

Sono manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3, 41, 117 e 118 della Costituzione, dell'art. 35, comma 2, L. n. 448/2001 (nel testo vigente all'epoca dell'indizione della gara in questione) nella parte in cui viene differito all'adozione di una previsione regolamentare governativa il divieto, per le società miste a capitale pubblico maggioritario, di svolgere attività imprenditoriale al di fuori dell'ambito territoriale di riferimento, e dell'art. 113, comma 15-*quater*, D.Lgs. n. 267/2000, nella parte in cui differisce al 1° gennaio 2007 l'entrata in vigore del divieto di cui al comma 6 del medesimo art. 113, in quanto il fatto che il legislatore abbia previsto un periodo transitorio di non operatività delle due norme appare conforme ad un corretto principio di gradualità degli interventi normativi.

IL COMMENTO

di Leonardo Masi

Il Consiglio di Stato torna a pronunciarsi, con due sentenze a distanza di un giorno l'una dall'altra, sulla questione della legittimità o meno dell'attività extraterritoriale delle società miste. Mentre per un verso trova conferma l'orientamento, già formatosi in seno alla giurisprudenza amministrativa, circa l'astratta possibilità per le società miste di operare extra moenia, le due decisioni si segnalano per lo sforzo di individuare e circoscrivere le condizioni al verificarsi delle quali l'attività extraterritoriale possa ritenersi compatibile con la natura stessa delle società miste e, di conseguenza, consentita. Mentre la decisione della quinta sezione, si limita ad indicare un presupposto «in negativo», e cioè che l'attività non distolga risorse dalla missione istituzionale della società mista, quale strumento degli enti locali per la gestione dei propri servizi, la decisione della quarta sezione richiede un ulteriore elemento «in positivo», e cioè che l'attività svolta fuori dal proprio ambito territoriale sia tale da apportare alla comunità di riferimento un'utilità tangibile, che non si risolva nel mero ritorno di carattere economico - imprenditoriale. Le due sentenze, peraltro, offrono interessanti spunti per ripensare il ruolo e le prospettive delle società miste, anche alla luce della recente giurisprudenza comunitaria.

Con due decisioni curiosamente sincroniche, una della quinta e l'altra della quarta sezione, il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi - tre le altre cose - sul tema dell'attività extraterritoriale, rispetto ai confini degli enti locali che le partecipano, delle società miste. Come vedremo, i due arresti, che pur muovono dal medesimo presupposto di fondo, rappresentato dalla riconosciuta legittimità, in linea di principio, dell'attività *extra moenia* delle società miste, risultano soltanto a prima vista sintonici, riflettendo per contro - ad un'attenta lettura - due impostazioni diverse tra loro, che si traducono, all'atto pratico, in ricadute divergenti sul concreto atteggiarsi delle stazioni appaltanti in sede di gara.

Le due sentenze, oltre agli specifici temi trattati, offrono peraltro spunti invitanti per ripensare la figura e il ruolo delle società miste nel nostro ordinamento, alla luce della recentissima giurisprudenza comunitaria che, sebbene nel contesto dell'esame di una questione soltanto connessa rispetto a quella che in questa sede interessa, quella cioè degli affidamenti *in house*, ha assunto una decisa presa di posizione circa gli effetti distorsivi - in termini di perseguimento dell'interesse pubblico - della presenza di soci privati nelle compagnie a partecipazione pubblica (1).

L'importanza dei riflessi sull'ordinamento interno dei citati precedenti, non risiede tanto nel fatto che la Corte di Giustizia abbia negato la possibilità di procedere ad affidamenti diretti *in house* a società miste, conclusione che il legislatore italiano aveva infatti percorso attraverso l'art. 113, comma 4, lett. a) e comma 5, lett. c), D.Lgs. n. 267/2000, quanto nella tesi sostenuta per cui la presenza di un socio privato esclude che la compagnia possa considerarsi destinata in via esclusiva al perseguimento dell'interesse pubblico, tesi che impone inevitabilmente di ridiscutere la ragione stessa di esistere delle società miste quali moduli gestionali per lo svolgimento di attività, la gestione di servizi pubblici locali, per sua natura invece protesa alla tutela degli interessi della collettività e non di interessi diversi da quelli superindividuali.

Ci si domanda allora se a distanza di quindici anni (art. 22, L. n. 142/1990), tale modulo gestionale mantenga la propria attualità o se, invece, sia destinato ad un inesorabile declino.

Senza considerare la tensione che potrà verificarsi tra il richiamato orientamento giurisprudenziale e il dato positivo interno, posto che l'art. 113, comma 5, lett. b), D.Lgs. n. 267/2000 consente a tutt'oggi la possibilità di

Nota:

(1) Ci si riferisce alle note sentenza Corte Giust. CE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03 *Stads Halle*, in *Foro It.*, 2005, IV, 134; Corte Giust. CE, sez. I, 13 ottobre 2005, C-456/03, *Parking Brixen GmbH*, in www.dirittoe-serviziipubblici.it; Corte Giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, *ivi*.

procedere all'affidamento diretto dei servizi pubblici locali a società miste, a condizione che il socio privato sia stato scelto con procedure ad evidenza pubblica (2).

I due casi

Per venire alle due decisioni in rassegna, nel caso deciso della quinta sezione, si trattava della gara per l'affidamento dell'appalto misto per la gestione tecnologica integrata e la manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione, indetto dal Comune di Taranto. In particolare, tra le varie questioni sottoposte alla magistratura amministrativa, vi era quella delle legittimità o meno della partecipazione a tale gara di una nota società *multiutility*, quotata in borsa, partecipata da enti pubblici e, ovviamente, da soggetti privati. La questione, risolta positivamente dal TAR Puglia con la sentenza appellata (3), è stata affrontata dal Consiglio di Stato sul solco della giurisprudenza preesistente, attraverso uno schema di ragionamento sintetizzabile nei termini che seguono (4).

Ha osservato il Consiglio di Stato che le società miste risultano caratterizzate da un vincolo funzionale con l'ente locale partecipante più attenuato rispetto alle aziende speciali o alle vecchie aziende municipalizzate, nel senso che mentre queste ultime, pur connotate da indici di autonomia, rappresentano veri e propri plessi organizzativi dell'ente, inserite organicamente nella struttura amministrativa, le società miste sono, invece, innanzitutto soggetti imprenditoriali di diritto privato, dal quale mutuano il proprio regime giuridico.

Alla luce del duplice e contrastante dato rappresentato, da un lato, dalla genetica strumentalità della società mista rispetto al perseguimento degli scopi dell'ente, e, dall'altro, dalla natura imprenditoriale del soggetto, il Consiglio di Stato, sulla scorta dei precedenti citati in motivazione, ha individuato una soluzione mediana, consistente nella riconosciuta possibilità della società mista di compiere attività extraterritoriale, ma a condizione che i compiti ultranei non distolgano «in maniera rilevante risorse e mezzi dalla collettività di riferimento».

Disegnati di tal guisa i caratteri del proprio iter argomentativo, il Consiglio di Stato li ha calati nella fattispecie concreta sottoposta al proprio vaglio, ed è passato quindi a verificare in concreto se l'assunzione da parte di quella società mista dell'appalto in questione potesse riverberarsi in termini negativi sulla propria *mission* istituzionale.

Verifica che ha portato il Collegio a considerare dati quali, da un lato, la consistenza della società, desumibile dall'entità del capitale sociale, dal fatturato e dal numero dei comuni partecipanti, e dall'altro la quantità dei mezzi destinati in concreto all'esecuzione dell'appalto, ciò che risulta peraltro inversamente proporzionale rispetto alla presenza di subappaltatori e di società mandanti nell'associazione temporanea di imprese.

Per concluderne nel senso che nel caso di specie, anche tenuto conto della natura e dell'importo dell'appal-

to affidato, non era ipotizzabile alcun pregiudizio per l'interesse degli enti locali partecipanti alla società mista in questione.

È stato poi respinto anche il motivo con il quale veniva censurata la presunta violazione dei principi comunitari di non discriminazione, imparzialità e libera concorrenza, quale conseguenza della partecipazione ad una gara d'appalto da parte di una società mista, che può contare - anche solo attraverso la partecipazione al capitale sociale da parte di enti pubblici - su una posizione di rilevante privilegio.

Il Consiglio di Stato ha negato la violazione di tali principi proprio attraverso il ricorso a fonti normative comunitarie, segnatamente l'art. 86 del Trattato e l'art. 1, lett. c) della direttiva 92/50/CE, nonché alla giurisprudenza della Corte di Giustizia (5), per desumere che anche i soggetti che vantano sovvenzioni pubbliche, pur nella peculiare forma della sottoscrizione del capitale sociale, si pongono in regime di parità con gli altri soggetti imprenditoriali, e che anzi una preclusione nei loro confronti si tradurrebbe, a sua volta, in una discriminazione ed in un'ingiustificata disparità di trattamento.

Affrontando l'ultima delle questioni rilevanti per il tema che in questa sede interessa, il Consiglio di Stato ha infine ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale di due norme (l'art. 35, comma 2, ultimo periodo, L. n. 448/2001 e l'art. 113, comma 15-*quarter*, D.Lgs. n. 267/2000), nella parte in cui differiscono

Notes:

(2) La distonia tra giurisprudenza della Corte di Giustizia e l'ordinamento interno risiede nel fatto che alla Corte sembra non interessare che il socio privato sia stato scelto con procedure ad evidenza pubblica o meno, dovendosi in ogni caso concludere nel senso perentorio di cui ai punti 50 e 51 della sentenza *Stadt Halle* («50. Al riguardo, occorre innanzitutto rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente. 51. In secondo luogo, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessi contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti»).

(3) T.A.R. Puglia, sez. II, 14 giugno 2004, n. 3721, in *Foro Amm.*, 2004.

(4) Sulla questione si erano già pronunciati Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, in *Foro Amm.*, 2004, 2620; Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2003, n. 2467, *ivi* 2003, 1614; Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448, *ivi* 2002, 1469; Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843, *ivi*, 2631; v. anche la più risalente Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, 4586, in questa *Rivista* 2001, 1150.

(5) Il riferimento, contenuto nella parte motiva, è alla nota sentenza Corte Giust. CE, sez. VI, 7 dicembre 2000, C-94/1999, *ARGE Gewässerschutz*, in questa *Rivista*, 2001, 46; tra le altre analoghe Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, *cit.*; Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2003, n. 2467, *cit.*; T.A.R. Toscana, sez. II, 14 novembre 2005, n. 4677, in www.dirittoediserviziipubblici.it.

l'entrata in vigore di divieti per le società miste affidatarie dirette di servizi pubblici, nel primo caso a svolgere attività imprenditoriale *extra moenia* (la norma peraltro, come vedremo, oggi è stata abrogata), e nel secondo a partecipare a gare per l'affidamento di servizi pubblici locali, rilevando come tali differimenti rispondano ad un apprezzabile criterio di gradualità dei processi normativi, e come anzi essi siano ancor più giustificati alla luce della nascita recente, spesso per trasformazione di preesistenti aziende speciali o consorzi intercomunali, delle società miste, alle quali sarebbe stato irragionevole precludere opportunità imprenditoriali al di fuori del territorio di riferimento, ciò che avrebbe ostacolato il loro consolidamento sul mercato.

Il secondo caso deciso aveva invece ad oggetto l'aggiudicazione dell'appalto, indetto dalla Regione Liguria, relativo ai servizi di pulizia dei locali occupati dalla giunta regionale, procedura selettiva alla quale aveva concorso, risultandone aggiudicataria, una società mista partecipata dal Comune di Catania.

Di fronte alla censura mossa dalla seconda classifica, circa la necessità di escludere la società aggiudicataria in virtù dei principi che presidono l'attività extraterritoriale delle società miste, il Consiglio di Stato ha innanzitutto fatto proprio l'orientamento consolidato, e di cui si è detto in precedenza, in ordine alla legittimazione in linea di principio delle società miste ad operare *extra moenia*.

Nello specificare le condizioni al verificarsi delle quali la detta legittimazione si traduce in comportamento conforme a legittimità, la sentenza in commento sottolinea tuttavia come non solo - in negativo - l'attività extraterritoriale non deve distogliere risorse dell'ente territoriale partecipante alla società mista, ma soprattutto - in positivo - che anche tale attività deve risultare indirizzata al perseguimento degli interessi della collettività di riferimento, atteso che il capitale sociale sottoscritto dall'ente pubblico «non è di proprietà dell'ente, ma costituisce, invero, uno strumento (come altri, quali i beni pubblici, lo stesso personale dipendente, i beni mobili) per il conseguimento dei fini di benessere della collettività stanziata sul suo territorio».

Con la precisazione che l'utilità dell'ente locale partecipante alla società non può limitarsi ad un mero ritorno di carattere economico dell'attività extraterritoriale.

Il Consiglio di Stato ha quindi fatto applicazione degli affermati principi ed ha ritenuto che la partecipazione da parte della società mista del Comune di Catania alla gara in questione fosse illegittima, intanto sulla sola base del fatto che la stazione appaltante ha ommesso di verificare, di fronte alla domanda di partecipazione, se fossero presenti i due imprescindibili presupposti (non pregiudizio ed utilità), in particolare il secondo, e quindi, in altre parole, se dall'aggiudicazione dell'appalto alla società mista extraterritoriale fossero rinvenibili oggettivi vantaggi per la collettività di riferimento della società stessa.

La particolare intensità con la quale il Collegio ha sottolineato l'esigenza di una pregnante utilità per la comunità di riferimento, tale da giustificare l'attività extraterritoriale della società mista, ha portato il Consiglio di Stato all'ulteriore affermazione, dissonante rispetto alla prima delle sentenze in commento, per cui in assenza di tale requisito - da valutarsi con particolare attenzione e rigore - avremmo «gravissime ripercussioni sul corretto funzionamento del mercato», con tanto di «stravolgimento dei fondamentali principi di concorrenza e di parità di trattamento tra imprese pubbliche ed imprese private».

Extraterritorialità delle società miste: tra pubblico e privato

È evidente che il problema dell'extraterritorialità della società miste si è posto, in termini ancor più pressanti rispetto alle vecchie aziende speciali, quale inevitabile precipitato della conformazione ibrida dei soggetti di cui si discute, al tempo stesso soggetti di diritto privato e strumenti operativi degli enti locali per la gestione di servizi pubblici.

E non v'è dubbio che il dato ormai acquisito circa l'astratta legittimità dell'attività extraterritoriale delle società miste risulta condivisibile, in primo luogo non essendo rinvenibile nell'ordinamento positivo un divieto in tal senso.

Ed anzi, a ben guardare, la purtroppo contorta, e comunque viepiù vituperata, evoluzione legislativa di questi ultimi anni *in subiecta materia* depone proprio nel senso voluto dalla giurisprudenza, quindi nel senso della non preclusione.

Agganciandosi infatti ad uno spunto offerto, seppure fugacemente, dalla seconda sentenza in commento, si osserva che l'art. 35, comma 2, ultimo periodo L. n. 448/2001, nel testo originario (6), prevedeva che a decorrere dalla scadenza del periodo transitorio (la cui in-

Nota:

(6) Art. 35, comma 2, L. n. 448/2001 nel testo originario: «Nel casi in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscono un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste dall'art. 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, il regolamento di cui al comma 16 del presente articolo indica i termini, comunque non inferiori a tre anni e non superiori a cinque anni, di scadenza o di anticipata cessazione della concessione rilasciata con procedure diverse dall'evidenza pubblica. A valere da tale data si applica il divieto di cui al comma 6 del medesimo art. 113 del citato testo unico, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi per oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa. Il regolamento definisce altresì le condizioni per l'ammissione alle gare di imprese estere, o di imprese italiane che abbiano avuto all'estero la gestione del servizio senza ricorrere a procedure di evidenza pubblica, a condizione che, nel primo caso, sia fatto salvo il principio di reciprocità e siano garantiti tempi certi per l'effettiva apertura dei relativi mercati. 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».

dividuzione era devoluta al regolamento di cui al comma 16 del medesimo art. 35) vi era il divieto per le società miste a capitale pubblico maggioritario, che fossero ancora affidatarie dirette, di «partecipare ad attività imprenditoriali fuori dal proprio territorio».

Ora, a prescindere dal fatto che il divieto sarebbe stato riferito soltanto alle società miste con capitale pubblico maggioritario - e quindi, *a contrario*, non per le società miste con capitale pubblico minoritario - nonché dal fatto che il regolamento governativo non è stato poi, come noto, mai approvato, risulta interessante notare come tale divieto sia stato espunto, attesa l'intervenuta abrogazione dell'art. 35, comma 2, L. n. 448/2001 da parte dell'art. 14, comma 3, D.L. n. 269/2003 convertito nella L. n. 326/2003.

E quando il legislatore, con l'art. 4, comma 234, L. n. 350/2003, ha inserito nell'art. 113, D.Lgs. n. 267/2000 un comma 15-*quater*, reintroducendo per tale via alcune delle norme contenute nel già abrogato art. 35, comma 2, L. n. 448/2001, tra queste non vi ha incluso il divieto di attività extraterritoriale.

In altre parole, scompare, anche in prospettiva, il divieto di attività imprenditoriale extraterritoriale per le società miste, sebbene siano affidatarie dirette di servizi pubblici.

A dire il vero, e per dovizia di precisione, esiste ancor oggi per «le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto», quindi anche per le società miste, il divieto (con decorrenza 1° gennaio 2007) di cui all'art. 113, comma 6, D.Lgs. n. 267/2000, sennonché tale divieto è espressamente limitato ai servizi pubblici (dice infatti la norma: «per le gare di cui al comma 5»), e non agli appalti pubblici di servizi, forniture o lavori.

Con la conseguenza che, anche in virtù dell'argomento *a contrario* desunto dal dato positivo, è davvero non discutibile la possibilità in linea di principio per le società miste di partecipare a gare per l'affidamento di appalti pubblici indette *extra moenia*.

Si tratta di una conclusione che - siccome ispirata dalla prevalenza dell'aspetto privatistico-imprenditoriale su quello pubblicistico - risulta in sintonia con l'orientamento, ribadito anche da ultimo dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (7), circa la riconosciuta natura, a tutti gli effetti, di soggetto di diritto privato alle società miste, con importanti conseguenze, ad esempio, in punto di giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto gli atti dell'ente partecipante, quali la nomina o la revoca dei propri rappresentanti in seno agli organi societari, atti che le Sezioni Unite hanno qualificato come momenti di esercizio del diritto del socio e quindi attribuiti alla giurisdizione del giudice ordinario.

Per concludere sul punto, è doveroso segnalare, specie alla luce del già richiamato orientamento recente della Corte di Giustizia in punto di affidamenti *in house*,

come il problema dell'extraterritorialità si ponga in termini diversi, rispetto alle società miste, per le società che appunto possono qualificarsi *in house*, e cioè - tenendo conto dei requisiti richiesti dalla sentenza nota come *Teckal* (8) - oltre che con totale capitale pubblico, assoggettate da parte dell'ente ad un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che svolgono la propria attività prevalentemente a favore dell'ente o degli pubblici che la controllano.

Con riferimento a tali società viene infatti sempre più rimarcata dai giudici comunitari, proprio per giustificare gli affidamenti diretti quale deroga al principio della concorrenzialità, la necessaria condizione di rappresentare articolazioni operative dell'ente o degli enti controllanti, e la conseguente insussistenza di un rapporto di reale terzietà con questi.

La sostanziale riproduzione, pur con tutte le difficoltà derivanti dalla natura comunque privatistica delle società *de quibus*, del rapporto che legava l'ente pubblico territoriale con le vecchie aziende speciali, rapporto che si noti bene viene richiamato *a contrario* dalle due sentenze in commento per legittimare l'attività extraterritoriale delle società miste, porta in linea concettuale a considerare in termini assai più restrittivi la possibilità delle società *in house* di svolgere attività extraterritoriale.

O, perlomeno, negli stessi termini in cui tale facoltà era attribuita o negata alle aziende speciali.

Si noti, a conferma, che la già citata sentenza Corte di Giustizia, sez. I, 13 ottobre 2005, *Parlang Brixen*, se è vero che non ha posto un divieto un tal senso, ha comunque evidenziato, tra gli indicatori che nel caso di specie portavano ad escludere la natura di società *in house* al gestore dei parcheggi pubblici del Comune di Bressanone, «l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero» (9).

Per cui le società *in house*, se tali vogliono essere, è da ritenere debbano inserire nei propri statuti limitazioni territoriali alla propria attività, ciò che peraltro era probabilmente evincibile dal già acquisito presupposto della necessaria destinazione della parte principale della propria attività all'ente o agli enti controllanti.

Limitazione che invece pare non potersi imporre alle società miste, fermo restando quanto diremo per le condizioni affinché l'attività extraterritoriale di queste sia reputabile legittima.

Note:

(7) Cass., Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, f. 4; già prima T.A.R. Lombardia, sez. III, 5 dicembre 2002, n. 4731, in *Foro Amm.*, 2002, f. 12. Si veda, per contro, un arresto in senso assolutamente contrario assunto da Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5830, in www.giustizia-amministrativa.it, la quale ha addirittura attribuito alle società miste natura di enti pubblici.

(8) Corte Giust. CE, sez. V, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, in questa *Rivista* 2000, 1149 con nota di Protti.

(9) Cfr. punto 67, lett. d) della sentenza.

Condizioni per l'esercizio dell'attività extraterritoriale

Quando dall'enunciazione di principio, presente in entrambe le decisioni, in termini di astratta possibilità, si passa alla specificazione delle condizioni al verificarsi delle quali l'attività *extra moenia* delle società miste possa ritenersi legittima, emerge tra le sezioni, come anticipato, una differenza di impostazione da non sottovalutare.

Si è visto infatti che mentre la quinta sezione si limita a richiedere un presupposto in negativo, e cioè che l'attività extraterritoriale non arrechi pregiudizio allo svolgimento della *mission* istituzionale della società mista, la quarta sezione impone, in termini peraltro perentori, un *quid plus* in positivo, vale a dire la dimostrazione che attraverso quell'ultronea attività vengano perseguite utilità per la collettività di riferimento, tali non potendo intendersi quelle derivanti dal mero ritorno economico dell'attività imprenditoriale *extra moenia* (10).

L'affermata esigenza di tale secondo requisito, che i giudici della quarta sezione del Consiglio di Stato ricavano evidentemente dalla natura e dalla ragione di esistere delle società miste, oltre alle ricadute di ordine pratico relative alla dimostrazione della sua sussistenza, problema di cui diremo nel prosieguo, assume una valenza specifica sotto il profilo della salvaguardia della concorrenza, nel senso di dover verificare se l'imposizione di una così rigorosa verifica possa risolversi in una restrizione della competizione concorrenziale.

Non si dimentichi infatti che l'art. 86, comma 2, del Trattato CE (peraltro citato dalla sentenza della quinta sezione per affermare che l'attività extraterritoriale delle società miste non implica distorsioni nella libera competizione tra le imprese) sottopone alle norme del Trattato, ed in particolare a quelle sulla concorrenza, anche «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse generale», con la sola condizione che ciò non osti all'adempimento «della specifica missione loro affidata».

Dal richiamato dato normativo parrebbe di ricavarsi il principio per cui alle società miste, in quanto «imprese incaricate della gestione di servizi di interesse generale», potrebbero opporsi limiti all'attività imprenditoriale - quindi anche *extra moenia* - soltanto se ed in quanto finalizzati alla tutela della loro *mission* istituzionale, con la conseguenza che mentre il primo presupposto (quello «in negativo») appare proprio in linea con il Trattato, si rafforzano i dubbi circa la compatibilità del secondo presupposto (quello «in positivo»), anche a non voler considerare le difficoltà di configurazione pratica di quest'ultimo.

Infatti, posto che la concreta e tangibile utilità perseguita attraverso l'attività extraterritoriale non può ricondursi né nel mero ritorno economico, né - ad esempio, e per rimanere al testo della decisione - nella creazione di posti di lavoro cui possano accedere membri della collettività di riferimento, occorre

domandarsi in cosa possa consistere concretamente tale utilità.

La risposta, non agevolata dalla sentenza, che infatti rade sul punto, appare problematica, potendo procedersi, in assenza di precedenti, soltanto per ipotesi.

Se il senso del richiamo del Consiglio di Stato è, come sembra, quello di esigere un collegamento diretto ed effettivo, in termini di riflessi positivi, tra l'attività imprenditoriale *extra moenia* e la collettività, e quindi il territorio, di riferimento, ecco allora che all'atto pratico l'utilità tangibile e concreta potrebbe ravvisarsi unicamente laddove l'attività extraterritoriale venga prestata in ambiti territoriali finitimi, al limite regionali, rispetto a quelli dell'ente partecipante, dovendosi a priori escludere quegli interventi della società mista in ambiti territoriali lontani, come ad esempio è avvenuto nei due casi oggetto delle sentenze in commento.

Peraltro, anche se contigua, l'attività extraterritoriale si risolve sempre e comunque nell'assunzione di appalti banditi da enti terzi, quindi in contratti a titolo oneroso che vedono quale controprestazione per la società mista una somma di denaro, per cui appare anche in linea concettuale insidiosa finanche l'astratta individuazione di un'utilità per la società, e per mezzo di essa della collettività di riferimento, che vada oltre il ritorno economico.

Neppure può soccorrere la considerazione per cui, gli utili vengono distribuiti tra i soci, compreso l'ente o gli enti pubblici territoriali partecipanti, i quali dovranno poi obbligatoriamente destinarli al perseguimento di finalità della propria collettività, e quindi per tale via avremmo realizzato il presupposto richiesto, in quanto il tenore della sentenza in commento sembra imporre un *quid plus* da misurarsi in concreto.

Nell'attesa di eventuali successivi interventi chiarificatori della giurisprudenza amministrativa, non è possibile esimersi dal segnalare il rischio che tale seconda condizione possa risolversi in una prova diabolica a carico delle società miste che ambiscono ad operare fuori dal proprio territorio, e quindi in una condizione che svuota di contenuto il guscio rappresentato dall'enunciazione di principio circa la legittima extraterritorialità delle società miste.

Un secondo ordine di problemi indotto dalle decisioni in commento è riferito al comportamento richiesto alle stazioni appaltanti di fronte ad una domanda di partecipazione da parte di una società mista estranea ri-

Nota:

(10) Si nota anche sotto tale profilo un contrasto, a distanza di pochi mesi, tra la quinta e la quarta sezione. Infatti Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2005, n. 3264, cit. riconosceva espressamente che l'utilità per l'ente locale partecipante potesse rinvenirsi, con riferimento all'attività extraterritoriale, «pressoché esclusivamente» in «meri ritorni di carattere economico o finanziario».

spetto al territorio dell'amministrazione aggiudicatrice (11).

Nel caso deciso dalla quinta sezione, nonostante la stazione appaltante non avesse provveduto a verificare il possesso in capo alla società mista del requisito che nella sentenza viene richiesto (il non pregiudizio per la *mission*), la sentenza non considera tale omissione procedimentale quale vizio di legittimità e quindi non sancisce che la società mista avrebbe dovuto essere esclusa.

Ma anzi, affrontando in motivazione i profili per i quali tale condizione fosse da ritenersi soddisfatta, lascia intendere che la verifica può essere demandata all'eventuale fase processuale.

La sentenza della quarta sezione, invece, conclude proprio nel senso opposto, affermando a chiare lettere che l'omessa verifica circa la sussistenza delle condizioni affinché una società mista extraterritoriale possa partecipare alla gara, si traduce in un vizio che importa l'illegittimità dell'aggiudicazione.

La conclusione appare condivisibile, una volta stabilita la possibilità soltanto condizionata per le società miste di svolgere attività *extra moenia*, cosicché la sussistenza per le medesime delle condizioni richieste è assimilabile ad un requisito soggettivo di partecipazione da verificarsi in sede di gara (12).

Vi sono, infine, aspetti processuali da non trascurare.

Innanzitutto, nell'ipotesi di intervenuta aggiudicazione di un appalto ad una società mista extraterritoriale e di ricorso proposto da altro soggetto partecipante, se si accede alla tesi che ritiene sufficiente il primo requisito (non pregiudizio per la *mission*), occorrerà che il ricorrente fornisca la prova della distrazione di risorse dalla collettività di riferimento dell'aggiudicataria. Se invece viene ritenuta necessaria anche la seconda condizione (utilità in positivo per la collettività di riferimento dell'aggiudicataria), probabilmente sarà quest'ultima, con la stazione appaltante, a dover fornire la dimostrazione del riflesso positivo dell'attività sulla propria collettività, naturalmente salva l'ipotesi in cui dagli atti di gara emerga una pregnante verifica in tal senso eseguita a monte dalla stazione appaltante.

Nel diverso scenario in cui una società mista partecipi ad una gara *extra moenia* e, all'esito della preselezione, venga esclusa per difetto dei requisiti di cui si discute, laddove la stazione appaltante abbia sposato la tesi della sufficienza del primo requisito, sarà probabilmente proprio la stazione appaltante (con il controinteressato) a dover fornire la dimostrazione che l'aggiudicazione alla società mista comporterebbe una distrazione di risorse tali da pregiudicare la collettività di riferimento. Mentre nel caso in cui la stazione appaltante avesse richiesto entrambi i requisiti, graverebbe probabilmente sulla ricorrente esclusa l'onere della prova circa la concreta utilità per la propria comunità di riferimento, con tutte le difficoltà che si sono precedentemente segnalate.

Quale futuro per le società miste?

Tomando al profilo problematico evocato in premessa circa il futuro riservato nel nostro ordinamento alle società miste, se è vero che le sentenze in commento rafforzano (pur con i distinguo emersi in relazione alla decisione della quarta sezione) il ruolo di tali compagini quali attori del sistema economico-concorrenziale, è altrettanto indubbio che l'eventuale impossibilità di ricevere affidamenti diretti, quale conseguenza dell'affermazione dell'orientamento evincibile dalla giurisprudenza comunitaria richiamata in precedenza, avrebbe ricadute assai incisive sulle fortune del modulo gestionale di cui si discute.

Risulta infatti constatazione pressoché scontata quella per cui la presenza così diffusa delle società miste nelle esperienze di gestione di servizi pubblici locali, si spiega soltanto marginalmente nella predilezione per la *partnership* pubblico-privata in quanto tale, bensì piuttosto nella possibilità che tali compagini ricevano direttamente e senza gara l'affidamento dei servizi.

Il rischio che sembra incombere su tale assetto ormai stratificato, ed in questo si coglie la portata della giurisprudenza comunitaria già citata, è che l'art. 113, comma 5, lett. b), D.Lgs. n. 267/2000 possa considerarsi norma ormai solo sulla carta, a rischio di disapplicazione da parte del giudice amministrativo, posto che la Corte di Giustizia ha affermato che l'affidamento diretto ad una società con socio privato, indipendentemente dalle modalità con le quali tale socio è stato individuato, si pone in contrasto con i principi comunitari (13).

Si tratta quindi di verificare, laddove tale rischio, in un futuro chissà quanto prossimo, si concretizzi e quindi laddove esse non possano più ricevere affidamenti diretti, se le società miste possano sopravvivere.

Intanto v'è da chiedersi se la costituzione di una società con un soggetto privato, oppure l'acquisizione di una partecipazione in una società esistente, da parte di un ente locale, sia legittimo, al di fuori dello svolgimento

Note:

(11) Circa invece la possibilità per una società mista di partecipare a gare d'appalto bandite all'interno del proprio territorio di riferimento, ad esempio proprio dall'ente che la partecipa, v. la recente T.A.R. Toscana, sez. II, 14 novembre 2005, n. 4677, cit.

(12) Così Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, cit. «La capacità, in termini di mezzi tecnici e finanziari, della società mista ad assumere, in aggiunta a quelle derivanti dal servizio svolto per l'ente di riferimento, anche il servizio oggetto della specifica gara alla quale chiede di partecipare, attiene alla legittimazione della società a partecipare alla gara ed assume quindi la valenza di un requisito soggettivo che, in quanto tale, deve essere assoggettato a verifica come avviene per gli altri requisiti soggettivi».

(13) Circa il potere del giudice nazionale di disapplicare la norma interna contrastante con i principi dell'ordinamento comunitario, ricavati in sede interpretativa dalla Corte di Giustizia, v. tra le tante Cass., sez. trib., 7 luglio 2003, n. 10665, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, f. 7-8; Cass., sez. trib., 16 maggio 2003, n. 7682, *ivi*, f. 5; Cass., sez. lav., 15 marzo 2002, n. 3841, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1215; Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 2001, n. 5630, in *Foro It.*, 2001, 2737.

to di servizi pubblici locali, posto che la società mista è nata (art. 22, L. n. 142/1990) ed oggi sopravvive (art. 113, comma 5, lett. b), D.Lgs. n. 267/2000) esclusivamente quale modulo organizzativo per gestire servizi pubblici locali.

In linea generale, la giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni rammentato che «l'ente pubblico, quale soggetto giuridico, ha una pienezza di capacità che gli consente di far tendenzialmente ricorso a tutti gli strumenti conosciuti dall'ordinamento per raggiungere i propri scopi; dunque, non può dubitarsi della facoltà degli enti locali territoriali di costituire società per azioni, per la cui attività il territorio non rileva, potendo rappresentare un limite all'esercizio delle potestà pubblicistiche ma non della capacità di diritto privato» (14).

Per cui, ricordato come il contratto associativo rappresenti uno strumento negoziale privatistico alla stregua degli altri, nulla esclude che esso venga adottato dall'ente per perseguire le proprie finalità.

Altra questione connessa è quella di stabilire - di

fronte all'ipotesi che abbiamo visto potersi verificare, di società mista non affidataria diretta del servizio - se a quel punto il socio privato possa essere scelto senza gara, posto che il contratto associativo si caratterizza per l'evidente *intuitus personae*.

Come si vede, i profili problematici risultano numerosi e stimolanti, ciò che rende viepiù fervente l'attesa per i successivi contributi che, da un lato la giurisprudenza amministrativa, dall'altro il legislatore, e da un altro ancora la dottrina, apporteranno ad un tema così interessante ed attuale, con importanti riflessi sul rapporto tra servizi pubblici (quindi diritti fondamentali), e concorrenza.

Nota:

(14) Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, cit.

LIBRI

Collana **Urbanistica e Appalti** diretta da F. Caringella e G. De Marzo

I sistemi di scelta del contraente nei lavori pubblici

Le innovazioni introdotte dalla Merloni-quater, dalla legge obiettivo e il contraente generale
Roberto Damonte

Il volume è dedicato alle procedure previste per la scelta da parte delle Amministrazioni pubbliche del contraente privato nei lavori pubblici. Il testo normativo di riferimento è la legge quadro n. 109/1994 con le successive modifiche, introdotte da ultimo dalla L. n. 166/2002, nonché il regolamento di attuazione (D.P.R. n. 554/1999). **Il testo è aggiornato con le novità introdotte dalla legge finanziaria 2003.**

Il lavoro passa in rassegna la disciplina dell'**asta pubblica**, della **licitazione privata** (anche semplificata), dell'**appalto-concorso** e della **trattativa privata**. Per ogni procedura l'analisi ne affronta i profili normativi, giurisprudenziali, techni-

ci ed economici-finanziari, con particolare attenzione alle forme minime di pubblicità e ai pericoli delle possibili collusioni.

L'appendice, riporta i testi di riferimento fondamentali aggiornati al gennaio 2003.

Ipsoa 2003, pagg. 288, € 32,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.ipsoa.it**

