

ARTICOLI E NOTE

© [copyright](#)

MARIA ELENA BOSCHI

Capacità e legittimazione delle società a partecipazione pubblica locale: l'ambito di applicazione delle limitazioni previste dalla legge

SOMMARIO

1. L'evoluzione del quadro di riferimento sulla capacità e legittimazione delle società a partecipazione pubblica locale.
2. Il problema dei limiti nella partecipazione a gare pubbliche di affidamento delle società partecipate (anche indirettamente) dagli enti locali: la sentenza del T.A.R. Umbria, 31 maggio 2007, n. 472.
3. Tipicità delle ipotesi di esclusione dalla gara ed inconfigurabilità dell'azionariato pubblico quale causa di per sé ostativa alla partecipazione ad essa.
4. Il più ampio problema del ruolo delle società miste nel panorama giuridico attuale: cenni alla deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 135 del 9 maggio 2007.
5. (Segue) Proposte per una nuova lettura del modello societario nel settore dei servizi pubblici locali.

1. L'evoluzione del quadro di riferimento sulla capacità e legittimazione delle società a partecipazione pubblica locale.

Nel recente passato, si sono registrati vari tentativi di porre alle società partecipate dagli enti pubblici (locali), e prima ancora alle aziende speciali da cui esse derivano quale modello gestionale, limiti e vincoli di operatività.

Si possono citare come esempi l'art. 4 del d.l. 31 gennaio 1995, n. 26 e l'art. 35, comma 2°, ultimo periodo della legge 28 dicembre 2001, n. 448. Tali disposizioni così, rispettivamente, recitavano: "Le aziende speciali possono stipulare convenzioni, accordi e contratti con altri enti locali per la gestione extraterritoriale delle loro attività [ma] limitatamente a comuni confinanti"; "A far data dal termine di cui al primo periodo, è comunque vietato alle società di capitali in cui la partecipazione pubblica è superiore al 50 per cento, se ancora affidatarie dirette, di partecipare ad attività imprenditoriali al di fuori del proprio territorio".

Le riportate norme sono state però abrogate o modificate ([1]), con la conseguenza che non si rinviene altra disposizione limitatrice se non l'odierno art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, che tuttavia risulta avere un ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione con carattere non generale, nel senso che - da un lato - non ricomprende le società operanti nel settore dei servizi pubblici locali e, dall'altro, si dovrebbe intendere come circoscritto a quelle speciali società partecipate da Regioni, Province e Comuni aventi la funzione peculiare di essere forme gestionali in house providing e, come tali, contraddistinte da un vincolo comunitario di azione prevalente (la "parte più importante dell'attività per gli enti che controllano"), che il legislatore italiano ha però voluto far diventare esclusivo per conto degli enti partecipanti ([2]).

Essendo quello sinteticamente descritto il quadro normativo, in evoluzione ed attuale, circa la possibilità di azione delle società partecipate dagli enti pubblici (in specie, locali), assumono peculiare rilievo due recenti pronunce, rappresentate - rispettivamente - dalla sentenza T.A.R. Umbria 31 maggio 2007, n. 472 e dalla deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 135 del 9 maggio 2007.

A quanto consta, si tratta - infatti - delle due più significative statuizioni, con carattere decisivo-interpretativo, che si possono oggi registrare sul tema sintetizzato nel titolo di questa nota ([3]).Per

commentare le due pronunce e prospettare, più in generale, quella che appare essere la più ragionevole risposta in tema di capacità e di legittimazione ([4]) delle società con partecipazione pubblica degli enti locali, è comunque doveroso partire dall'inquadramento che la Corte Costituzionale ha avuto occasione di svolgere nella sentenza 31 luglio 2002, n. 413. Trovandosi a giudicare della legittimità costituzionale di una norma contenuta nel d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (l'art. 15, comma 10°) ([5]), la Corte ha avuto modo di precisare che non si possono affermare aprioristiche limitazioni all'azione delle "imprese pubbliche".

Segnatamente, in tale occasione i giudici hanno sostenuto che: "D'altro canto, per quanto riguarda la possibilità di partecipare alle gare previste dalla norma denunciata, non sussiste una situazione di disegualianza o discriminatoria, in quanto a tutti i soggetti è attribuita tale facoltà di partecipazione nel periodo transitorio, dilazionando, in detto periodo, la preclusione per determinate situazioni sancita in via definitiva dalla norma destinata a operare a regime. Ragionando diversamente si perverrebbe all'assurda conseguenza di escludere in linea di principio, in caso di innovazioni di sistemi o di regimi, la possibilità di gradualità di attuazione e modalità di adattamento temporanei e transitori. // (...) In realtà, il legislatore ha riscontrato la necessità di intervenire in via transitoria per impedire una serie di ostacoli operativi e concorsuali con rischi - connessi all'immobilizzo di ogni acquisizione di mercato - per il successivo reinserimento e quindi per la sopravvivenza di categorie di imprese esistenti e legittimamente operanti ed aventi nel mercato italiano una consistenza tutt'altro che trascurabile, ancorché a dimensioni ridotte rispetto alle grandi aziende di altri Paesi".

In sintesi, l'insegnamento della Corte è nel senso che segue: se un'impresa (nel nostro caso, a partecipazione pubblica) era stata costituita ed operava sulla base della legge precedente, che ne ammetteva la presenza senza limitazioni, il legislatore successivo non può drasticamente impedirne del tutto l'operato, dovendo invece stabilire un regime transitorio.

2. Il problema dei limiti nella partecipazione a gare pubbliche di affidamento delle società partecipate (anche indirettamente) dagli enti locali: la sentenza T.A.R. Umbria, 31 maggio 2007, n. 472.

Nella menzionata sentenza del T.A.R. Umbria, il giudice amministrativo è stato chiamato ad affrontare una problematica estremamente delicata, quale la possibilità per le società partecipate indirettamente da enti locali di prendere parte a gare.

La pronuncia si inserisce, infatti, in un panorama giuridico assai disorganico e contraddittorio, nel quale la giurisprudenza sembra essere chiamata a colmare i vuoti normativi e le frequenti incongruenze della legislazione più recente.

In un simile contesto appare dunque comprensibile il clima di attesa del momento attuale: al di là delle fattispecie concrete di volta in volta in esame, ogni pronuncia o atto proveniente da organi istituzionalmente rilevanti è salutato come il tentativo di chiarificazione di una situazione assai complessa.

Come si avrà modo di approfondire più avanti, la potenziale centralità che la sentenza è destinata ad assumere nel prossimo futuro, potrebbe, tuttavia, essere offuscata dalla posizione assunta dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nella recente e già citata deliberazione n. 135 del 2007; dalla lettura combinata di tali pronunce emerge - infatti - una netta polarizzazione dell'attuale dibattito relativo alle società partecipate tra le differenti impostazioni riconducibili proprio ai due provvedimenti richiamati.

Se, infatti, con la sentenza citata si ammette il concorso nelle gare da parte di società partecipate, direttamente o indirettamente, da enti locali anche qualora questi ultimi rivestano il ruolo di P.A. aggiudicatrice, nella delibera dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, risulta - al contrario - evidente il carattere restrittivo e "pretorio" della soluzione ermeneutica adottata.

Richiamando l'attuale formulazione dell'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, l'Autorità giunge a ritenere la partecipazione pubblica, anche indiretta, elemento di per sé ostativo alla possibilità - per il soggetto partecipato - di operare in parità di condizioni con gli operatori di mercato attraverso il tradizionale strumento della gara. Si tratta, evidentemente, di due approcci tra loro inconciliabili, dietro ai quali si nasconde la ben più antica dicotomia tra posizioni sostanzialistiche, attente alla sussistenza di indici concreti di rischio per le dinamiche concorrenziali, e impostazioni più propriamente formalistiche, orientate nel senso della pericolosità di qualsiasi forma di azionariato pubblico per i principi di concorrenza e par condicio tra gli operatori.

Nella sentenza del T.A.R. Umbria, l'aspetto che appare indubbiamente centrale è costituito dall'analisi circa l'ammissibilità della partecipazione a gara di una società indirettamente partecipata dall'ente locale, qualora detto ente rivesta, al contempo, il ruolo di soggetto aggiudicatore nella medesima

procedura di gara.

La particolare complessità della materia deriva principalmente dall'evoluzione che ha caratterizzato, soprattutto nell'ultimo periodo, l'istituto delle società partecipate: sorte come modulo organizzatorio funzionale a garantire maggiore efficienza e snellezza nel settore dei servizi pubblici locali, esse hanno, in realtà, progressivamente perso la propria ratio originaria.

Il più ampio dibattito in cui va ad inserirsi la pronuncia in esame attiene, dunque, al problema dell'opportunità di mantenere in vita una realtà come quella delle società interamente o parzialmente partecipate da enti locali, per vari aspetti ormai svuotata del suo originario significato.

Tra i contributi più illustri in materia vi è senza dubbio quello apportato dal Consiglio di Stato nella sentenza 28 settembre 2005, n. 5196 ([6]): in tale occasione i giudici hanno affermato che il diritto comunitario non pone - almeno in via di principio - particolari limiti all'azione delle imprese pubbliche. Così si esprime, infatti, il Collegio: "se le società miste possono partecipare legittimamente a gare sul territorio di pertinenza senza con questo ledere principi di fonte comunitaria, non si vede la ragione per la quale la partecipazione a gare extra moenia possa produrre lesione della norma comunitaria stessa; non è, infatti, la partecipazione a gare extraterritoriali a modificare l'impatto dell'azione societaria nell'ambito di interesse comunitario (...) il principio di parità di trattamento degli offerenti di cui alla direttiva 92/50/CEE non è, invero, violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono da essa stessa, o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni (Corte Giustizia CE, 7 dicembre 2000, Arge Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft)".

Su posizioni analoghe si colloca anche la normativa più recente, la quale ha voluto che i modelli imprenditoriali pubblici fossero posti sullo stesso piano di quelli privati, prevedendo l'obbligo di trasformazione in società delle aziende e consorzi per la gestione dei servizi pubblici con rilevanza economica (art. 35, comma 8°, legge 28 dicembre 2001, n. 448) ([7]) e stabilendo che, nei confronti delle imprese pubbliche non vi debba essere nessuna agevolazione neanche tributaria (art. 113, comma 10° t.u.e.l.) ([8]).

Il legislatore ha previsto, inoltre, per tutti i modelli di gestione utilizzabili per l'organizzazione dei servizi pubblici locali con rilevanza economica, la forma della società di capitali (art. 113, comma 5° t.u.e.l.): tale previsione appare particolarmente rilevante perché nel Codice Civile non esiste alcuna disciplina derogatoria per le società, qualora partecipate da enti pubblici.

Da ciò emerge come il legislatore abbia optato per una sostanziale equiordinazione (parità di trattamento) tra "imprese pubbliche" ed "imprese private", ma non abbia - nel contempo - voluto stabilire ulteriori elementi di disfavore per le prime. Come si avrà modo di vedere più oltre, ciò è del tutto coerente con l'art. 295 del Trattato CE, il quale dispone che: "Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

Ed è proprio con riferimento a tale panorama che si comprende l'importanza della pronuncia sopra richiamata, la quale si connota per la portata innovativa, se non altro, per quanto concerne il fenomeno ancora poco esplorato della partecipazione pubblica indiretta.

3. Tipicità delle ipotesi di esclusione dalla gara ed inconfigurabilità dell'azionariato pubblico quale causa di per sé ostativa alla partecipazione ad essa.

I dubbi relativi alla presenza in gara da parte di una società partecipata da un soggetto pubblico aumentano qualora quest'ultimo rivesta anche il ruolo di ente aggiudicatore della gara stessa. Secondo quanto affermato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ([9]), il rapporto esistente tra società partecipata e P.A. aggiudicatrice, anche se non diretto ma mediato dalla presenza di una società interamente detenuta dal socio pubblico, costituirebbe elemento ostativo alla partecipazione alla gara, nonché pregiudicherebbe i principi concorrenziali di terzietà della Stazione appaltante rispetto alla società aggiudicataria e di parità di condizioni tra i concorrenti, posti a presidio di ogni procedura di gara.

Attraverso la partecipazione al capitale della società socia nel soggetto misto concorrente, l'ente pubblico sarebbe in grado di esercitare su quest'ultimo un controllo ed un'influenza idonei a collocarlo in posizione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti e a falsare, di conseguenza, le dinamiche concorrenziali. Ammettere il verificarsi di tale situazione potrebbe significare - ad avviso dei più cauti - un'alterazione del consueto sistema di allocazione del rischio imprenditoriale, da intendersi come necessariamente incombente sul concessionario, senza alcuna forma di partecipazione dell'Amministrazione concedente.

Inoltre, consentire la partecipazione a gara ad una società legata da rapporti - seppur mediati - con la P.A. aggiudicatrice, costituirebbe una inammissibile vulnerazione del principio di terzietà del concessionario di servizi pubblici, nonché renderebbe assai arduo garantire la promozione di situazioni pro-competitive favorevoli agli utenti.

Ulteriore non sottovalutabile profilo di rischio potrebbe essere rappresentato, poi, dalla pericolosa coincidenza tra soggetto controllore e soggetto controllato, che si avrebbe qualora la società indirettamente partecipata fosse legittimata a concorrere per l'affidamento del servizio pubblico: in altre parole, l'esercizio dei poteri di indirizzo, vigilanza, programmazione e controllo tipici della Stazione appaltante, risulterebbero esperiti dal soggetto pubblico nei confronti di sé stesso, o meglio, di un soggetto di cui esso detiene, seppur indirettamente, parte del capitale.

Le argomentazioni appena richiamate porterebbero, pertanto, a concludere nel senso che la società concessionaria dell'affidamento non dovrebbe essere compartecipata dall'Amministrazione concedente, in virtù del principio di necessaria separazione tra le parti del rapporto concessorio.

Ma si deve dire che i dubbi prospettati ed i pericoli paventati dall'Autorità di vigilanza sono confutati, in maniera convincente, dal T.A.R. Umbria nella sentenza cui si è fatto riferimento.

Consapevoli delle potenziali implicazioni della propria statuizione, così come dell'estrema delicatezza della problematica considerata, i giudici umbri hanno seguito un percorso argomentativo quanto mai cauto e prudente nel tentativo di rifuggire ogni assunto di carattere dogmatico.

Non è peregrino affermare che tale ragionamento sia stato condotto, per così dire, in negativo: nucleo fondamentale dell'argomentazione del giudice è, infatti, l'assenza - nel nostro ordinamento - di previsioni normative generali espressamente preclusive della partecipazione a gare da parte di un soggetto direttamente o indirettamente partecipato dall'ente concedente.

Muovendo dal carattere generale della gara quale modalità di affidamento di un servizio pubblico, i giudici umbri giungono ad affermare la natura eccezionale di qualunque altra ipotesi di affidamento diversa dalla procedura concorsuale: ogni deviazione dal modello generale posto a tutela del principio di libera concorrenza, viene a configurarsi quale fattispecie derogatoria, e - come tale - necessariamente soggetta a motivazione da parte del soggetto a cui tale scelta sia riconducibile, nonché ad espressa previsione normativa che ne legittimi l'ammissibilità.

Da un'attenta disamina dell'attuale panorama legislativo, l'unica previsione limitatrice in tema di partecipazione a gare è rinvenibile nell'art. 113, comma 6° del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (t.u.e.l.). Tale disposizione sancisce propriamente l'esclusione dalle gare indette per l'affidamento di un servizio pubblico, per le società che gestiscono altri servizi pubblici locali, in Italia o all'estero, in forza di affidamenti diretti o comunque di una procedura non ad evidenza pubblica: tale divieto è esteso alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime.

L'odierna versione della norma costituisce l'esito di un articolato iter di novellazioni ed altri interventi legislativi che ne hanno progressivamente definito l'ambito di applicabilità.

Con l'entrata in vigore dell'art. 35, comma 2° della legge 28 dicembre 2001, n. 448, infatti, l'efficacia del divieto veniva estesa sino al termine del periodo transitorio previsto per l'attuazione della medesima legge: tuttavia, a seguito dell'intervenuta abrogazione di tale proroga ad opera dell'art. 14, comma 3° del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326, l'operatività della preclusione è stata definitivamente fissata a partire dall'entrata in vigore del richiamato art. 35 (e dunque dal 1° gennaio 2002), con la conseguente qualificabilità della previsione contenuta nell'originario secondo comma della richiamata disposizione come mera parentesi della preclusione stabilita in via generale al primo comma ([10]).

Muovendo dalla considerazione per cui qualunque disposizione che osti alla partecipazione a gara per determinate tipologie di società, costituisce un'ipotesi derogatoria rispetto al principio generale di libera concorrenza, la pronuncia conclude nel senso della impossibilità di ritenere sussistenti fattispecie preclusive ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dalla legge.

Poiché, dunque, l'unica ipotesi rinvenibile nell'ordinamento giuridico è costituita dalla norma sopra richiamata, ne conseguirà l'inammissibilità di preclusioni diverse rispetto alla titolarità di affidamenti diretti o conseguiti comunque senza gara: in altre parole, l'attività ermeneutica - per quanto autorevole - non potrà mai ampliare il novero delle ipotesi derogatorie di un principio di carattere generale, restando, questa, prerogativa unicamente legislativa ([11]).

Quanto sinora esposto induce, pertanto, a concludere nel senso dell'assenza di qualsiasi preclusione normativa all'intervento a gara, anche da parte di società partecipate dalla stessa amministrazione concedente, alla sola condizione, però, che esse (o le altre società richiamate nell'art. 113, comma 6° del t.u.e.l.), al pari di tutti gli altri aspiranti gestori e dunque anche interamente privati, non siano affidatarie dirette di servizi pubblici locali.

Tale assunto è confermato sia dalla normativa generale che dalla legislazione di settore (nel caso di

specie il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164), senza che sia ravvisabile tra esse alcun profilo di incompatibilità o contraddittorietà.

Prevedendo entrambe ipotesi eccezionali rispetto al concorso di tutti gli aspiranti (che ne abbiano i requisiti) nella partecipazione alla procedura di evidenza pubblica per l'affidamento di un servizio pubblico, appaiono ambedue insuscettibili di interpretazioni estensive o modellabili sul caso di specie ([12]).

A dare fondamento alla tesi dell'assenza di un divieto generale di partecipazione a gare da parte di una società partecipata dall'ente concedente, stanno - peraltro - gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria e nazionale.

In ambito europeo la Corte di Giustizia si è pronunciata nel senso della necessità che le imprese pubbliche abbiano la possibilità di agire in regime di parità di trattamento con le imprese private, con la conseguente inammissibilità di qualunque tipo di deroga o disparità, come si avrebbe, invece, nell'ipotesi di divieto di partecipazione a gara per le società con azionariato pubblico. In questo caso, esse risulterebbero, infatti, aprioristicamente escluse dalla possibilità di prendere parte al meccanismo concorrenziale, per il solo fatto della partecipazione di un soggetto pubblico ([13]).

Né confligge con un simile orientamento la normativa comunitaria: in questo senso depongono, nel Trattato CE, sia l'art. 295, che "lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri", sia l'art. 86, che, vietando il mantenimento nei confronti delle imprese pubbliche di misure contrarie alle norme del Trattato - salvo quanto strettamente necessario all'adempimento delle specifiche misure di interesse generale di cui esse siano eventualmente incaricate - presuppone, per ogni altro aspetto, una piena parificazione tra imprese pubbliche e private.

Ancor più specificamente, la direttiva 2004/18/CE (art. 1, par. 8; nonché, in senso analogo, l'art. 1, par. 7, direttiva 2004/17/CE), qualificando come "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" qualsiasi "persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi" esclude senz'altro ogni limitazione alla facoltà dei soggetti pubblici o a partecipazione pubblica di partecipare alle gare.

In prospettiva analoga si pone anche la giurisprudenza nazionale, la quale, recependo i richiamati principi di matrice comunitaria, concorda nel ritenere senz'altro ammissibile che le società a partecipazione pubblica prendano parte a gare anche qualora bandite dallo stesso ente pubblico socio, dato che nessuna norma in tema di appalti prevede la detta circostanza come elemento ostativo alla partecipazione: né, d'altra parte, un siffatto divieto può essere ricavato dall'applicazione dei principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, o dai principi generali sulla concorrenza e la par condicio nelle procedure ad evidenza pubblica ([14]).

In altre parole, anche secondo la giurisprudenza interna la compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente non determina alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di condizioni, ma una tale violazione può essere ritenuta sussistente solo qualora specificamente ed adeguatamente comprovata. Lungi dal voler assumere carattere assoluto ed incontrovertibile, tali conclusioni appaiono, piuttosto, l'esito di uno sforzo ermeneutico teso a cogliere appieno la ratio autentica delle norme esistenti in materia. L'effettiva tutela del principio di libera concorrenza non potrebbe essere minacciata dalla sussistenza di indici meramente formalistici, quali - per l'appunto - la partecipazione pubblica, soprattutto se indiretta: l'azionariato pubblico può forse rappresentare un pericolo per la correttezza e la regolarità delle dinamiche concorrenziali, ma non senza l'esperimento di una previa indagine volta a valutare l'eventuale sussistenza di concreti elementi di influenza da parte dell'ente pubblico nei confronti del soggetto partecipato.

In altre parole, la partecipazione pubblica, diretta o indiretta, non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per decretare l'esclusione dalla gara della società partecipata, potendo - invece - assumere una valenza lesiva del principio di concorrenza e par condicio tra gli operatori soltanto qualora, a seguito di apposita valutazione, si rilevino fenomeni distorsivi e fuorvianti ([15]).

Peraltro, anche seguendo un percorso argomentativo più deduttivo e meno ancorato al dettato normativo, è possibile giungere a conclusioni sostanzialmente analoghe.

Il fatto che la giurisprudenza maggioritaria e la dottrina più autorevole concordino ormai nel negare limiti territoriali all'attività delle società partecipate da soggetti pubblici ([16]), può leggersi - secondo i giudici - come conferma del fatto che l'esistenza di legami tra società e ambito territoriale di svolgimento del servizio pubblico non debba ritenersi preclusiva: come le società partecipate possono svolgere attività anche al di fuori del territorio dell'ente di riferimento, così, dunque, non dovrebbero sussistere problemi o impedimenti all'attività di una società partecipata sul territorio dell'ente dal quale è partecipata e con il quale è legata da un rapporto di partecipazione societaria ([17]).

Il rispetto dei principi di concorrenza e par condicio non può, dunque, tradursi in un obbligo assoluto di esclusione dalla gara delle società partecipate - direttamente o indirettamente - dalla stazione

appaltante: infatti, laddove gara vi sia, la garanzia del rispetto dei suddetti principi risulta già assicurata dall'esperimento della procedura concorsuale, senza che possano configurarsi profili di rischio per il solo legame azionario tra società ed ente aggiudicatore ([18]).

Peraltro, come osservato dai giudici del caso di specie: "anche la Corte di Giustizia ritiene che il principio di parità di trattamento degli offerenti non sia violato per il solo fatto della partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di soggetti che ricevono sovvenzioni dall'amministrazione aggiudicatrice (cfr. Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-94/99), o che sono da essa partecipati (cfr., con riferimento all'applicazione della Direttiva 92/50/CEE, Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03)".

Peraltro, nel momento attuale sarebbe ben singolare che una società partecipata dall'Amministrazione aggiudicatrice incontrasse un divieto di partecipazione alla gara di affidamento del servizio pubblico. Si deve infatti considerare che tale società, per volontà del legislatore, non appartiene più al novero delle forme di gestione diretta possibili beneficiarie di affidamenti senza gara, come invece prevedeva il previgente art. 22, comma 3°, lett. e) della legge 8 giugno 1990, n. 142.

Così, dovendo già la società porsi - come può essere giusto - su un piano di assoluta parità con le imprese private, risulterebbe ben singolare che le fosse preclusa la stessa partecipazione alla gara di cui trattasi. Del resto, nessuno ha mai pensato che (una volta rispettata la legittimità di procedura) un impiegato presso un'Amministrazione non possa partecipare ad un concorso presso la medesima.

Si tratterebbe, se non altro, della violazione del principio di eguaglianza. Acquisiti tali assunti e premessa l'inidoneità della mera partecipazione pubblica, diretta o indiretta, a determinare di per sé l'esclusione dalla gara, fondamentale diviene l'esperimento di una verifica circa la sussistenza di eventuali elementi concretamente inficianti i meccanismi concorrenziali e dunque ostativi alla partecipazione alla procedura concorsuale (quali, ad esempio, il controllo societario ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., esercitato dal socio pubblico sulla società mista concorrente) ([19]).

Pertanto - stante l'attuale assenza di una generale ed espressa preclusione normativa in tema di partecipazione a gare da parte di società miste e salva, naturalmente, la sua compatibilità con il diritto comunitario - fino a quando non sarà il legislatore a provvedere eventualmente in materia, non potrà prescindere da una valutazione concreta e puntuale dei rapporti tra società concorrenti ed amministrazione aggiudicatrice. "In altri termini, o la partecipazione alle gare viene inibita dalla legge alle società partecipate dagli enti aggiudicatari, oppure, se e fino a che ciò non avvenga, risulta pressoché impossibile stabilire, anche sulla base della sussistenza di una serie di circostanze tali da rappresentare astrattamente possibili sintomi di sviamento, quando il comportamento dell'amministrazione concretizzi un abuso della personalità giuridica (vale a dire, un abuso delle opportunità connesse alla legittimazione a partecipare alla gara di una società mista partecipata dall'ente aggiudicatore), e quando no" ([20]).

E' ovvio che l'imparzialità e la trasparenza della procedura ad evidenza pubblica dovrà essere perseguita attraverso previsioni dettagliate e complete contenute nella lex specialis di gara.

4. Il più ampio problema del ruolo delle società miste nel panorama giuridico attuale: cenni alla deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 135 del 9 maggio 2007.

Come più sopra ricordato, la vicenda oggetto della sentenza T.A.R. Umbria, n. 472 del 2007 ha offerto l'occasione per affrontare la più ampia questione relativa alle società pubblicamente partecipate quale modulo di gestione di servizi pubblici locali.

Al di là della scelta dei giudici nel senso dell'ammissibilità della partecipazione a gara per la società risultata aggiudicataria nel caso di specie, ciò che più rileva è la posizione sulla quale gli stessi giudici hanno scelto di collocarsi relativamente alla ben più ampia tematica delle società miste.

Tale problematica risulta oggi più che mai al centro di un fenomeno di crisi che connota il concetto stesso di azionariato pubblico, la sua qualificazione giuridica, nonché i profili inerenti la valutazione di opportunità del mantenimento in vita di tale modello organizzatorio.

La stratificazione legislativa e l'instabilità dell'attuale panorama giuridico in materia di gestione dei servizi pubblici locali concorrono, infatti, a determinare una situazione generale di incertezza circa la rispondenza del modello della società partecipata alle esigenze ed ai mutamenti di un assetto ancora in divenire.

L'attenzione della dottrina e della giurisprudenza è stata, in proposito, recentemente sollecitata in occasione dell'emanazione della deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 135 del 9 maggio 2007: nel caso di specie è stato proposto all'Autorità un quesito circa l'ammissibilità della partecipazione ad una gara di appalto per l'affidamento del servizio di

manutenzione di impianti tecnologici, da parte di un'A.T.I. alla quale prendeva parte anche una società indirettamente partecipata da enti pubblici. Più precisamente, il soggetto aggiudicatore ha ravvisato l'opportunità di adire l'Autorità di vigilanza sulla base del carattere asseritamente lesivo della partecipazione a gara della suddetta società: nonostante si trattasse di una società c.d. di terzo grado, ovvero partecipata soltanto in via indiretta da due amministrazioni comunali, l'ente aggiudicatore ha ritenuto pregiudizievole per le dinamiche concorrenziali il presunto rapporto esistente tra gli enti locali e la società facente parte dell'A.T.I. ([21])

Nonostante il carattere non vincolante di tale atto, ne appaiono tuttavia evidenti le implicazioni potenzialmente lesive sia del modello di società mista per la gestione di servizi pubblici locali, sia - in via più ampia - della struttura del mercato italiano nel suo complesso.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici si è pronunciata affermando che: "APS Sinergia s.p.a., società partecipata da una società (ACEGAS-APS s.p.a.) che è a sua volta indirettamente partecipata da Enti locali non può concorrere, ai sensi dell'art. 13, comma 1 della legge n. 248/2006, agli appalti banditi da amministrazioni diverse da quelle che ne detengono il capitale".

La laconicità di tale statuizione ben travalica i confini della vicenda specifica, meritando - al contrario - attenzione soprattutto per quanto attiene alle possibili conseguenze in tema di società a partecipazione pubblica: conformarsi alla posizione dell'Autorità significherebbe precludere la possibilità di concorrere alle gare di affidamento di servizi pubblici locali ad ogni società che risulti partecipata - direttamente o indirettamente - da soggetti pubblici. L'azionariato pubblico diviene, così, elemento assolutamente determinante ai fini dell'ammissibilità di una società a partecipare ad una procedura concorsuale, in quanto - nella visione dell'Autorità - la semplice partecipazione pubblica appare di per sé idonea ad alterare la par condicio rispetto agli altri operatori interessati. A prescindere dai profili di incompatibilità di un simile assunto sia con il diritto comunitario sia con il diritto interno, l'aspetto su cui pare opportuno soffermarsi è quello relativo all'analisi condotta dall'Autorità di vigilanza circa il tema delle società miste e dei confini della loro attività, soprattutto alla luce dell'attuale disposto dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248).

La rigidità delle previsioni di tale norma unitamente alla delicatezza della problematica e degli interessi ad essa sottesi, avrebbero necessitato di una lettura davvero attenta alla ratio della previsione legislativa e non - come invece è avvenuto - di un'interpretazione forse un po' troppo rigorosa.

Infatti, la tipologia di attività descritta dalla norma richiamata riguarda l'introduzione di una misura limitativa dell'attività di quelle società che sono affidatarie dirette di prestazioni, allo scopo di eliminare alterazioni della concorrenza.

Con la conseguenza che, quando una società opera invece esclusivamente sul mercato ed ottiene affidamenti solo a seguito di gare, essa non gode di quei privilegi che sono l'unica giustificazione delle prescrizioni limitative contenute nel citato art. 13 ("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, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti"). Del resto, la conclusione negativa cui è pervenuta l'Autorità, appare invero difficilmente condivisibile, anche perché essa si basa sull'assunto che "anche nelle società c.d. di terzo grado, come nel caso in esame, individuandosi con detta definizione quelle società che non sono state costituite da amministrazioni pubbliche e non sono state costituite per soddisfare esigenze strumentali alle amministrazioni pubbliche medesime, rimane pur sempre il rilievo che l'assunzione del rischio avviene con una quota di capitale pubblico, con ciò ponendo in essere meccanismi potenzialmente in contrasto con il principio della par condicio dei concorrenti".

La richiamata deliberazione sembra, pertanto, suscettibile di forti perplessità soprattutto nella parte in cui accomuna in un'unica categoria qualsivoglia società partecipata da enti locali, prevedendo per tutte un generale difetto di capacità e di legittimazione, del tutto assente nell'intenzione del legislatore. Proprio al fine di garantire il rispetto di quei principi di concorrenza e di par condicio cui è preposto l'art. 13 del decreto Bersani, l'opzione interpretativa più conforme a tale finalità pare essere quella che opportunamente distingue tra le società che svolgono attività propriamente strumentale rispetto all'ente locale partecipante da un lato, e quelle che - seppur partecipate da uno o più soggetti pubblici - agiscono sul mercato al pari di qualunque altro operatore, dall'altro. Peraltro, aderendo all'interpretazione dell'Autorità, si giungerebbe a condizioni addirittura paradossali per le dinamiche di mercato: le società partecipate da soggetti pubblici, infatti, non potrebbero né fruire di affidamenti diretti non essendo riconducibili al modello in house providing, né - seguendo, per l'appunto, l'orientamento restrittivo fatto

proprio dall'Autorità - sarebbero in grado di prendere parte a procedure di gara per l'affidamento di servizi pubblici, a causa del pregiudizio ontologicamente connesso alla partecipazione pubblica.

Una simile scelta ermeneutica pare, in definitiva, viziata da un eccesso ricostruttivo, nel senso che il significato attribuito dall'Autorità di vigilanza alla disciplina dell'art. 13 del decreto Bersani sembra andare ben oltre il contenuto ricavabile da tale norma.

Il carattere rigoroso e restrittivo dell'interpretazione in esame testimonia, dunque, tutta l'incertezza e la frammentarietà della condizione in cui versano tuttora le società miste quale modulo gestorio di servizi pubblici locali, e di fronte alle quali la continua evoluzione delle norme e della situazione giuridico-economica non fa che aumentare il rischio di fraintendimenti ed eccessi interpretativi.

5. (Segue) Proposte per una nuova lettura del modello societario nel settore dei servizi pubblici locali.

L'incertezza normativa e l'eterogeneità degli approcci interpretativi dottrinali e giurisprudenziali costituiscono il chiaro sintomo dell'inadeguatezza della società a partecipazione pubblica quale forma di gestione dei servizi pubblici locali, delineando - al contempo - uno scenario del tutto nuovo e dai confini assai incerti ([22]).

Prima ancora di individuare le soluzioni ermeneutiche più corrette ai vari interventi legislativi in materia, occorre interrogarsi sul ruolo e sul destino delle società miste nel nostro ordinamento giuridico.

Sorto con finalità di razionalizzazione dei sistemi di gestione dei servizi pubblici, l'istituto della società partecipata si è dibattuto - sin da subito - tra spinte in senso pubblicistico e resistenze di stampo privatistico.

L'estensione al diritto pubblico di una figura eminentemente privatistica ha creato, invero, innumerevoli difficoltà sia sul piano squisitamente qualificatorio, sia relativamente all'individuazione della disciplina applicabile: pur conservando il carattere dell'imprenditorialità di derivazione civilistica, nelle ipotesi in cui veniva impiegata come forma di gestione di un servizio pubblico, la società partecipata finiva inevitabilmente per essere connotata dai requisiti di fiduciarità e funzionalizzazione dell'attività propri degli organismi pubblici.

Le inevitabili difficoltà dovute al carattere ibrido di tale istituto non ne hanno, in realtà, impedito l'utilizzo in numerose realtà locali, apparendo accettabili a fronte del miglioramento in termini di funzionalità ed efficienza gestionale garantito dall'impiego del modello societario.

I dubbi e le incertezze sono emersi, dunque, soltanto a seguito della progressiva inadeguatezza mostrata dalla società partecipata rispetto alle richiamate finalità organizzatorie e gestionali che ne avevano caratterizzato l'origine: in tal senso non pare eccessivo parlare di una crisi profonda dell'impiego del modello societario nel diritto amministrativo, intesa come progressivo depauperamento delle prerogative proprie dell'istituto civilistico, sempre più piegato al raggiungimento di obiettivi tipicamente pubblicistici. In proposito basti pensare alla situazione in cui si trovano attualmente le società miste chiamate a gestire un servizio pubblico locale: pur non essendo legate all'ente territoriale dal rapporto di delegazione interorganica tipico dei soggetti c.d. in house providing, esse sono - tuttavia - destinatarie dei vincoli e delle limitazioni recentemente introdotte dal decreto Bersani, i quali appaiono, invero, eccessivi oltre che non adeguatamente precisati.

Il quadro appare, allora, ben più complesso, investendo l'istituto stesso della società a partecipazione pubblica e la valutazione circa l'opportunità del suo mantenimento all'interno del nostro ordinamento giuridico.

Il sempre più precario equilibrio tra natura giuridica societaria e deroghe alla disciplina civilistica è minacciato - peraltro - dal pericolo di una visione panamministrativistica della realtà, che, trascurando la differenza ontologica tra ente pubblico e società di diritto privato, riduca il modello societario a mero contenitore di sostanza pubblica non più idoneo a garantire le esigenze di efficienza che ne avevano contraddistinto l'originaria adozione.

Il compito di sciogliere i dubbi esistenti in materia è riservato al legislatore, di cui si auspica al più presto l'intervento: la complessità della problematica non consente, infatti, un approccio meramente ermeneutico, rendendosi necessaria una vera e propria chiarificazione a livello normativo.

In questo modo verrebbero sensibilmente ridotti i margini di discrezionalità interpretativa e le possibilità di contrasti tra differenti opzioni ermeneutiche, a tutto vantaggio della chiarezza della condizione giuridica in cui versano le società miste.

La soluzione che appare preferibile è quella della definitiva ed espressa equiparazione tra società a partecipazione pubblica e società private: una simile scelta consentirebbe di neutralizzare la circostanza del capitale prevalentemente pubblico, privandola di qualsiasi capacità discriminante tra disciplina di diritto pubblico e disciplina di diritto privato.

A sostegno di tale impostazione stanno due norme fondamentali del diritto comunitario e del diritto interno: l'art. 295 del Trattato CE ([23]) e l'art. 41 Cost. ([24])

Esprimendosi mediante previsioni ampie ed indifferenziate, esse militano entrambe nel senso della equiordinazione tra imprese pubbliche ed imprese private: da ciò non deriva la necessità di eliminare ogni profilo di distinzione tra questi soggetti, ma - più semplicemente - la considerazione per cui la partecipazione al capitale sociale da parte di un ente pubblico non si configura come elemento sufficiente a legittimare un trattamento derogatorio o speciale.

A conclusioni analoghe si giunge - peraltro - anche attraverso la disamina di due recenti interventi legislativi avutisi, rispettivamente, in materia di diritto commerciale e di diritto amministrativo.

Merita in primo luogo attenzione l'attuale versione dell'art. 2449 cod. civ., così come modificato a seguito della riforma del diritto societario operata con d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 ([25]).

Sebbene il legislatore non abbia specificamente disciplinato la condizione delle società partecipate tranne che nelle norme relative al potere di nomina e revoca degli amministratori, l'introduzione dell'espressione "salvo le disposizioni delle leggi speciali" di cui all'ultimo comma del citato articolo 2449, lungi dall'assumere un valore meramente pleonastico, esprime - piuttosto - la volontà del legislatore di ribadire la regola generale della sottoposizione dei rapporti interni ad un'amministrazione pubblica alle disposizioni del codice civile, con la sola esclusione delle ipotesi in cui apposite norme espressamente dispongano in senso contrario.

Dalla lettura sistematica dell'attuale disciplina societaria, emerge chiaramente come la legge sottoponga le società a partecipazione pubblica alla medesima disciplina prevista per le società a capitale interamente privato; e ciò sulla base dell'asserita comunanza della sostanza ontologica di entrambi i soggetti giuridici considerati ([26]).

Per quanto attiene poi all'ambito del diritto amministrativo, può richiamarsi l'intervento di novellazione avvenuto con l'introduzione del comma 1-bis all'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 ad opera della legge 11 febbraio 2005, n. 15 ([27]).

In tale occasione il legislatore ha introdotto una disposizione di principio volta a delineare in modo chiaro e generale il complesso rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo nell'ambito della disciplina dell'azione amministrativa.

Lungi dall'incidere sulla natura della funzione amministrativa e sulla relativa funzionalizzazione della stessa al perseguimento dell'interesse pubblico, tale assunto inerisce, piuttosto, alla forma in cui si esplica l'attività amministrativa stessa: qualora non sia necessario l'impiego di atti unicamente autoritativi, essa potrà esprimersi attraverso le modalità proprie dell'agire consensuale.

Anche senza addentrarsi nella complessa problematica dell'attività non autoritativa della P.A., nella disposizione considerata si può ben cogliere la probabile impostazione di fondo adottata dal legislatore: con una previsione di carattere generale, egli ha compiuto un passo definitivo verso l'equiparazione di soggetti privati e soggetti pubblicamente partecipati.

Ancora una volta, tale conclusione non conduce ad azzerare le differenze sostanziali tra amministrazione pubblica e soggetti privati, confermando - piuttosto - la necessità di una omogeneizzazione del trattamento dei soggetti (e dunque anche degli imprenditori) pubblici e privati in quei settori in cui svolgono un'attività sostanzialmente analoga ([28]). Una simile innovazione potrebbe, dunque, aprire la strada ad una generale ed estesa equiparazione tra soggetti giuridici pubblici e privati, senza che la presenza - anche solo parziale - di un socio pubblico possa automaticamente giustificare una diversificazione di disciplina. A conclusione di tale panoramica normativa non si può non citare l'art. 8 della l. 10 ottobre 1990, n. 287.

I commi 2° e 2-bis di tale disposizione disciplinano, rispettivamente, le ipotesi di imprese pubbliche titolari di affidamenti diretti od operanti in regime di monopolio, nonché i casi di imprese pubbliche svolgenti attività "in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2" ([29]): fermandosi alla lettura di tali norme non v'è dubbio che potrebbe concludersi nel senso della impossibilità, per un soggetto giuridico, di avere due anime, una di diritto pubblico ed una di diritto privato.

Tuttavia, tale interpretazione non terrebbe conto di quanto previsto dall'art. 8, comma 1° della suddetta legge ([30]), ove - al contrario - imprese pubbliche ed imprese private risultano sottomesse al medesimo regime, con ciò facoltizzandosi la duplice possibilità per uno stesso soggetto giuridico di svolgere attività in regime di privativa e di operare liberamente sul mercato. In questo senso si è recentemente orientata anche la giurisprudenza interna.

Richiamando una lunga tradizione di pronunce del Consiglio di Stato, i giudici del T.A.R. Campania hanno confermato il carattere neutrale della forma societaria, ribadendo - al contempo - che la preferenza accordata al modello societario non risponde soltanto ad esigenze di snellezza procedurale ed efficienza gestionale, ben potendo ammettersi l'ipotesi che la società operi in condizioni di parità con gli altri soggetti economici presenti sul mercato ([31]).

Su posizioni analoghe si sono collocati anche i giudici lombardi, i quali, chiamati a pronunciarsi in tema di garanzie del principio di evidenza pubblica, hanno statuito in modo espresso l'ammissibilità dello spostamento di tali garanzie dal momento del conferimento della titolarità del servizio pubblico a quello della selezione del socio privato della società mista futura titolare del servizio in questione ([32]). Peraltro, anche il ragionamento seguito dai giudici umbri nella sentenza più volte citata induce a concludere nel senso della necessaria sottomissione delle società partecipate alle medesime regole vigenti per le imprese a capitale interamente privato, con la conseguenza che, qualora esse debbano conseguire l'affidamento di un servizio, dovranno rispettare regolari procedure di gara ([33]). In altre parole, l'impiego del modulo di selezione concorsuale ai fini dell'individuazione del socio privato appare elemento idoneo a soddisfare l'esigenza del rispetto dei principi di concorrenza e par condicio degli operatori, risultando del tutto superfluo l'esperimento di una seconda gara per l'affidamento del servizio; essa finirebbe, infatti, per configurarsi quale mera duplicazione del momento concorrenziale già esauritosi a monte ([34]).

Di pari avviso si è mostrato anche il Consiglio di Stato, che - nel recente parere reso in tema di società miste ([35]) - ha preso le distanze dalle interpretazioni più restrittive dell'art. 113, comma 5° lett.b) del t.u.e.l., in virtù delle quali la scelta del socio privato mediante regolare procedura concorsuale non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio ([36]).

Il Collegio conclude propriamente nel senso che il ricorso alla società mista con scelta del partner privato mediante gara non impone di per sé che sia effettuata una seconda gara per l'affidamento del servizio: a seguito di un'analisi approfondita delle più tradizionali sentenze comunitarie in tema di società in house providing, i giudici prendono atto di come le statuizioni della Corte di Giustizia riguardino soltanto i requisiti necessari ai fini della configurazione del suddetto modello, senza - tuttavia - trattare in alcun modo le "condizioni di applicabilità di altri modelli (come sono, appunto, le società miste) nei quali [sia] comunque presente un'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica". "La Sezione ritiene che non si possa far derivare da tale giurisprudenza anche la conseguenza - che appare estranea ai casi in quella sede esaminati - secondo la quale sarebbe necessaria l'indizione, da parte dell'amministrazione, di una gara nella quale lo stesso soggetto pubblico aggiudicatario possa anche partecipare come socio (addirittura maggioritario) della società mista aspirante aggiudicataria // La negazione dei principi della concorrenza varrebbe, in questa ipotesi, non solo nel caso in cui il socio privato fosse stato scelto senza gara, ma anche nel caso in cui esso fosse stato scelto con una diversa e precedente procedura di evidenza pubblica: in entrambi i casi, sembrano comunque ravvisarsi elementi di conflitto di interessi e di distorsione del mercato, senza risolvere la pretesa "anomalia" della società mista ma anzi consentendole di conservare, nel confronto con altre imprese "solo" private, la sua "situazione privilegiata" dell'essere partecipata dalla stessa amministrazione che indice l'appalto".

Quanto sinora esposto conferma, pertanto, la tesi della imprescindibilità di un intervento legislativo espresso nel senso della equiparazione tra società a partecipazione pubblica e società private: tuttavia, tale ipotesi non comporterebbe affatto il superamento delle ineliminabili differenze ontologiche e strutturali sussistenti tra le due figure, ma sarebbe unicamente finalizzato a mettere ordine nel complesso panorama della partecipazione pubblica.

L'auspicata operazione normativa rappresenterebbe, dunque, la positivizzazione di orientamenti già diffusi sia in dottrina che in giurisprudenza, nonché una risposta autorevole ai dubbi ed alle perplessità sul futuro di un istituto forse ormai troppo stretto nelle sue vesti originarie.

--- *** ---

[1] Più precisamente, l'art. 4, comma 4° del d.l. 31 gennaio 1995, n. 26, dopo varie modifiche ed interpolazioni, è stato soppresso dalla legge di conversione 29 marzo 1995, n. 95; l'art. 35, comma 2° della l. 28 dicembre 2001, n. 448 risulta, invece, abrogato dall'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269.

[2] Così Corte Giust. CE, 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, ove si legge: "In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, cit., punto 50)". Su posizioni analoghe si veda anche Corte Giust. CE, 11 maggio 2006, in causa C-340/04, nella quale i giudici asseriscono che: "Le condizioni in presenza delle quali, secondo la menzionata sentenza Teckal, la direttiva 93/36 è inapplicabile agli appalti conclusi tra un ente locale e un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultimo, vale a dire che, al contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto in questione un

controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che il soggetto di cui trattasi svolga la parte più della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono, hanno, in particolare, lo scopo di evitare che sia falsato il gioco della concorrenza. (...) In applicazione di detti principi, si può ritenere che l'impresa in questione svolga la parte più importante della sua attività con l'ente locale che la detiene, ai sensi della menzionata sentenza Teckal, solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale. // Per verificare se la situazione sia in questi termini il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative". E' però importante sottolineare che - come si evince dalle statuizioni ora riportate - l'ordinamento comunitario non pone un divieto o un limite per le figure soggettive partecipate dalle Amministrazioni pubbliche, stabilendo - invece - tra le altre, una condizione affinché tali figure soggettive possano essere destinatarie di affidamenti diretti, da parte delle Amministrazioni di riferimento, senza doversi sottomettere a gare.

[3] Le decisioni sono consultabili, nel loro testo integrale, rispettivamente in <http://www.giustizia-amministrativa.it> e in <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>.

[4] In tema di difetto di legittimazione e difetto di capacità giuridica, tra gli apporti dottrinali più significativi si vedano P. Rescigno, voce Legittimazione, in Dig. Disc. priv., sez. civ., X., Torino, 1993, 523; L. Mengoni, L'acquisto a non domino, Milano, 1949, 36 ss. Per quanto riguarda, invece, i contributi giurisprudenziali in materia, si segnala, soprattutto, Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in Urb. e app., 2001, 1150, nonché T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 2 maggio 2002, n. 240, in Foro amm. TAR, 2002, 1565 ss.: "Le società miste, derivanti, come quella del caso di specie, dalla trasformazione di un'azienda municipalizzata a prevalente capitale pubblico, costituita tra più comuni, non possono partecipare ad una gara (oppure stipulare un contratto a trattativa privata) per l'affidamento della gestione di un pubblico servizio al di fuori del proprio territorio, a meno che non intervengano convenzioni tra gli enti Locali ai sensi dell'art. 5, d.P.R. 4 ottobre 1986 n. 902, in quanto sono da considerarsi come strumento attraverso il quale l'ente locale svolge sì un'attività (pubblica) di carattere industriale ed economico, ma pur sempre nell'ambito dei fini predeterminati dalla legge. (...) Anche per le società miste locali, come per le aziende speciali dell'Ente Locale, sussiste un vincolo di ordine funzionale che lega l'attività societaria agli interessi della collettività di cui l'ente costituente la società è figura esponenziale, sicché, per entrambe le figure, l'estensione dell'attività fuori del territorio dell'ente locale costituente è possibile a condizione che ciò realizzi un'integrazione funzionale della propria attività con quella del comune vicino e che vengano, in tal guisa, soddisfatte anche le esigenze della collettività stanziata sul territorio dell'ente costituente e che ciò non si traduca in un mero ritorno di carattere imprenditoriale".

[5] Così la norma: "I soggetti titolari degli affidamenti o delle concessioni di cui al comma 5 del presente articolo possono partecipare alle gare indette a norma dell'art. 14, comma 1, senza limitazioni. Per i soggetti che devono essere costituiti o trasformati ai sensi dei commi 1, 2, e 3 del presente articolo, la partecipazione alle gare è consentita a partire dalla data dell'avvenuta costituzione o trasformazione".

[6] In <http://www.giustizia-amministrativa.it>

[7] Nell'attuale versione della norma richiamata così si legge: "Gli enti locali, entro il 30 giugno 2003, trasformano le aziende speciali e i consorzi di cui all'articolo 31, comma 8, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, che gestiscono i servizi di cui al comma 1 dell'articolo 113 del medesimo testo unico, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, in società di capitali, ai sensi dell'articolo 115 del citato testo unico".

[8] Tale comma così recita: "È vietata ogni forma di differenziazione nel trattamento dei gestori di pubblico servizio in ordine al regime tributario, nonché alla concessione da chiunque dovuta di contribuzioni o agevolazioni per la gestione del servizio".

[9] Cfr. deliberazione Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 135 del 2007.

[10] Per una ricostruzione esaustiva dell'iter normativo che ha coinvolto l'art 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, si vedano, soprattutto, Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2005, n. 1634 in <http://www.giustamm.it>; T.A.R. Lazio, Latina, 12 luglio 2002, n. 777 in Foro amm. TAR, 2002, 2553.

[11] Nel caso di specie, peraltro, i giudici non ritengono sussistenti gli estremi per l'applicabilità del citato art. 113, comma 6° del t.u.e.l., non essendo ravvisabile in capo alla società aggiudicataria (o alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime) alcun affidamento diretto né in Italia né all'estero. Del tutto privo di rilievo appare - inoltre - un eventuale richiamo alla normativa di settore: affermando che la gara per l'affidamento del servizio in questione è stata bandita ai sensi delle disposizioni contenute nel d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (c.d. decreto Letta), si giunge, paradossalmente, a confermare l'assenza di qualsivoglia limitazione per la società mista alla partecipazione alla gara stessa. Infatti, analizzando l'art. 14, comma 5° del citato decreto, emerge una previsione sostanzialmente speculare a quella più generale contenuta

nell'art. 113, comma 6° del t.u.e.l.: la norma del Letta consente, infatti, l'ammissione a gara di qualsivoglia società "anche a partecipazione pubblica", individuando come "sola" ipotesi di esclusione quella delle società che gestiscano servizi pubblici locali in base ad affidamenti diretti. Anzi, il fatto stesso che il diritto di partecipazione sia espressamente riconosciuto "senza limitazioni territoriali" porta a ritenere senz'altro illegittimo ogni eventuale provvedimento di esclusione di concorrenti motivato per i legami esistenti con il territorio di svolgimento del rapporto concessorio.

[12] Così si legge nella sentenza T.A.R. Umbria n. 472 del 2007: "La normativa nazionale di settore, dunque, prevede espressamente una sola ipotesi di esclusione, quella (analoga alla previsione generale dell'art. 113, comma 6, del d.lgs. 267/2000) nei confronti delle società (o relative controllate, controllanti o controllate dalla medesima controllante) che gestiscano altri servizi pubblici locali in forza di affidamenti diretti o, comunque, di una procedura non ad evidenza pubblica".

[13] Su queste posizioni si è collocata la Corte Giust. CE, 7 dicembre 2000, in C-94/99, Arge Gewässerschutz.

[14] Specificamente in questo senso si vedano Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, in Foro amm. CDS, 2004, 2620 ss.; Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisdiz., 24 dicembre 2002, n. 692, in Urb. e app., 2003, 711 ss.

[15] A conclusioni analoghe sono recentemente giunti anche i giudici del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, ord. 3 luglio 2007, n. 3464, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>), i quali, in sede di pronuncia sulla richiesta di annullamento - previa sospensione dell'efficacia - della sentenza T.A.R. Umbria n. 472 del 2007, hanno respinto l'istanza cautelare avanzata dall'appellante, sulla base della ravvisata mancanza di elementi di fumus boni iuris relativamente alle censure in tema di ammissibilità di partecipazione a gara per la società attuale aggiudicataria.

[16] Per una visione complessiva e sistematica dell'evoluzione avutasi in materia di attività extra moenia della società miste, si vedano, tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, cit.; Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325 cit.; Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, in Foro amm. CDS, 2005, 1497 ss.; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2005, n. 3264, in Foro amm. CDS, 2005, 1792; Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, in Nuova rass., 2005, 2098. In quest'ultima pronuncia i giudici ritengono incongruo stabilire in via aprioristica limiti all'attività extraterritoriale delle società miste ("l'ordinamento giuridico non pone, in linea di principio, alcun limite all'assunzione, da parte delle società miste, di compiti ultranei alla mission istituzionale assegnata dall'ente locale), ritenendo - al contrario - necessaria una valutazione concreta e puntuale delle caratteristiche con cui la società è sorta: infatti, soltanto se essa è stata costituita con precise delimitazioni al proprio ambito di operatività, si potranno rinvenire dei divieti ad eventuali estensioni della sua operatività oltre i confini consentiti (qualora non risultino previsti limiti in sede di originaria costituzione, si potrebbe eventualmente ricorrere al metodo alternativo della separazione contabile tra le attività svolte per il Comune all'interno del relativo territorio da un lato, e quelle realizzate fuori dal territorio comunale dall'altro). Per quanto attiene, invece, ai contributi dottrinali è opportuno citare G. Caia, L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci, in Foro amm. TAR, 2002, 5, 1568 ss.; E. Sticchi Damiani, L'attività extra moenia delle società a capitale pubblico-privato nella gestione dei servizi locali. Previsioni legislative e orientamenti giurisprudenziali, in <http://www.giustamm.it>.

[17] Più precisamente, nella sentenza T.A.R. Umbria, n. 472 del 2007 i giudici così statuiscano: "L'espressa negazione di "limitazioni territoriali" per le "società a partecipazione pubblica", se pure è dettata al fine di superare ogni dubbio sulla possibilità che una società partecipata da enti locali concorra all'affidamento di servizi relativi ad enti locali diversi (non essendo ancora chiara, nel vigore dell'articolo 22 della legge 142/1990, la diversità del vincolo funzionale tra la società mista e la collettività locale di riferimento, rispetto al vincolo territoriale operante per le aziende speciali - cfr. Cons. Stato, V, 3 settembre 2001, n.4586), può essere intesa anche come conferma che l'esistenza di legami della società con il territorio in cui dovrà svolgersi il servizio non può (al pari della mancanza) considerarsi preclusiva".

[18] In tal senso Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325 cit.: " (...) non essendo contemplata da alcuna norma come elemento ostativo alla partecipazione ad una pubblica gara d'appalto indetta dall'ente titolare della partecipazione di maggioranza; né, in difetto, a tale risultato può pervenirsi in diretta applicazione dei principi costituzionali di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa nonché dei principi generali di concorrenza e par condicio nelle procedure ad evidenza pubblica (...) ".

[19] In relazione al controllo societario, va - tuttavia - precisato che, ogni qual volta si richiami detto istituto, è necessario che si ricada in una delle tre ipotesi delineate dalla norma civilistica: la società presunta controllante dovrà detenere la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della controllata (c.d. controllo di diritto), oppure dovrà disporre di voti sufficienti ad esercitare un'influenza che possa dirsi dominante nell'assemblea ordinaria della medesima controllata (c.d. controllo di fatto),

ovvero tale influenza dovrà essere esercitabile in ragione di particolari vincoli contrattuali intercorrenti tra le società considerate, indipendentemente da qualsivoglia prevalenza sul piano azionario (c.d. controllo contrattuale o esterno).

[20] Così in T.A.R. Umbria, n. 472 del 2007.

[21] Segnatamente, la struttura dei rapporti societari nel caso di specie può essere così delineata: la società mista partecipante in A.T.I. alla gara è una società costituita in via maggioritaria da un'altra società a sua volta partecipata maggioritariamente da una società holding a monte, della quale sono soci, infine, due enti pubblici territoriali (Comuni). Dall'analisi di tale articolazione emerge con chiarezza il carattere soltanto mediato del rapporto tra la società facente parte dell'A.T.I. e gli enti pubblici locali a monte (tra questi due soggetti stanno, infatti, ben due livelli intermedi rappresentati da altrettante società), nonché la quasi impossibilità dei suddetti enti locali di esercitare un controllo effettivo e penetrante sulla società a valle partecipante all'A.T.I.

[22] Il tema aveva, invero, già destato l'interesse di autorevole dottrina: a tal proposito, si vedano, soprattutto, M. Cammelli, *Le società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Atti di Varenna*, Milano, 1997, 125 ss., nonché M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, S. Cassese (a cura di), Milano, 2003, 2581 ss.

[23] La norma così recita: "Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

[24] Nella norma così si legge: "L'iniziativa economica privata è libera. // Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. // La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".

[25] Così la norma: "Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza. // Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. // Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali".

[26] In questi termini si esprime Vacca A., *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: un modello di difficile qualificazione* (nota a T.A.R. Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006, n. 422), in *Foro amm. TAR*, 2006, 1225 ss.

[27] Il nuovo art. 1 così recita: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario. // La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente. // I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1. // La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria".

[28] Per un'analisi completa ed esaustiva del nuovo art. 1, comma 1-bis della l. n. 241/1990 si veda, tra gli altri, Liguori F., *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico a proposito del comma 1-bis*, in *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, F. Liguori (a cura di), Bologna, 2007, 7 ss.

[29] Così il comma 2°: "Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati"; così il comma 2-bis: "Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separate".

[30] Tale comma così recita: "Le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale".

[31] Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 19 luglio 2005, n. 1290, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3501 ss.: in tale pronuncia si afferma che: "Il pur apprezzabile fine del modello societario di gestione dei servizi pubblici locali di perseguire con maggiore agilità procedurale ed operativa lo scopo pubblico sotteso al servizio non può portare a snaturare il modello societario prescelto".

[32] Così T.A.R. Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006, n. 422, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

[33] Sul punto si veda Vacca A., *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica cit.*, il quale ritiene che una simile equiparazione possa raggiungersi soltanto qualora "il servizio affidato alla società mista e le condizioni di erogazione dello stesso coincidano effettivamente con l'oggetto della procedura di gara con la quale viene scelto il socio privato e siano esplicitati in modo

trasparente ed esaustivo di modo che l'acquisto della partecipazione sociale da parte del soggetto privato non sia più l'oggetto principale della procedura ad evidenza pubblica (sostanziate, invece, nell'affidamento del servizio pubblico), ma costituisca esclusivamente una mera condizione imposta dall'amministrazione aggiudicatrice ai fini del conferimento del servizio considerato”.

[34] Così si legge nella pronuncia dei giudici lombardi: “ (...) si può ritenere che quando la costituzione di una società o l'apertura a terzi del capitale sia presentata con la necessaria trasparenza verso tutti i potenziali interessati come una forma di affidamento di un servizio pubblico (o di un appalto di servizi o forniture) il risultato sia effettivamente assimilabile a quello di una gara. Con un minore grado di trasparenza le conclusioni sono inevitabilmente diverse (...) i soggetti economici possono scegliere tra due percorsi distinti. In particolare coloro che si sottopongono alla regola della concorrenza per l'affidamento dei servizi (partecipando alle gare in piena par condicio) non sono tenuti a essere trasparenti e restano liberi di organizzarsi come preferiscono. In questo caso la scelta del partner (compresi i soci privati) rimane libera sulla base di valutazioni di convenienza economica. Quelli che invece intendono conseguire affidamenti diretti sono obbligati alla trasparenza e devono scegliere il partner (maggioritario o minoritario) con procedure a evidenza pubblica, in quanto l'ingresso nel capitale sociale estende ai nuovi soci l'affidamento diretto”.

[35] Cfr. Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>

[36] In tale filone interpretativo si colloca, soprattutto, il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, con sentenza 27 ottobre 2006, n. 589, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.