

LE SOCIETÀ STRUMENTALI POSSONO ANCHE GESTIRE SERVIZI PUBBLICI LOCALI - SOCIETÀ MISTE, INAPPLICABILITÀ DEL DIVIETO DI CUI ALL'ART. 13 D.L. 223/06

dell'Avv. Gianluca Piccinni

1. Introduzione – 2. Quadro normativo – Differenze tra società mista e società strumentale – 3. Nuova interpretazione del divieto di cui all'art. 13 d.l.223/06 con la sentenza del Consiglio di Stato 77/11

1. Introduzione.

Il regime delle norme e dei principi che regolano i servizi e le attività strumentali per gli enti territoriali è stabilito dall'art. 13, d.l. 223/2006 (cd Bersani) s.m.i. che così dispone: *“1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al d. lgs. 1/9/93, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. 2. Le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al co. 1 ... omis...*”.

Inizialmente il Consiglio di Stato¹, a seguito dell'entrata in vigore del menzionato art. 13, aveva ritenuto che le società miste, costituite da enti locali per la gestione di servizi pubblici all'interno del territorio di riferimento, non potessero più partecipare a gare di appalto indette da altre amministrazioni.

¹ Cds, V, 4080/08

Sicché, l'eventuale aggiudicazione della gara in favore di una società mista costituita da diverso comune, stante la vigenza del divieto in questione doveva ritenersi illegittima e andava dunque annullata.

A sostegno di tale tesi, il Consiglio di Stato richiamava la pronuncia dell'Ad. Plen. 1/2008, secondo cui il divieto sancito dall'art. 13 del dl Bersani rafforza la regola dell'esclusività evitando che, dopo l'affidamento del servizio pubblico, la società possa andare ad occuparsi di altro al di fuori del territorio comunale di competenza.

In altri termini, si tratta della nota differenza, diffusa in dottrina, tra concorrenza «per» il mercato e concorrenza «nel» mercato, volta cioè a tutelare l'imprenditoria privata e al contempo reprimere i sistemi monopolistici lesivi della concorrenza.

Sempre ad avviso del Consiglio di Stato, nel sistema normativo anteriore alla l. n. 166/02, si doveva ritenere che né il TUEL, né l'art. 2, co. 5 bis, l. 109/1994, nel testo introdotto dalla l. n. 415/98 (c.d. Merloni *ter*), precludessero *ex se* agli enti aggiudicatori, e, segnatamente, alle società miste costituite dagli enti locali, di operare sul mercato in veste di esecutori di lavori pubblici per conto di stazioni appaltanti terze.

2. Quadro normativo - differenza società mista e società strumentale.

Nell'attuale quadro normativo, tuttavia, l'art. 13 d. cit. - attuando l'art. 41 cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà - esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte le stazioni

appaltanti, tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento (valutazione dell'ammissibilità delle offerte, aggiudicazione provvisoria o definitiva, approvazione, stipula del contratto).

La costituzione di una società a capitale misto, pubblico e privato, rientra nell'ambito del cosiddetto partenariato pubblico privato istituzionalizzato inteso come cooperazione tra partner pubblici e privati che costituiscono un'entità a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni.

L'apporto privato consiste nel conferimento di capitali o altri beni e nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità.

Per la costituzione della società mista, il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, 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.

È necessario, inoltre, che sia previsto un rinnovo della procedura di selezione *"alla scadenza del periodo di affidamento"*, evitando così che il socio divenga *"socio stabile"* della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), nel caso in cui all'esito della successiva gara egli non risulti più aggiudicatario.

L'amministrazione aggiudicatrice, qualora intenda riservarsi la facoltà di modificare determinate condizioni dell'appalto dopo la scelta dell'aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'onori e delimitare l'ambito all'interno del quale la procedura deve svolgersi, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto in una situazione di parità al momento della formulazione dell'offerta.

Qualsiasi modifica delle condizioni essenziali dell'appalto non prevista nel capitolato d'onori impone il ricorso a una nuova proce-

dura di gara ².

Interessante sul punto segnalare il parere dell'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici³ che ha voluto in un certo modo *"temperare"* la rigida interpretazione del Consiglio di Stato, affermando che se l'art. 13 del d.l. 223/06 venisse interpretato in modo da ritenere che il solo fatto della partecipazione al capitale sociale da parte di un ente regionale o locale sia sufficiente per l'applicazione del divieto sancito dalla medesima disposizione, verrebbe limitata eccessivamente la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, imponendo pesanti restrizioni a società che non godono di una situazione di privilegio e che operano in condizione di parità con gli altri soggetti del mercato, perché sottoposte al rischio di impresa.

Un tale risultato - oltre che irragionevole - si pone in insanabile contrasto con il principio di neutralità di cui all'art. 259 del Tr.CE e con il principio di libertà di iniziativa economica garantito dall'art. 41 cost., nonché con la autorevole lettura che del citato art. 13 è stata data dalla C. cost.⁴, nel senso che la norma in questione non nega né limita la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma impone loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative.

Inoltre, l'Autorità di Vigilanza, ha ribadito il principio secondo il quale ove il capitale sociale di una società concorrente in una procedura di gara sia interamente posseduto da un'altra società, rientrante nel disposto dell'art. 13, co. 1, del d.l. 223/06, ciò determina l'applicabilità anche alla controllata dei divieti previsti in capo alla controllante, non essendo consentito di eludere sostanzialmente la previsione normativa attraverso lo schermo di una società di secondo grado.

Ma la questione più dibattuta riguarda l'ambito di applicabilità del divieto di cui all'art. 13, a seguito dell'introduzione del divieto a partecipare alle gare posto dall'art. 23 bis, co. 9, l.133/08.

Ricordiamo che con quest'ultima disposizione il divieto di partecipazione opera nei

² CdS, ad. plen. 1/2008.

³ Avep, precont. 25.2.2010, n.42

⁴ C. cost., 30.7.2008, n.326

confronti dei soggetti, titolari di affidamenti “diretti” di servizi pubblici locali e delle società possedute o controllate da società quotate nei mercati regolamentati.

In realtà, i divieti sanciti dalle due menzionate disposizioni operano su due piani completamente distinti tra loro in quanto, mentre l’ambito di applicazione di divieto di cui all’art. 13 d.l. cit. riguarda il mercato dei c.d. servizi strumentali, e il divieto a partecipare a gare extraterritoriali o *extra moenia* si applica anche alle società indirettamente o mediamente possedute o controllate da società a capitale interamente pubblico o misto, il divieto di cui all’art. 23 *bis* cit. attiene viceversa esclusivamente ai servizi pubblici locali.

In altri termini, le società miste aventi ad oggetto servizi strumentali non possono essere affidatarie dirette di servizi, a meno che la specifica procedura ad evidenza pubblica non riguardi, oltre la scelta del socio, anche l’individuazione dello specifico servizio da svolgere in partenariato e le modalità di collaborazione.

La gara, inoltre, deve stabilire anche la scadenza del periodo di affidamento e le modalità di uscita del socio.

Alla scadenza di tale termine, per evitare che il socio divenga stabile, occorre una nuova gara per affidare gli appalti ulteriori e successivi alla società mista già costituita.

Sono soggette alle prescrizioni di cui all’art. 13, co. 1, del d.l. n. 223/2006 anche le società nelle quali la partecipazione dell’ente locale alla società sia meramente indiretta, al fine di evitare che l’applicazione del divieto alle sole partecipazioni dirette, rappresenti un facile strumento di elusione della norma mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate⁵

Al fine di definire se una società indirettamente partecipata da Enti Locali possa essere ammessa alla procedura per l’affidamento di un servizio *extra moenia*, la stazione appaltante deve innanzitutto accertare se il servizio in questione rientri nella fattispecie di cui all’articolo 13, co. 1, del d.l. n. 223/2006, e dunque che non si tratti di un servizio pubbli-

co locale; successivamente individuare la sussistenza del presupposto soggettivo indicato dalla norma, ovvero che si tratti di società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalla amministrazioni pubbliche regionali e locali; infine, accertare che sussista il presupposto oggettivo indicato dalla disposizione in commento, consistente nella produzione di beni e servizi strumentali all’attività degli Enti partecipanti, in funzione della loro attività, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza.

Il vincolo posto dall’articolo 13 d.l. cit. si applica, oltre che nei confronti delle società direttamente partecipate, anche a quelle nelle quali gli enti locali hanno una partecipazione indiretta (c.d. società di terzo grado), al fine di evitare che i vincoli siano facilmente aggirati mediante sistemi di partecipazioni azionarie mediate e si pongano in essere meccanismi potenzialmente contrastanti con la par condicio dei concorrenti.

3. Nuova interpretazione del divieto di cui all’art. 13 d.l. 223/06 con la sentenza del Consiglio di Stato 77/11.

A dare una più puntuale, e meno restrittiva, interpretazione al divieto di partecipazione alle gare di appalto sancito dall’art. 13 l. cit., è intervenuta la recentissima decisione del Consiglio di Stato⁶, in materia di gara di appalto avente ad oggetto l’affidamento del servizio di verifica della conformità legale degli impianti termici siti nel territorio dello stesso comune.

Con detta sentenza, il Consiglio di Stato ha stabilito il principio che anche una società, partecipata da amministrazioni locali per la produzione di beni e servizi strumentali alle finalità istituzionali dell’ente di riferimento, possa divenire legittimamente affidataria di un servizio pubblico locale, purchè il suo statuto consenta di gestire non solamente attività e servizi strumentali, ma anche servizi pubblici locali.

In tal caso, trova, pertanto, applicazione il divieto di cui all’art. 13 co. 1 del d.l. n.

⁵ C. cost., 1.8.2008, 326.

⁶ Cds., V, 11.1.2011, n. 77.

223/06.

In particolare, il Consiglio di Stato ha inteso chiarire che il divieto di partecipazione a gare d'appalto, previsto dall'art. 13, co. 1 e 2 del d.l. 223/06, è relativo esclusivamente alle società c.d. "strumentali", e non si applica alle c.d. "società miste", ovvero a quelle società che, come nel caso di specie, non presentano, quale oggetto sociale esclusivo, lo svolgimento dei servizi pubblici locali.

Ad avviso dei Giudici, infatti, le due tipologie societarie - "società strumentali" e "società miste" - presentano differenti caratteristiche giuridiche e diverso modello organizzativo, anche con riguardo alla finalità della speciale disciplina limitativa di cui al citato art. 13, volta ad evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori.

In tale linea di ragionamento, dunque, deve ritenersi che *«mentre i divieti e gli obblighi imposti dal 1° e 2° co. del predetto art. 13 trovano una ben ragionevole giustificazione per le società c.d. strumentali, non altrettanto ragionevole né fondata appare l'applicazione della stessa anche per quelle società c.d. "miste" (partecipate da soggetti pubblici e privati) che, pur non avendo un oggetto sociale esclusivo circoscritto come tale alla sola operatività con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (e quindi svolgendo sia servizi pubblici locali, sia altri servizi e forniture di beni a favore degli enti pubblici e privati partecipanti nonché a favore di altri enti o loro società o aziende pubbliche e private), operano comunque nel pieno rispetto delle regole di concorrenza imposte dal mercato ed altresì nel pieno rispetto delle regole previste per le procedure di affidamento dei contratti pubblici»*.

La differenza tra le due tipologie di società (società "strumentali" da un lato e società

"miste" dall'altro) trova la sua *ratio* nella presenza o meno di effetti distorsivi sul mercato e sulla concorrenza in seguito alla loro partecipazione a "gare pubbliche".

Ed infatti, mentre le "società "strumentali" costituiscono una "longa manus" delle amministrazioni, tant'è che l'affidamento delle attività "strumentali" avviene in via diretta (ovvero secondo il c.d. "in house providing") senza una preventiva gara pubblica, qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano"⁷, nel caso delle "società miste" per la gestione di servizi pubblici locali, si tratta di un "soggetto imprenditoriale di diritto privato, operante sul mercato in regime di concorrenza".

L'attività delle società strumentali con oggetto sociale esclusivo è stata notevolmente limitata per effetto del citato art. 13 del d.l. n. 223/06 con la previsione di nullità dei contratti stipulati in violazione di tale divieto.

L'obiettivo della disposizione è chiaramente quello di rendere obbligatoria l'esclusività del rapporto fra l'ente locale e la società, impedendo che essa possa giovare della posizione di vantaggio goduta sugli altri operatori economici per porre in essere condotte contrarie ai principi della concorrenza.

In sintesi, se la costituzione della società mista è avvenuta per la gestione dei servizi pubblici locali, in tal caso non troveranno applicazione né i divieti di cui al co. 9, dell'art. 23 bis l. n. 133/08, né i divieti dell'art. 13 d.l. 223/06, quindi tali società possono svolgere attività o servizi ulteriori, sia pubblici locali che strumentali, anche partecipando alle gare.

⁷ Cds, V, 7.7.2009, 4346