

Società miste

Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 23 settembre 2008, n. 4603 - Pres. Barbagallo, Est. Vigotti.

La costituzione di una società mista pubblico-privato, per l'affidamento dell'esecuzione di un'opera o di un servizio pubblico senza necessità di gara, è legittima se la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato ha ad oggetto l'attribuzione specifica dei compiti che la nuova società sarà chiamata ad assolvere collegati all'acquisto della qualità di socio.

ORIENTAMENTI

Giurisprudenza	<i>Conforme:</i> Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustizia-amministrativa.it ; Consiglio di Stato, sez. V, 1 luglio 2005, n. 3672, in www.giustizia-amministrativa.it . <i>Difforme:</i> Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589, in www.giustizia-amministrativa.it .
Dottrina	<i>Conforme:</i> M. Clarich, <i>Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti «in house» e concorrenza per il mercato</i> , in <i>Corr. Giur.</i> , 2007, 7, 895; M. Dugato, <i>La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008. I servizi pubblici locali</i> , in <i>questa Rivista</i> , 2008, 12, 1219; A. Sau, <i>Il dilemma delle società miste: divieto di affidamento diretto e forza del partnerariato</i> , in <i>Rivista trimestrale degli appalti</i> , 2006, 4, 987 ss

Omissis.

Diritto

La questione posta all'attenzione di questo Consiglio riguarda la legittimità della procedura con la quale Idra Patrimonio s.p.a., società ad integrale capitale pubblico locale, proprietaria delle reti, degli impianti e delle dotazioni patrimoniali per lo svolgimento del servizio idrico integrato nel territorio di trentasette comuni dell'area del nord-est milanese, ha indetto gara ristretta per reperire, a livello europeo e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il socio privato di minoranza con il quale costituire una società a responsabilità limitata alla quale affidare, senza ulteriore gara, la realizzazione dei lavori di manutenzione straordinaria, potenziamento ed estensione delle infrastrutture di proprietà o comunque strumentali al servizio stesso.

I) Gli atti di tale procedura, ad iniziare dal bando di gara, sono stati impugnati da alcune imprese del settore che, pur non avendo presentato offerta benché invitate, ritengono di avere interesse a contestare il modulo stesso scelto dall'amministrazione aggiudicatrice per affidare l'esecuzione dei lavori, che li renderebbe indisponibili per il mercato e alla concorrenza per un quinquennio. L'amministrazione resistente, sia in primo grado che in appello, eccepisce invece l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, dal momento che essa stessa potrebbe eseguire i lavori direttamente, possedendo i requisiti necessari.

L'eccezione non può essere condivisa: l'interesse delle ricorrenti interseca precisamente l'atto di indizione della gara, perché è al modulo prescelto dall'amministrazione che esse riferiscono l'esclusione lamentata, e che esse rifiutano, ritenendolo lesivo: ne deriva che, come hanno rilevato i primi Giudici, il ricorso è stato esattamente indirizzato avverso il bando, inteso come manifestazione della scelta e a prescindere dalla sua concreta espansione procedurale, senza che assumano rilevanza la mancata presentazione di offerta e la possibilità, per Idra Patrimonio, di eseguire direttamente le opere di cui trattasi.

Ulteriore conseguenza dell'esatta individuazione dell'interesse fatto valere e dell'oggetto del giudizio è l'infondatezza anche dell'eccezione di inammissibilità per mancata notificazione ad almeno un controinteressato, e di quella, sostenuta dalle ditte che, in raggruppamento temporaneo, hanno vinto la gara, di improcedibilità per omessa impugnazione dell'aggiudicazione. Una volta chiarito che il senso del ricorso è da ricondurre alla contestazione dello stesso schema operativo con il quale l'amministrazione intende assolvere i propri compiti, l'emergere di posizioni di controinteresse e l'esito della procedura si situano in un momento successivo ed eventuale, necessariamente ininfluenza sull'interesse tempestivamente azionato.

Per esaurire l'ambito delle eccezioni preliminari, il Collegio deve ancora esaminare quella relativa alla pretesa inammissibilità dell'atto di opposizione ex art. 10 dpr n. 1199 del 1971 proposto da Idra Patrimonio, eccezione svolta dalle ricorrenti in primo grado e respinta dal Tar.

L'eccezione è palesemente infondata ed è smentita dallo stesso comportamento processuale delle parti ricorrenti, che hanno proposto il gravame proprio sul presupposto della qualità di ente pubblico della amministrazione procedente, della quale, del resto, è indubitabile la funzione di amministrazione aggiudicatrice e la natura di organismo di diritto pubblico. Ad Idra Patrimonio, pertanto, nello specifico settore di competenza, appartengono tutte le facoltà e i diritti propri delle pubbliche amministrazioni procedenti, ivi compresi quelli inerenti il diritto di difesa in giudizio, tra i quali quello previsto dalla norma richiamata.

II) Le eccezioni di rito, proposte in primo grado e riproposte in appello da entrambe le parti, sono quindi infondate, e può passarsi, pertanto, all'esame del merito del ricorso.

L'argomento della possibilità, per l'amministrazione pubblica, di avvalersi del modello organizzativo della società mista per l'espletamento dei compiti di istituto è stato oggetto, negli ultimi tempi, di elaborazione giurisprudenziale in sede sia comunitaria che nazionale.

In particolare, con il parere della seconda Sezione di questo Consiglio di Stato n. 456 del 18 aprile 2007 e con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 3 marzo 2008, sono state indagate le condizioni alle quali è subordinata la legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società.

A tale proposito, è stata posta in luce la differenza tra la società in house e la società mista, laddove la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione «dal punto di vista sostantivo» (in ragione del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'amministrazione stessa), mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica maggioritaria, in cui il socio privato sia scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza.

III) Il caso di specie, nel quale una amministrazione aggiudicatrice indice una gara per reperire il socio privato (operativo) di minoranza, si inserisce nel paradigma della creazione di una società mista: irrilevanti, pertanto, sono gli accenni, contenuti negli atti di causa, a forme diverse quali o più generali, quali il partenariato pubblico privato (che è figura ampia, nella quale rientra qualsiasi collaborazione tra ente pubblico e soggetto privato, anche sotto forma di concessione) ovvero l'accordo quadro, di cui alla direttiva 93/38 CE, che postula la fissazione di regole generali di realizzazione di un programma e le modalità di determinazione di successivi rapporti negoziali, ma non la creazione di una specifica e apposita società.

Come si è detto, la giurisprudenza che si è formata sul tema che ci occupa ha riferimento a casi di affidamento della gestione di un servizio pubblico: nel caso in esame, sia pure nella non sufficiente chiarezza circa l'attività oggetto della gara, pare che la costituenda società debba essere affidataria non del servizio o di parte di esso, ma del compito inerente la manutenzione e l'adeguamento

della rete idrica (secondo quanto si legge nella documentazione di gara).

Comunque, come rileva il citato parere della seconda Sezione, il modello delle società miste è previsto in via generale dall'art. 113 comma 5 lett. b) d.lgs. n. 267 del 2000, come modificato dall'art. 14 d.l. n. 269 del 2003 e dalla relativa legge di conversione, n. 326 del 2003, norme che, pur avendo attinenza ai contratti degli enti locali, delineano un completo paradigma, valido anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali. E che tale modello valga anche al di fuori del settore dei servizi, lo si evince dall'art. 1 comma 2 e dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), che contemplano il caso di società miste per la realizzazione di lavori pubblici e per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica.

IV) Condizione perché possa essere ritenuto legittimo il ricorso alla scelta del socio, al fine della costituzione di una società che divenga affidataria dell'esecuzione dell'opera senza necessità di gara, è, secondo il predetto parere, che attraverso la procedura non si realizzi un affidamento diretto alla società mista, ma piuttosto un affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo. Il modello, in altre parole, trae la propria legittimità dalla circostanza che la gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato abbia ad oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi e quella della qualità di socio.

La illegittimità della procedura esperita da Idra Patrimonio nel caso di specie, allora, non risiede, come ha ritenuto il Tar nella sentenza impugnata, nel «contrasto della forma di società delineata con il principio di nominatività e tassatività degli istituti e degli strumenti dell'ordinamento pubblico, anche di derivazione comunitaria», che, invece, conosce da tempo tale modulo operativo, ma nella indeterminatezza dei compiti che la nuova società sarà chiamata ad assolvere, in definitiva nella mancata identificazione dei concreti compiti operativi collegati all'acquisto della qualità di socio. Come si è già accennato, infatti, gli atti di gara non identificano con sufficiente precisione le opere oggetto dell'appalto, limitandosi la stazione appaltante a indicare gli importi e i costi in termini di massima e a precisare che la società avrebbe dovuto realizzare «tutti quei lavori ...che l'Ato della provincia di Milano deciderà di finanziare con i suoi piani annuali». La scelta del socio, ancorché selezionato con gara, non avviene dunque per finalità definite, ma solo al fine della costituzione di una società «generalista», alla quale affidare l'esecuzione di lavori non ancora identificati al momento della scelta stessa: tale circostanza rende di per sé illegittimo l'affidamento diretto dell'esecuzione dei lavori, secondo il modulo delineato con i contestati provvedimenti.

Sul piano sostanziale, può essere ancora aggiunto che la riscontrata illegittimità non riposa solamente su un motivo formale, ma trova corrispondenza sulla distorsione della concorrenza che concretamente ne deriva: è infatti evidente che la scelta di assumere l'incarico operativo per l'esecuzione di lavori indeterminati ma di rilevanti

importi, e per la durata di un quinquennio, è di per sé discriminante in danno delle imprese di piccole dimensioni, che ben potrebbero, invece, concorrere per singoli lavori, di portata più limitata e ben precisata.

L'appello principale e quello proposto sotto forma inci-

dentale dalle imprese sostanzialmente controinteressate in primo grado devono dunque essere respinti, mentre la sentenza impugnata deve essere confermata, sia pure con diversa motivazione.

Omissis.

Il commento

di Francesco Giovanni Albisinni

Il Consiglio di Stato torna ad occuparsi di società miste, confermandone la legittimità. La validità degli affidamenti operati attraverso tale modello gestionale è però subordinata al rispetto dei criteri individuati con il parere n. 456/2007. Perché la procedura sia legittima è necessario che l'affidamento abbia ad oggetto compiti ben determinati, contestuali alla scelta del socio. Un criterio ermeneutico più generale, basato su indici sostanziali, è stato elaborato dalla Corte costituzionale. La distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica ed attività d'impresa degli enti pubblici costituisce canone decisivo per l'interprete.

Premessa

Le società a partecipazione pubblica costituiscono componente significativa e rilevante del nostro sistema economico (1). Molte di queste società, soprattutto quelle operanti per (e con) gli enti locali, sono partecipate congiuntamente da soggetti pubblici e privati (2). Queste società, definite miste, sono ormai da anni oggetto di ripetuti interventi normativi e giurisprudenziali. L'ordinamento comunitario è infatti neutrale rispetto al regime di proprietà delle imprese (3), purché questo non crei ostacoli alla tutela della concorrenza. La presenza di una commistione tra i soggetti pubblici e privati, anche se in linea di principio non è espressamente vietata, impone cautela, per le potenziali distorsioni alla concorrenza che possono derivarne.

Ancora poco tempo fa, in sede di adunanza plenaria, il Consiglio di Stato ha affermato - a proposito delle società miste - che «allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo. Si corre il rischio di dar luogo ad interpretazioni «*praeter legem*», che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia» (4).

La sentenza qui in commento conferma, pur in assenza degli attesi interventi del giudice comunitario, la legittimità del ricorso alle società miste nel nostro ordinamento, con i limiti già individuati dal Consiglio di Stato nel parere 18 aprile 2007, n. 456, richiamato nelle motivazioni della sentenza (5). Dopo aver esaminato la vicenda da cui è scaturito il giudizio, si passerà ad analizzare le attuali posizioni comunitarie in materia di società miste.

Note:

(1) V. *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, settembre 2008, in www.assonime.it. Le società detenute dallo Stato attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze sono circa quattrocento, ed occupano mezzo milione di lavoratori; le società partecipate dagli enti locali sono 4874.

(2) Si tratta di circa l'ottanta per cento delle società partecipate dagli enti locali. V. *Principi di riordino cit.*, 9.

(3) V. art. 295, Trattato che istituisce la Comunità europea.

(4) Consiglio di Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

(5) La sentenza si inserisce in un percorso interpretativo ormai decennale del giudice amministrativo, volto a precisare limiti ed ambito di operatività del ricorso al modello società mista. La prima rilevante sentenza in materia, Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, ha stabilito che: «[q]uando, infatti, attiene all'individuazione di un «socio imprenditore» [...] dotato, come e in quanto tale, di significativi requisiti tecnico finanziari e strutturali, tale scelta non può essere rimessa a semplici giudizi soggettivi unilaterali, ma va esternata all'esito di un giudizio comparativo adeguatamente formalizzato, atto ad evidenziare che la scelta stessa è caduta su un soggetto che più di altri, sul piano della concorrenzialità, è in grado di assicurare la migliore funzionalità del servizio, anche in termini di economicità, nell'interesse preminente della collettività locale. La costituzione della società a capitale pubblico maggioritario per l'affidamento ad essa di un pubblico servizio non si sostanzia, infatti, nella scelta di un socio qualsiasi, ma nella scelta di un socio imprenditore, con la conseguenza che essa dovrà avvenire avvalendosi di quegli strumenti concorsuali che l'ordinamento ha via via affinato ai fini dell'individuazione del soggetto privato chiamato a svolgere attività o servizi in favore dell'Amministrazione». In senso conforme, v. Consiglio di Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2835, Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, Consiglio di Stato, sez. V, 15 febbraio 2002, n. 917, in www.giustizia-amministrativa.it. La successiva giurisprudenza ha precisato che la scelta del socio attraverso procedure di evidenza pubblica era da considerarsi idonea a consentire l'affidamento diretto: «in caso di società mista in cui il socio privato è scelto con procedura di evidenza pubblica, non occorre una seconda gara per l'affidamento dell'appalto», Tar Sicilia, Catania, sez. II, 18 aprile 2005, n. 671, in www.giustizia-amministrativa.it. Un orientamento più restrittivo è stato suggerito da una recente giurisprudenza minoritaria, secondo la quale sono comunque necessarie due gare per l'affidamento del servizio ad una società mista, anche se il socio privato
(segue)

Successivamente si preciserà l'interpretazione del Consiglio di Stato, espressa dalla recente giurisprudenza. Infine si darà conto del criterio interpretativo elaborato dalla recente giurisprudenza della Corte costituzionale, che, basandosi su indici sostanziali, fornisce una lettura sistematica del quadro disciplinare delle società miste.

Il caso

La vicenda oggetto del giudizio prende le mosse dall'avvio, da parte di una società pubblica titolare della gestione del servizio idrico di alcuni comuni, del procedimento inteso a costituire una società mista per la realizzazione di lavori di manutenzione alle infrastrutture della rete idrica.

Idra Patrimonio s.p.a., società ad integrale capitale pubblico locale, proprietaria delle reti per lo svolgimento del servizio idrico integrato nel territorio di 37 comuni della provincia di Milano, aveva indetto una licitazione privata per la realizzazione dei lavori strumentali a tale servizio, ivi compresi quelli riguardanti la manutenzione straordinaria, il potenziamento e l'estensione delle relative infrastrutture, attraverso la selezione di un soggetto imprenditore con cui costituire una società a responsabilità limitata.

Due principali ordini di motivazioni favorivano, ad avviso della società pubblica, la scelta di costituire una società mista. I lavori oggetto della procedura di evidenza pubblica erano finanziati per la maggior parte (il 70%) dall'Ato (ambito territoriale ottimale) della provincia di Milano, con erogazioni annuali di entità variabile, che rendevano non praticabile la possibilità di procedere ad affidamenti separati con appalti oggetto di specifiche ed autonome procedure. Il carattere unitario della rete infrastrutturale e la stretta connessione tra questa e l'erogazione del servizio idrico integrato rendevano inoltre necessario che ad occuparsi dei lavori di manutenzione ed ammodernamento fosse un solo soggetto, almeno per un periodo di tempo significativo.

Per queste ragioni veniva altresì specificato che la nuova società avrebbe avuto una durata di cinque anni. A seguito della richiesta di chiarimenti di alcune imprese interessate, la società pubblica ha precisato che l'istituenda società mista «nei cinque anni di vita societaria [...] realizzerà tutti quei lavori che l'Ato della provincia di Milano deciderà di finanziare con i suoi piani annuali» (6).

Avverso la lettera d'invito ed il bando di gara è stato proposto ricorso da una delle predette imprese. Il giudice amministrativo di primo grado ha accolto il

ricorso, annullando gli atti impugnati, ritenendo che la procedura scelta per l'affidamento dei lavori non poteva ritenersi compatibile con il principio di tassatività e nominatività degli istituti e strumenti dell'ordinamento pubblico, anche di derivazione comunitaria.

Dunque la questione oggetto del giudizio investe specificatamente la legittimità del modulo organizzativo della società mista nel nostro ordinamento, e la possibilità di affidarle dei lavori senza ulteriori procedure se non quella riguardante la scelta del socio.

La sentenza del Consiglio di Stato ha confermato la decisione del Tar, argomentando però le proprie scelte in maniera del tutto differente rispetto al giudice di primo grado.

La piena legittimità del ricorso al modello delle società miste è stata infatti confermata, con esplicita adesione ai principi enunciati nel parere num. 456/2007, purché ricorrano le seguenti condizioni, sulle quali si tornerà in seguito:

a) attraverso la procedura non deve realizzarsi «un affidamento diretto alla società mista», ma l'affidamento «con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo» (7);

b) in ogni caso, l'affidamento deve avere durata limitata nel tempo, per evitare il sorgere di rendite di posizione in capo al privato.

Nel caso di specie, l'illegittimità della procedura non risiedeva nel modulo organizzativo prescelto, ma nella (non) determinazione dei compiti concretamente affidati alla costituenda società. Le opere oggetto dell'appalto non erano state ben identificate dall'amministrazione aggiudicatrice, e l'acquisto della qualità di socio, ad avviso del Consiglio di Stato, avrebbe posto il partner privato in una condizione di indebito vantaggio, causando una distorsione della concorrenza.

Pur confermando la legittimità del ricorso al modello delle società miste per la realizzazione e/o gestione dei servizi e di opere pubbliche, il Consiglio di Stato allo stesso tempo ha riaffermato i rigorosi limiti posti all'utilizzazione di tale modello, che ne

Note:

(segue nota 5)

to è scelto con procedura di evidenza pubblica, v. Consiglio di giustizia per la regione Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589, in www.giustizia-amministrativa.it.

(6) Cons. Stato, n. 4603/2008.

(7) Cons. Stato, n. 4603/2008.

fanno uno strumento ancora praticabile, ma soltanto all'interno di un preciso quadro di condizioni. In questa prospettiva la definizione dei limiti e delle condizioni riguardanti le società miste è vincolata alle decisioni della giurisprudenza comunitaria.

Le posizioni comunitarie

A più riprese la Corte di giustizia delle Comunità europee si è occupata delle problematiche relative all'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società pubbliche ed a società a partecipazione mista pubblico-privato, sotto il profilo della compatibilità con le disposizioni comunitarie poste a tutela della concorrenza.

In un primo momento la deroga alla concorrenza, che si traduceva nella possibilità di evitare la procedura di evidenza pubblica nell'affidamento, era ammessa indipendentemente dalla composizione del capitale della società affidataria, purché fossero rispettati i due fondamentali requisiti del controllo analogo a quello che il socio pubblico esercita sui propri servizi e dello svolgimento della parte prevalente di attività a favore dell'ente pubblico di appartenenza (8).

L'ampiezza della deroga, che già di per sé costituiva un'eccezione rispetto ai principi della concorrenza, è stata via via ristretta.

Con successive pronunce la Corte ha posto ulteriori limiti all'affidamento diretto. Innanzitutto è stato affermato che la semplice presenza, anche minoritaria, del socio privato, esclude in ogni caso la possibilità di procedere ad un affidamento *in house* (9). La riconducibilità al modello dell'affidamento diretto è stata inoltre esclusa anche in altre ipotesi: quando lo statuto della società affidataria prevede una possibile apertura a capitali privati; quando l'impresa ha acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico; quando il consiglio di amministrazione della società affidataria è titolare di ampi poteri gestionali, tali da essere esercitati in autonomia; quando una partecipazione pubblica indiretta rende incerto il collegamento con la società affidataria (10).

Simili *restraint* da parte della giurisprudenza comunitaria, qui brevemente richiamati, hanno portato parte della dottrina ad esprimersi in termini negativi rispetto ad una possibile sopravvivenza di questi modelli gestionali all'interno del nostro ordinamento (11). La successiva giurisprudenza nazionale, e da ultimo anche questa sentenza, ha smentito, almeno per il momento, le previsioni sulla fine delle società miste.

Va detto che i confini tra affidamenti *in house* e società miste non si presentano ancora del tutto definiti, sia sul piano normativo che su quello giurisprudenziale, specialmente in riferimento alla sussistenza del requisito del controllo analogo (la presenza del quale permetterebbe - insieme al requisito della destinazione prevalente dell'attività all'ente pubblico di appartenenza - di procedere ad aggiudicazione diretta del servizio ad un soggetto giuridicamente distinto dall'amministrazione) (12). E tuttavia sembra possibile, secondo autorevole dottrina (13), individuare una linea interpretativa tendente a marcare i confini tra affidamenti *in house* e società miste.

Ulteriori significative indicazioni provengono anche dai recenti interventi della Commissione europea che, in assenza di una normativa specifica, ha inteso chiarire, con atti di *soft law*, limiti e confini delle società miste o - per utilizzare la terminologia

Note:

(8) In questo senso il noto caso *Teckal*, Corte di giustizia Ce, sez.V, 18 novembre 1999, causa C-107/98.

(9) V. Corte di giustizia Ce, sez. I, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*. V. A. Clarizia, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it.

(10) V. Corte di giustizia Ce, sez. I, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*; Corte di giustizia Ce, Grande sezione, 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*; Corte di giustizia Ce, Prima sezione, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbontermo*. In dottrina, v. R. Ursi, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società «in house»*, in *Foro it.*, 4/2006, 79 ss.

(11) V. M.P. Chiti, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Il foro amministrativo-T.A.R.*, 2006, 3,1166.

(12) Sul piano normativo, si può ricordare, ad esempio, il caso del reg. Ce 23 ottobre 2007, n. 1370 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia. L'art. 5, par. 2, lett. a), di tale regolamento, al fine di verificare la sussistenza del requisito del controllo analogo, dispone che: «[c]onformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100 % da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri». In questo caso, dunque, si manifesta una riapertura verso indici meno formali e maggiormente ancorati a criteri sostanzialistici, e non assume carattere decisivo la proprietà interamente pubblica della società a cui viene affidato il servizio, per determinare la presenza o meno del controllo analogo. Sul piano giurisprudenziale va rilevato che la Corte di Giustizia ha di recente riconosciuto la sussistenza del controllo analogo, anche se il comune affidante non esercitava un controllo diretto sulla società affidataria. È stato ritenuto sufficiente il controllo esercitato attraverso la maggioranza dei soggetti - tutti pubblici - partecipanti alla società. V. Corte di Giustizia Ce, Terza sezione, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel*.

(13) V. in questo senso M. Clarich, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti «in house» e concorrenza per il mercato*, in *Corriere giuridico*, 7/2007, 895.

comunitaria - dei partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (14). La collaborazione tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto privato, secondo la posizione espressa ancora nel 2007 dalla Commissione, non potrebbe determinare una deroga alla disciplina degli appalti pubblici (15), così come avviene per l'*in house*. In questa prospettiva le società miste vengono ricondotte nell'alveo della concorrenza, imponendo per la presenza del partner privato l'esperimento delle procedure di evidenza pubblica (16). Rimane ancora poco chiaro - ed è questo il problema a cui la sentenza n. 4603/2008 del Consiglio di Stato ha dato una (almeno provvisoria) soluzione - se le predette procedure di evidenza pubblica debbano sostanzialmente, al fine di garantire il rispetto dei principi comunitari, in una doppia gara, avente ad oggetto la scelta del socio privato e successivamente l'affidamento del servizio, o se sia possibile, in un solo momento ed in modo unitario, scegliere il socio e contestualmente affidargli il servizio.

La Commissione si è mostrata scettica verso la praticabilità della prima ipotesi, che del resto renderebbe quasi nulla l'utilità di tale modulo organizzativo. Non vi sarebbe infatti alcuna convenienza per i privati, i quali si troverebbero costretti a partecipare a due gare per collaborare con la pubblica amministrazione nello svolgimento dei compiti affidati (17). La seconda strada appare maggiormente percorribile, purché vengano rispettate alcune cautele al fine di evitare distorsioni nella concorrenza. La scelta del partner privato - secondo la Commissione - dovrebbe avvenire all'interno di una procedura «che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto». Solo così sarebbe possibile «costituire un Pppi in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura» (18).

Anche il Parlamento Europeo sembra ritenere preferibile questo orientamento, lì ove nella Risoluzione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, ha concluso che: «se il primo bando di gara per la costituzione di un'impresa mista è risultato preciso e completo, non è necessario un ulteriore bando di gara» (19).

La validità di questo modello, favorevolmente valutato in sede comunitaria, non è stata ancora confermata né smentita dalla Corte di giustizia. Allo sta-

to, sembra dunque di poter dire che la questione è impregiudicata, poiché le precedenti sentenze della Corte in materia (20) sono riferite a fattispecie parzialmente diverse. Se è vero che questa giurisprudenza ha escluso la possibilità dell'affidamento diretto in presenza di un socio privato, d'altro canto nessuna di tali decisioni si è espressa sulla diversa questione, se la competizione per l'acquisto della posizione di socio sia idonea a supplire la mancanza di una successiva procedura di evidenza pubblica nell'affidamento del servizio (21).

La questione è stata recentemente rimessa alla Corte di giustizia delle Comunità europee in via pregiudiziale dal giudice amministrativo italiano (22), ma non ancora decisa in riferimento ai profili soprarichiamati.

In attesa di pronunce in punto della giurisprudenza comunitaria, è dunque necessario verificare quali siano le risposte elaborate dai giudici nazionali, in riferimento alle società miste.

L'interpretazione del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, in assenza di formulazioni univoche e certe nell'ordinamento comunitario, ha

Note:

(14) Cui si affiancano, nella terminologia comunitaria, i partenariati contrattuali. Questi ultimi si fondano su «legami esclusivamente convenzionali», mentre gli altri implicano una cooperazione tra i soggetti che vi fanno parte al fine della «creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato». V. Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM(2004) 327 def., punto 20.

(15) V. Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, COM(2007) 6661, par. 2.1.

(16) Viene tuttavia espressamente affermato che le indicazioni fornite dalla Commissione non riguardano appalti pubblici e concessioni di servizi disciplinati dall'art. 5, par. 2-7, del reg. CE n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia. V. COM(2007) 6661, par. 1, nota 7.

(17) V. F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Diritto dell'economia*, 2005, 2, 258.

(18) COM(2007) 6661, par. 2.2.

(19) 2006/2045(INI), punto 40.

(20) V. *supra*, note 8-9-10.

(21) Nel caso *Stadt Halle*, che ha inaugurato il nuovo corso della giurisprudenza comunitaria in materia, il socio privato era stato scelto sulla base di valutazioni di carattere fiduciario, dunque senza ricorso a gara. Nei casi *Carbontermo* e *Parking Brixen* le società affidatarie erano state costituite molto tempo prima degli affidamenti contestati, ed il loro statuto permetteva l'esercizio di una serie rilevante di differenti attività. Anche nel caso *Coname* la società affidataria era stata costituita in precedenza rispetto all'affidamento diretto del servizio.

(22) Tar Sicilia, Sez. Catania, sez. III, ord. 22 aprile 2008, n. 164.

intrapreso un percorso interpretativo, volto alla definizione delle condizioni in presenza delle quali è ammissibile il ricorso alle società miste nel nostro ordinamento (23). Nel tempo tali condizioni sono state precisate (24), fino alle ultime indicazioni giurisprudenziali.

La soluzione elaborata con il parere n. 456/2007 è stata definita «intermedia» (25): da un lato esclude la necessità del ricorso alla doppia gara, per la scelta del socio privato e, successivamente, per l'affidamento del servizio (26); dall'altro però considera non compatibile con i principi comunitari della concorrenza l'affidamento diretto alla società mista di attività non pre-definite, pur se il socio privato è stato scelto tramite gara.

La sentenza n. 4603/2008 si inserisce in questo percorso interpretativo, precisandone i presupposti ed i contenuti. Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha confermato la decisione del giudice del primo grado, ma con alcuni precisi distinguo, assicurandosi di chiarire la portata della propria giurisprudenza. Innanzitutto ha riconfermato la legittimità del ricorso alle società miste nel nostro ordinamento, censurando apertamente le contrarie valutazioni in punto del Tar Lombardia. Il modello delle società miste sarebbe previsto in via generale dall'art. 113, comma 5, lett. b), d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (27), che delineerebbe un paradigma valido non soltanto per il settore dei servizi pubblici, come confermato anche dalle previsioni del codice dei contratti pubblici (28), che prevedono l'ipotesi della realizzazione di lavori pubblici affidati ad una società mista (29).

Posta questa premessa, il Consiglio di Stato riafferma però che l'affidamento alle società miste è vincolato ad una precisa serie di condizioni.

La partecipazione del privato alla società mista non può essere indefinita nel tempo, ma deve avere una durata determinata, prevedendo il rinnovo della procedura competitiva allo scadere del periodo di affidamento. Ciò al fine di evitare che il privato diventi «socio stabile» della società mista e goda di rendite di posizione incompatibili con il diritto della concorrenza.

Inoltre, ed è questo il punto decisivo oggetto della sentenza, la pubblica amministrazione non può scegliere soci «generalisti», per una serie indeterminata di attività. Il socio «operativo» deve essere scelto specificatamente per l'attività oggetto di affidamento, che deve essere ben determinata e circoscritta. In sostanza, perché l'affidamento alla società mista sia valido, la procedura per la scelta del socio non deve limitarsi a questa, ma deve avere contestual-

mente ad oggetto anche l'attribuzione dei concreti compiti operativi. La competizione tra i privati, volta ad ottenere la qualità di socio, è incentrata sulla loro idoneità a svolgere la specifica attività oggetto di affidamento. Solamente se si tratta di soci aventi natura «operativa», sarà possibile valutare, da parte della pubblica amministrazione, se questi sono in grado di svolgere l'attività affidata. Da questa condizione discende che, in caso di partecipazione alla gara di soggetti con caratteristiche diverse da quelle necessarie allo svolgimento dell'attività (ad esempio, soci privati finanziatori), la società risultante si collocherebbe al di fuori delle ipotesi di legittimo ricorso alla figura della società mista come sopra delineata.

Il socio è dunque scelto per lo svolgimento di specifiche attività ed in funzione di quelle, e non sono ammesse deroghe a questa vincolante pre-condizione (30).

Tale impostazione deve essere interpretata in maniera restrittiva, per evitare aggiramenti volti a celare affidamenti diretti dietro la scelta competitiva del socio.

Nel caso di specie, non è stato ritenuto sufficiente, per l'amministrazione aggiudicatrice, indicare che

Note:

(23) V. E. Freni, *Il Consiglio di Stato salva le società miste ma non il mercato e la concorrenza*, in *questa Rivista*, 2007, 10, 1128. V. supra, nota 5.

(24) V. Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2003, n. 3864, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Sicilia, Catania, n. 671/2005.

(25) L'espressione è dello stesso Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 1/2008.

(26) Come invece era stato affermato da Cons. reg. sic., n. 589/2006.

(27) Così come modificato dal decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326. L'art. 23-bis, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, che ha riformato la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ha in parte modificato il quadro normativo di riferimento. Con specifico riferimento all'ammissibilità del modello della società mista non sembra che la norma si esprima in termini negativi, posto che «[i]l conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica [...]». I primi commentatori hanno interpretato la norma nel senso che sarebbe «irrilevante che il soggetto interessato a concorrere sia o meno una società mista.», C. Volpe, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e app.*, 2008, 12, 1410.

(28) Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

(29) Artt. 1, c. 2 e 32 d.lgs. 163/2006.

(30) In senso conforme, ancora di recente, Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'istituenda società si sarebbe occupata dei lavori di manutenzione della rete idrica. La formula utilizzata nel bando infatti non consentiva di individuare con precisione i lavori oggetto di gara, tanto è vero che l'amministrazione stessa, alle società che ne avevano fatto richiesta, aveva precisato che si sarebbe trattato di «tutti quei lavori che l'Ato della provincia di Milano deciderà di finanziare con i suoi piani annuali» (31).

La società mista, in quest'ottica, si qualifica come una modalità organizzativa della pubblica amministrazione, con cui questa esercita un controllo sull'affidamento che ha disposto, che non si svolge secondo i canoni tradizionali della relazione committeente-esecutore, ma in maniera più pregnante, dall'interno della società stessa.

Le condizioni qui descritte ricalcano quelle indicate dalla Commissione nell'ultima comunicazione interpretativa in materia di *partnership* pubblica-privata (32), prospettando, allo stato attuale, una sintonia tra l'interpretazione del giudice amministrativo italiano e gli organi comunitari (33). L'ultima parola in materia spetterà ovviamente alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

L'insegnamento della Corte costituzionale

La disciplina delle società miste, soprattutto con riferimento all'ordinamento italiano, sconta un grado di eterogeneità, che sembra impedire di poterle considerare quale fenomeno giuridico unitario (34). Elementi significativi per una possibile articolazione sistematica del modello possono peraltro essere rinvenuti, in un'area disciplinare non del tutto coincidente, nelle più recenti pronunce della Corte costituzionale ed anche in alcune novelle legislative.

La Corte, in un giudizio riguardante un conflitto di attribuzione tra lo Stato ed alcune regioni, deciso nel 2008 (35), ha confermato la legittimità dei limiti imposti dal legislatore nazionale alle società partecipate dagli enti regionali e locali, a capitale interamente pubblico o misto. L'art. 13 del decreto Bersani (36), oggetto di favorevole scrutinio, prevede che tali società costituite «per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, [...] [e] per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative» (37), siano ad oggetto sociale esclusivo, e che non possano operare se non con gli enti stessi che le hanno istituite.

Il fondamento di tali rigorose limitazioni è da ricercare - secondo il giudice costituzionale - nella distinzione tra «attività amministrativa in forma pri-

vaticistica» ed «attività d'impresa di enti pubblici» (38). Se ai soggetti che operano con la pubblica amministrazione nello svolgimento di funzioni amministrative, anche in via strumentale, fosse permesso di esercitare anche attività d'impresa, si verificherebbe in capo agli enti pubblici una pericolosa commistione tra i due diversi ambiti, che devono invece rimanere ben separati, pena la distorsione della concorrenza (39). Agli enti pubblici è permesso esercitare attività d'impresa, ma non possono farlo attraverso gli stessi moduli organizzativi con cui attendono alle proprie funzioni amministrative, poiché tali moduli - ovvero, le società interamente pubbliche e le società miste - godrebbero di benefici, ricollegabili alle posizioni proprie della pubblica amministrazione, non coerenti con la tutela della concorrenza (40).

Note:

(31) Cons. Stato, n. 4603/2008.

(32) COM(2007) 6661.

(33) In questo senso si esprime R. Caranta, *Ancora in salita la strada per le società miste*, in *questa Rivista*, 2008, 11, 1125.

(34) A riguardo, v. N. Aicardi, *Società miste ed evidenza pubblica «a monte»*, in *Diritto e processo amministrativo*, 3/2007, 594, il quale afferma che «le società miste sono venute ad esistenza con modalità e per ragioni eterogenee, in assenza di una regolazione organica della materia».

(35) Corte costituzionale, 1 agosto 2008, n. 326. V. il commento di R. Ursi, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *questa Rivista*, 2009, 1, 11 ss.

(36) Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, così come convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

(37) Art. 13, c. 1, d.l. n. 223/2006, conv. In l. n. 248/2006.

(38) Corte cost., n. 326/2008, punto 8.3 del «considerato in diritto».

(39) Secondo la Corte costituzionale la finalità della disciplina nazionale consiste nell'«evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione», Corte cost., n. 326/2008. V. anche Consiglio di Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in *www.giustamm.it*.

(40) Come è noto, i limiti dell'art. 13 del decreto Bersani non sono applicabili con riferimento ai servizi pubblici locali. Tuttavia limiti significativi, sostanzialmente coincidenti con quelli previsti dalla norma oggetto di scrutinio costituzionale, sono previsti a carico dei «soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi», art. 23-bis, c. 9, l. 133/2008. Anche in questo caso, la vicenda è da inquadrare nella distinzione delle diverse attività che possono essere attribuite alle società partecipate dagli enti pubblici. Solamente l'erogazione di servizi rivolta al pubblico, in regime di concorrenza, non è suscettibile di essere limitata in alcun modo. I soggetti che esercitano attività strumentali, non direttamente riconducibili all'erogazione del servizio, o a cui le attività sono state conferite in deroga alle procedure di evidenza pubblica, devono sottostare ad una serie di limiti, in virtù del loro collegamento con l'ente pubblico.

La sentenza si è pronunciata inoltre sulla proporzionalità della norma impugnata, giudicandola adeguata. Per evitare sproporzioni tra i diversi attori presenti sul mercato, l'unica soluzione è impedire l'accesso a chi, per i compiti che gli vengono affidati - partecipare allo svolgimento di attività amministrativa - è, potenzialmente, in una posizione di privilegio rispetto agli altri soggetti che in quel mercato agiscono.

Il criterio individuato dalla Corte costituzionale, seppure enunciato in un giudizio riguardante un conflitto di attribuzione tra lo Stato ed alcune regioni (41), è suscettibile di orientare le scelte future degli interpreti e dei giudici amministrativi. Si tratta di un criterio espresso in via generale per le società in mano pubblica, confermato ancora di recente in un'ulteriore decisione della Corte (42), che propone una possibile prospettiva sistematica anche per la lettura del fenomeno delle società miste.

Sul piano legislativo, indicazione analoga si può rinvenire nell'art. 3, c. 27, della legge finanziaria 2008 (43). Ai fini della tutela della concorrenza, la norma non consente alle amministrazioni pubbliche - non solamente locali, ma anche statali - di costituire o detenere partecipazioni in società a capitale misto, a meno che non si tratti di attività di produzione di beni o servizi «strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali», rimanendo in ogni caso libera la partecipazione e la costituzione di «società che producono servizi di interesse generale» (44). Appare dunque decisivo il riferimento all'attività concretamente esercitata, che - secondo la richiamata disposizione - costituisce discriminazione della legittimità o meno del ricorso alla società mista.

È vero che allo stato attuale, le modalità attraverso cui svolgere la gara di affidamento dell'attività costituiscono un ambito separato e non sovrapposto rispetto all'applicazione dell'art. 13 del decreto Bersani (45), su cui si è pronunciato il giudice delle leggi. Ma il riferimento all'«attività», che l'amministrazione porrà in essere attraverso lo strumento societario, può costituire elemento idoneo, se opportunamente specificato dalla giurisprudenza, per la verifica del rispetto dei principi in tema di tutela della concorrenza da una parte, e di potestà organizzativa pubblica dall'altra.

Il criterio elaborato dalla Corte costituzionale è basato su indici sostanziali: più che la forma organizzativa utilizzata, rileva l'attività che il soggetto è chiamato a svolgere. In presenza di indici che fanno presumere lo svolgimento di attività amministrativa, la società sarà soggetta ad una serie rilevante di vincoli, per evitare il sorgere di distorsioni alla con-

correnza derivanti dalla posizione di privilegio che occupa. Qualora si tratti di attività d'impresa, esercitabile sul libero mercato, non vi saranno vincoli ulteriori se non quelli derivanti dal rispetto delle norme sulla concorrenza.

Le pronunce della Corte costituzionale consentono dunque di disegnare un impianto disciplinare essenziale ma definito.

La società in mano pubblica in generale, e la società mista per quanto qui discusso, non sono strumento a disposizione della pubblica amministrazione per lo svolgimento di una serie indefinita di compiti, né può farsi riferimento a società che «agiscano come strumenti di soddisfazione diretta dei bisogni degli enti pubblici soci e al contempo come operatori economici di mercato» (46).

Il modello di società mista disegnato dal Consiglio di Stato e confermato dalla sentenza n. 4603/2008, con la valorizzazione di condizioni legate al rispetto del diritto alla concorrenza, si colloca dunque lungo una prospettiva comparabile a quella indicata dalla Corte costituzionale, pur se con oggetto differenziato.

Ferma restando la possibilità dell'utilizzo dello strumento societario nella «attività d'impresa degli enti pubblici», le società miste possono essere considerate, con riferimento alla «attività amministrativa in forma privatistica», come un modello organizzativo che, alle condizioni e con i limiti sopra esposti, la pubblica amministrazione può ancora scegliere di utilizzare per lo svolgimento dei propri compiti.

Note:

(41) Al riguardo è stato affermato che: «[n]onostante sia semplicemente un *obiter dictum*, paradossalmente questa [la parte relativa alla distinzione tra attività amministrativa ed attività d'impresa] sembra essere la parte più significativa della decisione in oggetto», in R. Ursi, *La Corte costituzionale traccia i confini cit.*, 13.

(42) Che si tratti di un criterio di carattere generale, suscettibile di orientare anche future pronunce, è stato confermato dalla recente sentenza della Corte costituzionale del 23 dicembre 2008, n. 439, in *Foro it.*, 1/2009, 1 ss., avente ad oggetto l'affidamento diretto di servizi pubblici di rilevanza economica a soggetti privati nella provincia di Bolzano. In questo caso la Corte ha espressamente richiamato il principio enunciato nella propria precedente decisione n. 326/2008, quanto alla separazione tra le attività amministrative poste in essere da una società di capitali per conto di un ente pubblico e la libera attività d'impresa.

(43) Legge 24 dicembre 2007, n. 244.

(44) Art. 3, c. 27, l. n. 244/2007.

(45) In questo senso v. M. Cammelli e M. Dugato, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in M. Cammelli-M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 365.

(46) M. Cammelli e M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi*, in M. Cammelli-M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 13.