

La scelta del socio privato nella s.p.a. a capitale pubblico

di Giulia De Dominicis e Giuseppe Fabrizio Maiellaro ^(*)

In relazione alla determinazione di una S.p.A. con capitale a totale partecipazione pubblica (nella fattispecie, costituita con capitale 100% di un Comune), incaricata della realizzazione, della gestione e della erogazione dei servizi di un parcheggio comunale, di aprire al mercato il proprio capitale, è sorto il problema di individuare i termini e le modalità per addivenire all'individuazione di un socio privato alla stregua delle vigenti disposizioni di legge.

1. La disciplina della gestione ed erogazione di servizi pubblici alla stregua del D.Lgs. n. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali)

Una corretta trattazione della questione esige anzitutto l'individuazione della natura di un soggetto istituito da un Comune per la realizzazione, erogazione e gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica (1). Tale natura può essere definita alla stregua delle vigenti disposizioni di legge che regolano le attività, quali quelle in esame, poste in essere dagli enti locali.

Al riguardo, si rammenta che l'art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e s.m.i. (c.d. "Testo Unico degli Enti Locali", di seguito, per brevità, anche "T.U.E.L.") disciplina la gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e consente, al comma 5, che l'erogazione del servizio avvenga secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione Europea, con conferimento della titolarità del servizio:

(*) Avvocati in Roma.

(1) In proposito, vale rammentare che la differente ipotesi dello svolgimento delle attività di sola gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali è invece disciplinata dal comma 4 dell'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000. Nella specie, la norma in questione stabilisce che *"qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:*

a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;

b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7".

A sua volta, il comma 7 richiamato prevede che *"la gara di cui al comma 5 è indetta nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti locali"*.

“a) a società di capitali individuate attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l’ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano”.

Dunque rileva in primo luogo la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica, cui la norma fa espresso riferimento.

Una definizione di servizio pubblico locale, seppure di carattere piuttosto generico, può anzitutto rinvenirsi a livello normativo nell’art. 112, comma 1, del T.U.E.L., il quale dispone che *“gli enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”.*

In merito alla rilevata genericità della definizione appena riportata, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che *“la genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 T.U.E.L.) nel senso che essi hanno la facoltà di determinare per sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo civile ed economico della comunità locale di riferimento (art. 112 T.U.E.L.), assumere come doverose. Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell’ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività”* (2).

Alla luce di quanto precede – e ferma evidentemente l’autonomia del Comune nell’individuazione delle attività che ritenga di assumere per perseguire il menzionato sviluppo della propria comunità locale di riferimento – la realizzazione, gestione ed erogazione dei servizi di un parcheggio pubblico sembrerebbe quindi riconducibile alla nozione di servizio pubblico locale, e rientrerebbe, di conseguenza, tra le facoltà del Comune quella di affidare l’erogazione del predetto servizio con una delle modalità alternative individuate dal già citato art. 113, comma 5, del T.U.E.L.

E, nell’ipotesi in cui il Comune abbia provveduto ad affidare direttamente ad una S.p.A. a capitale interamente pubblico la realizzazione e gestione di un’area di parcheggio, potrebbe configurarsi una fattispecie riconducibile

(2) Così Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369.

all'affidamento c.d. "*in house*", così come previsto dal citato art. 113, comma 5, lett. c) (3) e dall'elaborazione giurisprudenziale dell'istituto sviluppatasi negli anni (4).

In tal senso, difatti, il Comune ha operato mediante l'affidamento ("*in house*") dell'esercizio delle attività in argomento ad una società che rappresenta il suo braccio operativo, una "*longa manus*" dell'amministrazione affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo dell'amministrazione medesima (5).

2. Le S.p.A. costituite dagli Enti Locali nel quadro normativo del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice dei Contratti Pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture)

Le premesse di cui al precedente paragrafo ci consentono ora di procedere alla individuazione della normativa applicabile alla problematica in argomento e, in particolare, all'ipotesi in cui un soggetto pubblico (costituito nella forma societaria di una S.p.A. a capitale interamente pubblico), incaricato della realizzazione e gestione di un parcheggio, voglia aprire il proprio capitale al mercato e, in tal senso, debba individuare un socio privato.

(3) Ai sensi della norma in questione, i requisiti che devono sussistere al fine di procedere ad un affidamento diretto, senza violare i principi comunitari in materia di affidamenti, sono il controllo sull'ente concessionario esercitato dall'autorità pubblica concedente, analogo a quello che la stessa esercita sui propri servizi, e la realizzazione da parte dell'ente concessionario della maggior parte della propria attività con l'autorità concedente.

(4) Cfr. *ex multis*, Corte di Giustizia Europea, 18 novembre 1999, causa C-107/98 Teckal; *id.*, 12 dicembre 2002, causa C-270799 Universale Bau-AG; *id.* 27 febbraio 2003, causa C-373/00 Truley; *id.* 11 gennaio 2005, causa C-26/03 Stadt Halle; 13 ottobre 2005 causa C-458/03 Parking Brixen) sulla individuazione dei requisiti del controllo analogo e dello svolgimento della maggior parte dell'attività in favore dell'ente pubblico.

Con specifico riferimento al caso succitato, preme peraltro rilevare come la Corte di Giustizia Europea, nella citata sentenza C-458/03 Parking Brixen, abbia delineato con molta chiarezza gli elementi da tenere in considerazione al fine di valutare la legittimità di un affidamento diretto di tale tipo. In particolare, i Giudici comunitari sono stati interrogati sulla legittimità dell'attribuzione di una concessione di servizi senza svolgimento di pubblica gara, qualora l'impresa concessionaria sia una società costituita mediante la trasformazione di un'azienda speciale di un'autorità pubblica ed il capitale sociale sia al momento dell'attribuzione interamente detenuto dall'autorità pubblica concedente, il cui Consiglio di Amministrazione disponga però dei più ampi poteri di ordinaria amministrazione e possa concludere autonomamente, senza l'accordo dell'assemblea dei soci, taluni negozi entro un valore di cinque milioni di euro. In tal caso la Corte ha sottolineato come la trasformazione dell'azienda speciale in S.p.A. abbia fatto acquisire alla stessa un carattere commerciale (come risulta da una serie di elementi quali l'ampliamento dell'oggetto sociale in nuovi e importanti settori, l'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, l'espansione territoriale delle attività e i considerevoli poteri del Consiglio di Amministrazione, a prescindere dal fatto che il capitale sia detenuto al 100% da un soggetto pubblico) che impedisce all'autorità pubblica concedente di esercitare sulla stessa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Pertanto, il giudice ha ritenuto che non possa ritenersi legittimo l'affidamento diretto ad una società con le caratteristiche individuate dalla sentenza in commento.

(5) Cfr. TAR Campania, 30 marzo 2005, n. 2784.

In primo luogo, si evidenzia che il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i. – Codice dei Contratti Pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE – nel definire il proprio ambito di operatività a livello soggettivo, prevede all'art. 32, comma 1, lett. a), l'applicabilità del codice ai "*lavori, servizi e forniture affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici*".

Ai sensi dell'art. 3, comma 25, del Codice medesimo, tra le amministrazioni aggiudicatrici risultano espressamente annoverati anche gli organismi di diritto pubblico, ovvero, ai sensi del successivo comma 26 della medesima norma, quegli organismi istituiti, anche in forma societaria:

– al fine di soddisfare esigenze di interesse generale di carattere non industriale, né commerciale;

– dotati di personalità giuridica;

– la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, ovvero la cui gestione sia soggetta al controllo di tali soggetti o ancora il cui organo di amministrazione, direzione o vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà sia designata dai predetti soggetti pubblici.

Ai sensi della successiva lett. c) del predetto art. 32, comma 1, il Codice risulta altresì applicabile anche ai "*lavori, servizi e forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113 bis, 115 e 116 del D.Lgs. 267/2000, T.U. delle leggi sugli ordinamenti degli enti locali*".

Ciò posto, occorre in ogni caso segnalare che lo specifico inquadramento soggettivo della società a capitale interamente pubblico costituita dal Comune quale organismo di diritto pubblico necessita di una verifica condotta sulla base di concreti elementi di fatto, soprattutto con particolare riguardo alla sussistenza del più problematico dei suddetti tre requisiti, ovvero, quello degli specifici fini (soddisfare esigenze di interesse generale che abbiano carattere non industriale e non commerciale) per i quali il soggetto stesso è stato istituito.

In ordine alla verifica sulla effettiva sussistenza del requisito relativo ai bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale, difatti, la giurisprudenza, sia a livello comunitario che a livello nazionale, in assenza di specifiche previsioni normative, ha fornito indicazioni su eventuali indici rivelatori della sussistenza del requisito (6).

(6) A livello comunitario, tra l'altro, la giurisprudenza ha rilevato la definizione della nozione di "interesse generale" quale *genus* della *species* di quella di "interesse generale di carattere non industriale o commerciale" (Corte di Giustizia CE, 27 febbraio 2003, C-373/2000 Truley), nonché la sussistenza del requisito *de quo* ove il soggetto in questione non sia istituzionalmente preposto al soddisfacimento di bisogni diffusi, con prestazione di

Ad ogni modo, sulla base quanto sopra specificato, può comunque ritenersi che, nella fattispecie, trovino applicazione le norme del Codice dei Contratti Pubblici.

servizi in favore della collettività (ossia singoli e molteplici consumatori), bensì faccia fronte alle esigenze del singolo ente di riferimento (Corte di Giustizia CE, 5 gennaio 1998, causa C-44/96 Mannesmann). Altresì, la giurisprudenza della Corte ha elaborato due indici sintomatici del carattere industriale o commerciale, ovverosia il regime concorrenziale (Corte di Giustizia CE, 10 novembre 1998, causa C-360/1996 Gemeente Arnhem e altro c. BFI Holding; cfr. anche 27 febbraio 2003, C-373/2000 Truley, *cit.*) ed il rischio di impresa (Corte di Giustizia CE, 22 maggio 2003, causa C-18/2001 Taitotalo Oy), fattori in presenza dei quali dovrebbe escludersi la sussistenza del requisito in parola.

La giurisprudenza di livello nazionale, a sua volta, si è pronunciata sullo specifico aspetto in esame nel solco tracciato dalle sentenze del Giudice comunitario di cui sopra.

Nella specie, tale giurisprudenza, in linea con le pronunce della Corte di Giustizia CE, ha evidenziato i caratteri del requisito di che trattasi, passando al vaglio la possibilità di qualificare come organismi di diritto pubblico specifici soggetti: cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182 (Cassa nazionale di previdenza ed assistenza dei dottori commercialisti qualificabile come organismo di diritto pubblico); Consiglio di Stato, sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5998 (Firenze Parcheggi S.p.A. qualificabile come organismo di diritto pubblico); Cassazione, sez. un., 12 maggio 2005, n. 9940 e Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748 (Interporto Padova S.p.A. qualificabile come organismo di diritto pubblico); Consiglio di Stato, ad. Pl., 23 luglio 2004, n. 9 (Grandi Stazioni S.p.A. qualificabile come organismo di diritto pubblico) Cass., 4 maggio 2006, n. 10218 (che invece nega la natura di organismo di diritto pubblico alla medesima Grandi Stazioni S.p.A. in sede di regolamento di giurisdizione); Cass., sez. un., 1 aprile 2004, n. 6408 (Autovie Venete S.p.A. qualificabile come organismo di diritto pubblico); Consiglio di Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711 (Enel S.p.A. qualificabile come organismo di diritto pubblico); TAR Lazio, sez. III-ter, 9 giugno 2004, n. 5460 (RAI S.p.A. qualificabile come organismo di diritto pubblico).

Al tal proposito, la stessa giurisprudenza ha rimarcato tra l'altro che la natura imprenditoriale del soggetto e la sua collocazione in ambito concorrenziale di mercato, in linea di principio, non sono in contrasto col fine pubblico e non escludono dunque la sussistenza del requisito relativo all'interesse generale di carattere non industriale o commerciale, purché l'imprenditorialità risulti effettivamente funzionalizzata al soddisfacimento dei bisogni generali della collettività (in tal senso Consiglio di Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, *cit.*; TAR Sardegna, 29 agosto 2003, n. 1040; TAR Lazio sez. III, 12 febbraio 2002, n. 917). L'attività industriale o commerciale svolta in stretta correlazione con un interesse pubblico perde difatti la sua tradizionale connotazione giuridica ed economica, per acquistare quella specifica dell'ordinamento comunitario; sicché il carattere non industriale va individuato quando sussista un collegamento ad un interesse che il legislatore ha inteso sottrarre ai mercati improntati esclusivamente ad una ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale (così Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2292).

Sugli indici sintomatici suddetti dello scopo di lucro e del rischio imprenditoriale, tra l'altro, v. TAR Lombardia Brescia, 9 marzo 2004, n. 203, che ha specificato che *“l'elemento discriminante è invece costituito dalle circostanze in cui l'organismo è stato costituito e dalle modalità e condizioni in cui esercita l'attività: se opera secondo le regole del mercato, persegue lo scopo di lucro ed assume il rischio imprenditoriale – senza beneficiare di finanziamenti pubblici a fronte di eventuali perdite – il bisogno di interesse generale riveste carattere commerciale o industriale e la persona giuridica non è qualificabile come organismo di diritto pubblico. Viceversa, se agisce avendo quale obiettivo primario l'inte-*

3. *L'apertura del capitale totalmente pubblico della S.p.A. al socio privato: il dibattito sui profili di criticità*

Come già accennato dianzi, l'art. 113 del T.U.E.L. consente ad un ente locale di procedere, ai sensi della lett. b) della norma stessa, all'affidamento della gestione ed erogazione del servizio ad una società a capitale misto (pubblico e privato), nella quale il socio privato sia stato scelto mediante esperimento di una procedura ad evidenza pubblica (7).

Con riguardo a tale fattispecie, vale altresì segnalare che anche l'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, nel definire l'oggetto del Codice, richiama tale ipotesi, specificando che *“nei casi in cui le norme vigenti consentano la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure ad evidenza pubblica.”*

3.1. L'effettivo portato del predetto art. 113 ha tuttavia sollevato nella giurisprudenza più di una perplessità, generando anche posizioni contrastanti in particolare sulla conformità di tale istituto ai principi ed alle regole di ispirazione comunitaria.

Talune pronunce hanno difatti negato la legittimità dello stesso, alla luce dei principi di matrice comunitaria in materia di affidamenti, statuendo che *“è illegittimo l'affidamento diretto del servizio pubblico locale di rilevanza economica (...) disposto in favore della società mista pubblico-privata, con capitale detenuto in maggioranza dalla parte pubblica ancorché il socio di minoranza sia stato scelto a seguito di gara comunitaria. Non si esclude che l'affidamento in parola ad una società costituita appositamente per la gestione di servizi di parcheggio ed ormeggio possa rientrare nella possibilità di deroga normativa – consentita expressis verbis dall'art. 113, comma 5, lettera b) del D.Lgs. 267/2000 – all'obbligo secondo cui l'erogazione del*

resse generale e la copertura dei costi – ove non si raggiunga con i proventi dell'attività – è assicurata da finanziamenti pubblici o ricapitalizzazioni, il bisogno riveste carattere non industriale o commerciale e la persona giuridica è suscettibile nella categoria dell'organismo di diritto pubblico (...).”

Sulla distinzione tra organismo di diritto pubblico ed impresa pubblica, cfr. TAR Puglia, sez. II – Lecce, 23 settembre 2005, 4318.

(7) Giova rammentare che la società mista costituisce, infatti, una novità reintrodotta nel nostro ordinamento (successivamente alla avvenuta abrogazione nel 2001 di una analoga disposizione contenuta nella legge 142/1990) con l'art. 14 del D.L. 269/2003, e rappresenta una ipotesi intermedia tra la gara vera e propria per l'affidamento del servizio pubblico (lettera a) dell'art. 113 T.U.E.L.) e l'affidamento diretto *in house* (ai sensi della lettera c) della medesima norma).

Nell'ipotesi di cui alla lett. b), la norma consente infatti di procedere all'affidamento diretto alla società mista purché la scelta del socio privato avvenga con una procedura ad evidenza pubblica, in tal modo, infatti, si garantisce “a monte” l'apertura alla concorrenza ed al mercato, senza che sia poi necessario ripetere, per l'affidamento del servizio, la procedura ad evidenza pubblica.

servizio stesso può essere effettuata da società di capitali individuate soltanto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica. Motivo della ritenuta illegittimità risiede, invero, nella incompatibilità di siffatto affidamento, ovvero di una tale deroga, con le norme fondamentali del trattato, in generale, e con il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in particolare; ciò che comporta, in ragione della immediata vincolatività dei precetti comunitari, la prevalenza di quest'ultimi sulla normativa interna" (8).

Una diversa pronuncia, invece, ha negato la possibilità di procedere ai sensi della lett. *b*) dell'art. 113 T.U.E.L. ponendo in relazione tale fattispecie con quella dell'affidamento "*in house*" (art. 113, comma 5, lett. *c*) ed evidenziando che, in caso di ricorso alla predetta formula della società mista, verrebbero violati i principi sottesi all'affidamento "*in house*" medesimo.

La pronuncia rileva segnatamente che "*il sistema di affidamento diretto alla società mista (sia pure dopo scelta tramite procedura ad evidenza del socio privato) concreterebbe nella sostanza un affidamento in house al di fuori dei requisiti richiesti dal diritto comunitario – se, infatti, un'impresa privata detiene delle quote nella società aggiudicataria occorre presumere che l'autorità aggiudicatrice non possa esercitare su tale società un "controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi"; una partecipazione minoritaria di un'impresa privata è quindi sufficiente ad escludere l'esistenza di un'operazione interna. In conclusione dunque la costituzione di una società mista (con partner scelto dopo gara) non esime dalla evidenza pubblica le procedure di affidamento del servizio" (9).*

Non mancano tuttavia, da parte di un differente orientamento giurisprudenziale, indicazioni di portata maggiormente favorevole all'operatività dell'istituto dell'affidamento diretto a società mista.

Infatti, è stato anche sottolineato come "*la circostanza che attività, astrattamente considerate, siano di rilevanza economica e possano pertanto formare oggetto di contratti a titolo oneroso di lavori e/o di servizi ai sensi della l. 109/94 e del D.Lgs. 157/1995 non concreta una violazione dei fondamentali principi di concorrenza di cui all'art. 86 del Trattato CE, posto che, salva l'ipotesi eccezionale dell'affidamento così detto in house, per il conferimento della titolarità del servizio pubblico a società di capitali o per la scelta del socio privato nella società a capitale misto l'art. 113 comma 5 T.U.E.L. impone di regola l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica, sicché il confronto concorrenziale è comunque garantito a monte" (10).*

Nella stessa direzione si è espresso altresì il Consiglio di Stato (11), statuendo che "*la società a capitale misto è costituita attraverso procedura ad*

(8) In tal senso, T.A.R. Lazio, Latina, 5 maggio 2006, n. 310.

(9) Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Siciliana, 27 ottobre 2006, n. 589.

(10) V. TAR Liguria, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527.

(11) Consiglio di Stato, sez. V, 18 aprile 2005, n. 671.

evidenza pubblica ed allo specifico scopo di affidarle servizi pubblici dell'Ente locale che l'ha costituita, è immediatamente consequenziale che il relativo affidamento debba avvenire in modo diretto".

Degna di particolare nota, a tal proposito, una più recente pronuncia che, nell'esprimere un orientamento più cauto, ha invitato gli operatori del settore a valutare in concreto la legittimità del ricorso dell'affidamento ad una società mista, alla stregua della sussistenza di determinate circostanze e del rispetto di determinati principi (12).

Tale pronuncia difatti sottolinea come *"la compatibilità dell'affidamento diretto a società miste con i principi comunitari deve essere valutata in concreto. La giurisprudenza comunitaria evidenzia che l'attribuzione di un appalto pubblico a una società mista pregiudica la concorrenza 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. (...) È inoltre irrilevante che la società sia già esistente al momento dell'affidamento o sia costituita in vista di tale operazione. Il problema è fino a che punto la scelta dei soci con procedura ad evidenza pubblica riequilibri la distorsione della concorrenza. A questo proposito 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 il risultato sia effettivamente assimilabile a quello di una gara"* (13).

Fermo quanto sopra, deve altresì evidenziarsi che il Consiglio di Stato (14) è ritornato recentemente sul dibattito, negando la percorribilità di entrambe le predette ipotesi interpretative.

È stato, infatti, sottolineato come *"non appare, in primo luogo, condivisibile alla Sezione la posizione – estrema – secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto. Soprattutto tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste – aperte – nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società generalista cui affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio (...)"*.

(12) Cfr. TAR Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006, n. 422.

(13) Sul punto, la stessa relazione al predetto articolo 1 del Codice dei Contratti Pubblici, redatta in sede di discussione ed approvazione del Codice stesso, nel commentare il comma 2 della norma riporta espressamente che *"va premesso che la norma non intende affermare come principio la generale ammissibilità delle società miste, che devono intendersi ammesse nei soli casi già previsti dalle norme vigenti."*

È diritto vivente il principio secondo cui per la scelta del socio privato nelle società a partecipazione pubblica, anche non prevalente, finalizzate alla realizzazione e/o gestione di opere e servizi pubblici, occorre seguire procedure di evidenza pubblica".

(14) Cfr., Parere 18 aprile 2007, n. 456.

Il Consiglio di Stato ha tuttavia proseguito affermando anche che *“non sembra alla Sezione condivisibile neppure l’opposta ipotesi – estrema – secondo la quale la giurisprudenza comunitaria in materia di in house, e in particolare quella secondo la quale il controllo analogo è escluso quando la società è partecipata da privati, comporta anche l’incompatibilità assoluta con i principi comunitari, in qualunque caso, dell’affidamento a società miste.”*

Nel negare la condivisibilità di tale seconda tesi, il Consiglio di Stato ha in particolare precisato che *“se è vero che la società mista, in quanto tale, non è sottoposta al controllo analogo, è dirimente la circostanza che proprio la componente esterna che esclude la ricorrenza dell’in house è selezionata con procedure ad evidenza pubblica: la quota esterna alla pubblica amministrazione è, cioè, reperita con il ricorso ad un mercato che è certamente premiato, diversamente da quanto avviene nel caso della chiusura in se stessa dell’amministrazione in un modello di pura autoproduzione.”*

3.2. Altra questione interessata dal dibattito qui riportato e, alla stregua di talune pronunce della giurisprudenza, connotata da ulteriori profili di criticità, è quella inerente alla caratterizzazione del socio privato: segnatamente non è a tutt’oggi chiaro se lo stesso debba configurarsi come socio operativo ovvero possa essere anche un semplice socio finanziatore.

Una parte della giurisprudenza, infatti, ha escluso che il socio privato possa fornire esclusivamente un apporto economico, sottoscrivendo quote del patrimonio sociale, ritenendo invece che esso debba caratterizzarsi come socio imprenditore che, dotato di significativi requisiti tecnico-finanziari e strutturali, svolga anche compiti di gestione ed attività di carattere amministrativo (15).

A tal proposito, la Circolare del Ministero dell’Ambiente e Tutela del Territorio del 6 dicembre 2004 ha peraltro precisato che *“per quanto attiene alla natura del soggetto privato da selezionare, si ritiene che nella suddetta tipologia di società mista, il privato debba avere determinati requisiti di capacità tecnico-gestionale oltreché finanziaria. Contrariamente verrebbe meno il rispetto dell’intendimento del legislatore e non risulterebbero perseguiti gli obiettivi che il medesimo si era prefisso quando ha configurato l’utilizzo del modello societario anche per la gestione dei servizi pubblici locali”*.

Sulla stessa linea interpretativa, si sono espressi di recente i giudici del Consiglio di Stato (16) superando le tesi elaborate dalla precedente giurisprudenza e fornendo una terza via interpretativa rispetto alle precedenti posizioni assunte dalla giurisprudenza.

In particolare, i suddetti giudici hanno sostenuto che *“sembra ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un affidamento diretto,*

(15) Così Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192.

(16) Cfr. parere 18 aprile 2007, n. 456, citato.

plexità sia con riguardo alla necessità di valutare l'astratta compatibilità di siffatta previsione con i principi enucleati in ambito comunitario (in particolare nella sentenza della Corte di Giustizia "Stadt Halle", cui si è fatto precedentemente riferimento), sia con riferimento all'impatto sulla concorrenza di una siffatta previsione normativa ed al "*rischio di creazione di mercati "riservati" dei lavori pubblici*".

3.4. Tanto precisato, è d'uopo inoltre segnalare che, secondo quanto previsto dall'art. 113, comma 12, del T.U.E.L., "*l'ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere*".

In tale ipotesi, la norma pare infatti disciplinare la peculiare fattispecie di una società a totale partecipazione pubblica già costituita in precedenza per l'erogazione di un servizio pubblico e nella quale, solo successivamente alla costituzione, si verifichi la volontà dell'ente pubblico di cedere al privato una parte del capitale. La norma in questione impone allora, nel dar luogo a tale apertura, il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica.

La giurisprudenza ha peraltro sottolineato proprio a tale riguardo che, una volta effettuata tale operazione di cessione delle quote, la società – divenuta in tal modo mista – non potrà essere affidataria in via diretta di nuovi servizi, dovendosi, a tal fine, attivare delle procedure ad evidenza pubblica (17).

4. Spunti di riflessione sulle modalità di esperimento della procedura per la scelta del socio privato

Vale infine rilevare che sia nell'ipotesi in cui si proceda tanto ai sensi dell'art. 113, comma 5, lett. b), che nell'ipotesi in cui si proceda ai sensi del comma 12 del medesimo articolo, non è dato rinvenire espresse previsioni normative in merito alle concrete modalità da seguire per l'esperimento della prescritta procedura ad evidenza pubblica.

Può tuttavia, richiamarsi una recente statuizione del Consiglio di Stato (18) alla stregua della quale, proprio in tema di procedura selettiva per la scelta del socio privato, non si è in presenza di una procedura ad evidenza pubblica vincolata a rigidi schemi predeterminati. Sussiste difatti in tale caso la possibilità, del tutto legittima, che l'amministrazione si riservi espressamente nella *lex specialis* di gara ampi margini discrezionali di valutazione – quali, come nella fattispecie sottoposta al vaglio del Supremo Consesso, anche quelli contenuti in una *lex specialis* secondo cui, a seguito della individuazione della migliore offerta, poteva seguire una diretta negoziazione con i partecipanti ed anche la decisione di non individuare infine alcun socio.

(17) V. Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369.

(18) Consiglio di Stato, sez. V, 20 febbraio 2007, n. 919.

ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al socio operativo della società. (...) In altri termini, laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale, appare legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie:

1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un socio industriale od operativo che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso;

2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione – alla scadenza del periodo di affidamento – evitando così che il socio divenga socio stabile della società mista (...)".

3.3. Da ultimo, giova altresì evidenziare, per completezza espositiva, che il citato art. 32, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 individua una eccezione in merito alla applicabilità del Codice per le società di cui al comma 1, lett. c), del medesimo articolo – ovvero sia le “*società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113 bis, 115 e 116 del D.Lgs. 267/2000, T.U. delle leggi sugli ordinamenti degli enti locali*”.

Tale norma dispone infatti che le suddette società “*non sono tenute ad applicare le disposizioni del presente codice limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite se ricorrono le seguenti condizioni:*

1) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure ad evidenza pubblica;

2) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal presente codice in relazione alla presentazione per cui la società è stata costituita;

3) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio in misura superiore al 70% del relativo importo.”

La precisazione operata dalla legge, nei termini appena riportati, appare di indubbia rilevanza, giacché consente alle predette società, in presenza dei presupposti espressamente individuati, di procedere direttamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite.

Essa sembra comunque ricalcare gli orientamenti espressi dalla pronuncia del Consiglio di Stato n. 192/1998 e dalla Circolare del 6 dicembre 2004 di cui sopra, nella misura in cui tale norma prevede che, nel caso in cui il socio privato della società mista abbia i necessari requisiti di qualificazione (e pertanto i requisiti necessari ai fini della concreta esecuzione dell'opera o del servizio), non sia necessario procedere ad una ulteriore procedura di gara.

Vale, tuttavia, evidenziare che in relazione a tale norma il Consiglio di Stato, nel parere reso dalla sezione atti normativi n. 355 del 6 febbraio 2006 in relazione al Codice dei Contratti Pubblici, ha manifestato più di una per-

Fermo quanto sopra, non può non evidenziarsi che la prescrizione normativa di esperire una procedura ad evidenza pubblica esige in ogni caso il rispetto di determinati principi fondamentali, quali quelli di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento e proporzionalità (19).

Ed in tal senso, pur nella maggiore libertà dovuta all'assenza di specifici e rigidi schemi da seguire (rimarcata dalla giurisprudenza appena citata), non può escludersi che anche il riferimento contenuto nel già citato art. 1 del D.Lgs. n. 163/2006 alle "*procedure di evidenza pubblica*" richiami la necessità, per il soggetto che indice la procedura di che trattasi, di assicurare il rispetto dei suddetti principi (20).

Ciò posto, al fine di dare concreta attuazione a tali principi nell'esperimento della procedura selettiva, utili riferimenti potrebbero rinvenirsi anzitutto nelle surriportate indicazioni operative fornite dalla Commissione Europea.

Difatti, di fronte alla difficoltà riscontrata dagli operatori e dalle stazioni appaltanti di dare concreta applicazione ai principi richiamati, la Commissione Europea si è preoccupata di precisare, nella comunicazione interpretativa 2006/C 179/02, il diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione della direttiva sugli appalti pubblici (21).

(19) Si rammenta difatti che i principi di che trattasi sono espressamente richiamati anche dall'art. 27 del D.Lgs. n. 163/2006, norma che disciplina le procedure di affidamento dei contratti esclusi dall'applicazione del decreto medesimo ed impone in ogni caso, il rispetto dei principi suddetti anche nell'esperimento di tali procedure. Nella specie, l'art. 27 menzionato stabilisce che "*l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. Si applica altresì l'articolo 2, commi 2, 3 e 4*".

A sua volta, il citato articolo 2, commi 2, 3 e 4, del D.Lgs. n. 163/2006 fa riferimento alla possibilità di subordinare il principio di economicità ai criteri ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente ed alla promozione dello sviluppo sostenibile. Inoltre prevede che per le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, in quanto non espressamente previsto dal D.Lgs. n. 163/2006 stesso, trovino applicazione le norme della Legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo. Il comma 4, infine, precisa che, per quanto non espressamente previsto dal Codice dei Contratti Pubblici, trovino applicazione all'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art. 1 (stazioni appaltanti, enti aggiudicatori, soggetti aggiudicatori) le disposizioni stabilite dal codice civile.

(20) A tale proposito il Consiglio di Stato ha sottolineato, nel predetto parere n. 456 del 18 aprile 2007, come con l'art. 1, comma 2, "*si codifica soltanto il principio secondo il quale, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire con procedura ad evidenza pubblica (non necessariamente, quindi, ai sensi della disciplina dello stesso codice)*".

(21) Dal momento che la comunicazione menzionata è rivolta all'osservanza dei principi suddetti nell'esperimento delle procedure non disciplinate o solo parzialmente disciplinate dalla direttiva "appalti pubblici", può legittimamente ritenersi che quanto in essa specificato abbia vieppiù valore in caso di affidamenti non sottratti all'ambito di applicazione della menzionata direttiva e, nella fattispecie, del Codice dei contratti pubblici.