema opportunità di un minimo sostegno *ab externo* funzionale al più trasparente e meditato perseguimento del pubblico interesse cui sono comunque strumentali.

42. Non è tuttavia necessario prendere espressa posizione tra tali contrapposti orientamenti, né sulla complessiva questione della ricostruzione sistematica dell'azienda speciale, perché, ai fini che qui interessano, può bastare – anche e se del caso soltanto strumentalmente – il rilievo riassuntivo di una figura a struttura composita o ibrida, caratterizzata dall'evidente compresenza e dalla reciproca interazione di elementi marcatamente pubblicistici e pienamente privatistici: in particolare, dalla coesistenza della stretta funzionalizzazione agli scopi dell'ente locale, attuata però in forme indirette o di controllo generale e mai con immediato intervento sulle scelte di politica economica ed imprenditoriale e meno che mai sui singoli atti di gestione di questa, con l'autonomia derivante non solo dall'evidente alterità soggettiva rispetto all'ente locale, ma soprattutto dalla libertà – almeno originaria e tendenziale – di quelle scelte, propria di ogni imprenditore in quanto tale.

43. Non è del resto nuovo il rilievo della coesistenza, nell'azienda speciale, di due «anime» distinte: l'una, legata necessariamente alla natura di attività di impresa da essa esercitata, che dovrebbe spingere al conseguimento del miglior risultato economico possibile; l'altra, riflesso dell'imprescindibile rapporto di collegamento – talvolta avvicinato a quello di agenzia – con l'ente locale e con la sua collettività di riferimento, che, se da una parte pone come obiettivo principale il perseguimento dell'interesse generale, dall'altra risente dei vincoli della finanza pubblica e dei condizionamenti «mediati» derivanti dal corpo elettorale.

44. Ora, si ricordi che oggetto dell'attività dell'azienda sociale sono quei servizi pubblici degli enti territoriali espressamente definiti come aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali (art. 112 t.u.e.l. nella formulazione originaria, non modificata sul punto): in riferimento ad essi, la carenza di

rilevanza imprenditoriale impone la forma dell'istituzione, mentre la presenza di quella – in uno alla rilevanza economica – consente la scelta tra più opzioni operative, delle quali la più organicamente collegata all'ente stesso è l'azienda speciale, mentre sempre meno operativo è tale nesso per le forme di partecipazione a società di capitali fino all'esternalizzazione piena di cui al rapporto di concessione.

45. Per definizione, quindi, l'azienda speciale è destinata alla produzione di beni ed attività – queste potendo verosimilmente ricondursi alla nozione di «servizi» di cui alla classica definizione del codice dell'imprenditore – con criteri di efficacia, efficienza ed economicità, con obbligo di pareggio del bilancio (art. 114, co. 4, t.u.e.l., nel testo originario, sul punto non modificato); è allora in ragione di questa circostanza – cioè per il fatto che la sua attività ha ad oggetto appunto la produzione di beni ed attività con rilevanza imprenditoriale ed economica – che l'articolazione dell'ente locale in cui si risolve l'azienda speciale, sebbene rimanga ad esso saldamente collegata con la funzionalizzazione delle scelte generali di politica imprenditoriale e gli altri strumenti di ingerenza e controllo previsti dal suo Statuto in favore dell'ente locale di riferimento, espleta attività imprenditoriale in senso proprio.

46. Se si fa salva la disciplina per particolari tipologie di contratti (tra cui quella, peraltro relevantissima, del codice dei contratti pubblici, varato in tempo successivo ai fatti per cui è causa e così non applicabile *ratione temporis* e la cui applicabilità alle aziende speciali è tutta da verificare), in cui le esigenze pubblicistiche di controllo su imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa riprendono il sopravvento con l'imposizione di forme negoziali del tutto peculiari e solenni, può affermarsi che l'azienda speciale – a prescindere dalla sua qualificazione e quindi se non altro a questi fini – espleta un'attività imprenditoriale in senso proprio, in ordine alla quale nulla

ne giustifica la sottrazione all'esigenza che sia svolta su di un piede di perfetta parità, al di fuori di ogni schema autoritativo, sul mercato e nei confronti delle potenziali controparti, siano esse altri imprenditori o consumatori ed utenti.

47. Ne consegue che, a prescindere dalla qualificabilità o meno dell'azienda speciale come ente pubblico economico ad ogni altro o complessivo effetto (questione che non è necessario risolvere nella fattispecie e che si lascia quindi impregiudicata), almeno nel momento dell'individuazione della disciplina applicabile alla sua attività negoziale ordinaria, in cui si risolve anzi la stessa sua funzione e ragion d'essere per la natura imprenditoriale dei beni e servizi la cui produzione le è affidata, il suo inserimento funzionale nella stessa organizzazione della pubblica amministrazione degrada a mero unilaterale presupposto delle determinazioni alla contrattazione e non può allora imporre – salva ovviamente un'eventuale disciplina speciale per determinate categorie di contratti, come nel caso del codice dei contratti pubblici, non applicabile però *ratione temporis* alla fattispecie – le forme garantistiche a tutela della pubblica amministrazione nel momento in cui persegue direttamente i fini suoi istituzionali ed in ambito *lato sensu* autoritativo.

48. Le più impegnative forme imposte ai contratti con la Pubblica Amministrazione sarebbero in sostanza, da un lato, incompatibili con la rapidità e l'elasticità imposte dalla natura dell'attività espletata dalle aziende (Cass. Sez. U. 06/06/1997, n. 5085, cit.) e, dall'altro, integranti un ingiustificato privilegio a favore di soggetti che gestiscono appunto per definizione un'attività imprenditoriale, sia pure pubblicisticamente orientata, senza considerare le esigenze di tutela delle controparti, che legittimamente si attendono – in difetto di norme chiare in senso contrario – di potere contrattare liberamente con l'imprenditore che si trovano davanti ed in applicazione dei

principi generali sulla tendenziale o normale libertà delle forme negoziali.

49. La possibilità dell'esenzione dalle forme solenni – e sempre salve le eventuali discipline su forme speciali per particolari categorie contrattuali o negoziali – in caso di contrattazione con imprese commerciali è del resto già *in nuce* perfino nella disciplina originaria dell'art. 17 del r.d. 2440 del 1923, laddove tale norma ammette la conclusione dei contratti con la Pubblica Amministrazione a mezzo di ordinaria corrispondenza – e quindi con l'usuale strumento dello scambio di proposta ed accettazione – in caso di contratti conclusi, «secondo l'uso del commercio, ... con ditte commerciali», a riprova della forza espansiva della tendenziale libertà delle forme, fatta propria dal sistema del codice civile, soprattutto e se non altro dinanzi all'ordinario funzionamento del mercato e quando la Pubblica Amministrazione, abbandonando – per libera scelta – la sua veste autoritativa, accetta di operarvi e di mettersi in gioco, così dovendo accettare allora le sue regole.

50. È così la natura imprenditoriale dell'attività istituzionalmente svolta a connotare la forma –normalmente libera – dei negozi posti in essere nello svolgimento ed in estrinsecazione di quella (e, quindi, non necessariamente determinando l'applicazione della disciplina privatistica sotto ogni altro aspetto, soprattutto quanto ai rapporti interni o con l'ente di riferimento, ovvero a fini di responsabilità verso l'ente locale e di giurisdizione contabile in luogo di quella ordinaria), senza propagazione o estensione delle garanzie volte più specificamente alla disciplina delle attività prive di quella stessa preminente rilevanza imprenditoriale od economica e che, se non altro descrittivamente, possono indicarsi come espressione di potestà autoritative.

51. Può pertanto concludersi – così superato l'originario unico esplicito precedente di legittimità sopra ricordato (Cass. 23/04/2014,

n. 9219) ed affermato espressamente il principio di diritto a definizione della questione di massima di particolare importanza rimessa a queste Sezioni Unite – che, in dipendenza della natura imprenditoriale dell'attività svolta dall'azienda speciale di ente territoriale e della sua autonomia organizzativa e gestionale rispetto all'ente di riferimento, l'azienda stessa, pur appartenendo – se non altro a diversi ed ulteriori fini e rimanendo soggetta ai controlli ed alle altre forme di funzionalizzazione agli scopi istituzionali dell'ente di riferimento espressamente previsti – al sistema con il quale la pubblica amministrazione locale gestisce i servizi pubblici che abbiano per oggetto produzioni di beni ed attività rivolte a soddisfare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, non può qualificarsi, ai fini della normativa sulla forma dei contratti di cui agli artt. 16 e 17 r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, pubblica amministrazione in senso stretto; con la conseguenza che per i suoi contratti, salva l'applicazione di speciali discipline per particolari categorie, non è imposta la forma scritta *ad substantiam*, né sono vietate la stipula *per facta concludentia* o mediante esecuzione della prestazione ex art. 1327 cod. civ., ma vige, al contrario, il principio generale della libertà delle forme di manifestazione della volontà negoziale.

52. La sentenza della Corte di appello di Milano qui gravata ha applicato tale principio, sia pure in base alla non necessaria qualificazione dell'azienda speciale come ente pubblico economico, ma, per il resto, correttamente rilevando che la natura pubblica del soggetto influenza esclusivamente il piano interno dell'organizzazione, mentre le relazioni intersoggettive interamente ricadono nel dominio del diritto privato; corretta è dunque la conclusione che le aziende speciali degli enti locali sono soggette alle norme di diritto pubblico per quanto riguarda la loro organizzazione interna ed a quelle di

diritto privato per quanto riguarda l'attività economica (ovvero operativa concreta di gestione dei servizi pubblici) posta in essere.

53. Ne consegue che, in definitiva, bene nelle condotte di ASEC – la quale ha continuato ad approvvigionarsi del gas anche dopo la proposta di rinnovo con prospettazione di accettazione tacita in tale evenienza – poteva ravvisarsi l'«esistenza di una volontà dell'azienda di proseguire nel rapporto commerciale con ENI» alle nuove condizioni oggetto della proposta di rinnovo, sicché questo era stato validamente concluso e fondata era la pretesa del corrispettivo in ragione del nuovo prezzo da quello risultante.

54. L'unitario motivo di ricorso deve, pertanto, definirsi infondato e va rigettato.

55. Tanto comporta, col riconoscimento della fondatezza della pretesa della fornitrice in base alla reputata validità del contratto rinnovato come intercorso con la cliente azienda speciale, l'assorbimento in senso proprio del ricorso incidentale della fornitrice: ciò che succede, com'è noto (v., tra le altre, Cass. Sez. U. 17/02/2017, n. 4225, ovvero Cass. 27/12/2013, n. 28663), quando la decisione sulla domanda assorbita diviene superflua, per sopravvenuto difetto di interesse della parte, la quale con la pronuncia sulla domanda assorbente ha conseguito la tutela richiesta nel modo più pieno (mentre l'assorbimento è in senso improprio quando la decisione assorbente esclude la possibilità di provvedere sulle altre questioni, ovvero comporta un implicito rigetto di altre domande per la soluzione di una questione di carattere esaustivo: v. anche Cass. 12/07/2016, n. 14190).

56. Tanto dichiarato in dispositivo, peraltro, la novità della questione e l'esistenza di un solo esplicito precedente in senso contrario alla soluzione qui accolta integrano i presupposti per una integrale compensazione delle spese del giudizio di legittimità, secondo l'art. 92 cod. proc. civ. nel testo applicabile in relazione alla

data di inizio in primo grado del giudizio (decreto ingiuntivo del 30/06/2005).

57. Infine, va dato atto – mancando la possibilità di valutazioni discrezionali (tra le prime: Cass. 14/03/2014, n. 5955; tra le innumerevoli altre successive: Cass. Sez. U. 27/11/2015, n. 24245) – della sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 13 comma 1-quater del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, inserito dall'art. 1, comma 17, della l. 24 dicembre 2012, n. 228, in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione: norma in forza della quale il giudice dell'impugnazione è vincolato, pronunciando il provvedimento che definisce quest'ultima, a dare atto della sussistenza dei presupposti (rigetto integrale o inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione) per il versamento, da parte dell'impugnante soccombente (nella specie, delle ricorrenti principali, essendo stato dichiarato assorbito quello incidentale), dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione da essa proposta, a norma del co. 1-*bis* del detto art. 13.

P. Q. M.

Rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito il ricorso incidentale condizionato.

Compensa tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13, co. 1-*quater*, d.P.R. 115/02, come modif. dalla l. 228/12, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte delle ricorrenti principali, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso da quelle proposto, a norma del co. 1-*bis* dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma il 17/07/2018.