

L'affidamento diretto alle imprese socie della società mista, uti singulae, non è consentito dall'ordinamento: le imprese di una data Provincia insorgono avverso gli atti di affidamento diretto di alcuni servizi ad una Spa mista in quanto si sentono precluse dalla partecipazione a procedure pubbliche riservate unicamente ai soci della predetta Spa mista, previa stipulazione di appositi contratti o convenzioni

La tutela dell'interesse pubblico deve essere sempre accompagnata dalla tutela della libera concorrenza, specialmente tenuto conto della differenza fra pubblici servizi e servizi (non rivolti alla collettività ma) che rispondono ad esigenze specifiche dell'Ente titolare degli immobili al quale si rivolge l'attività oggetto del servizio (per i quali il procedimento ad evidenza pubblica è una necessità obbligatoria)

In conclusione,

anche le Spa pubbliche dovranno svolgere funzioni di Stazioni appaltanti o Amministrazioni aggiudicatrici

di Sonia LAZZINI

I fatti

La BSPS S.p.A. è una società mista costituita (il 3 luglio 2001 con atto notarile) dalla Provincia di Brindisi (detentrica del 51% delle quote azionarie) e **da soci privati**, selezionati in base ad un'apposita procedura, la cui finalità risulta essere la gestione dei servizi pubblici e/o attività di pubblica utilità della Provincia di Brindisi, nonché di altri enti pubblici

Con deliberazione il Consiglio provinciale (avente ad oggetto: "Affidamento servizi alla BSPS S.p.A., ai sensi dell'art. 2 dello Statuto della società ") ha poi prefigurato un meccanismo attraverso il quale, con l'intermediazione della società mista, i singoli interventi e servizi verranno distintamente affidati alle **imprese socie**, previa stipulazione di appositi contratti o convenzioni tra lo stesso organismo e i suoi soci

L'oggetto del contendere

1. la lesione paventata dalle ditte ricorrenti viene a sostanzarsi nell'impossibilità di partecipare alle ordinarie procedure selettive dei contraenti della pubblica amministrazione, in quanto una serie d'interventi di rilevanza provinciale è riservata (non alla società mista ma) ad altri operatori economici, perché soci della società mista e non perché individuati da una procedura ad evidenza pubblica

2. Lamentano le imprese istanti, sotto vari profili, (invocando l'articolo 116, comma 3, del T.U. n. 267/2000; l'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, come modificata dalla legge 18 novembre 1998 n. 415; gli articoli 86 e 90 del Trattato istitutivo CEE e la direttiva 71/304/CEE del 26 luglio 1971) che la Provincia abbia sottratto alla gara pubblica o comunque ad altro sistema di comparazione oggettiva l'affidamento di una serie di attività, riservate dallo stesso Ente alla società mista, di cui possiede la maggioranza del capitale

La decisione di prime cure (Tar Puglia, Lecce, n. 318 dell' 1 febbraio 2003***)

Poiché l'intera disciplina delle gare pubbliche, a seguito dell'innesto delle norme comunitarie, non è più tesa prevalentemente (se non esclusivamente) alla tutela dell'interesse pubblico, bensì contemporaneamente si prefigge di garantire le condizioni giuridiche, *ratione materiae*, per l'esplicarsi della libera concorrenza, bisogna assicurare a tutti gli operatori economici una diretta ed effettiva tutela giurisdizionale

Dalla lettura dello statuto della società mista, risulta chiaro allora che la stragrande parte dei compiti assegnati alla detta spa non riguarda "pubblici servizi", bensì o servizi resi all'Ente provinciale ovvero opere pubbliche, perlopiù costituenti attività incidenti sul patrimonio comunale in termini di manutenzione, di rifacimento e di modernizzazione.

Per esse quindi non può parlarsi di servizio pubblico locale, perché in tale categoria rientrano quelle prestazioni volte a soddisfare in via diretta gli interessi della collettività locale, che per usufruirne dovrebbe pagare un corrispettivo connesso alla specifica fruizione mentre, nel caso di specie, i "servizi" rispondono in maggioranza ad esigenze specifiche dell'Ente titolare degli immobili al quale si rivolge l'attività oggetto del servizio, così rispondendo ad esigenze solo indirette e mediate delle collettività territorialmente localizzate; invece, a termini del precitato art. 22 legge n. 142 del 1990, è il servizio in sé che deve essere rivolto a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali e non l'effetto possibile della gestione di un qualsivoglia servizio

Perciò

L'affidamento diretto alle imprese socie della società mista, uti singulae, non è consentito dall'ordinamento e quindi le Spa pubbliche dovranno essere stazioni appaltanti in quanto

Il sistema normativo invero impone, pure nell'ipotesi in cui sia coinvolta una società a capitale pubblico (per quanto premesso, anche maggioritario) che l'effettuazione dei lavori sia svolta da ditte selezionate attraverso le apposite procedure predisposte in base alla normativa comunitaria

Il parere del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, n. 1547 del 23 marzo 2004 °°°°)

In merito all'affidamento diretto:

Invero, come correttamente richiamato dall'appellante, secondo l'autorevole insegnamento del Consiglio di Stato, Ad. Gen. 16 maggio 1996, n. 3035 <<Tra l'ente locale e la società costituita per la gestione di un servizio pubblico locale non viene a configurarsi un rapporto di concessione. Infatti anche la gestione del servizio a mezzo di società per azioni appare alternativa rispetto al modulo pubblicistico costituito dalla gestione a mezzo di concessione a terzi>>; ne deriva

<<la circostanza che, una volta deliberata (ovviamente con procedure di diritto pubblico) **la costituzione di una società per azioni a partecipazione comunale per la gestione di un determinato servizio locale, non necessita un ulteriore provvedimento di concessione in senso tecnico, atteso che l'opzione dell'Ente per quel modello di gestione comporta l'affidamento diretto e privilegiato del servizio alla società appositamente costituita**>> (Consiglio Stato a. gen., 16 maggio 1996, n. 90).

La stessa Corte di Cassazione, sez. unite, 6 maggio 1995, n. 4989, ha affermato che la scelta di costituire una società di capitali <<comporta l'affidamento diretto e privilegiato del servizio alla società appositamente costituita il cui oggetto consiste proprio nello svolgimento dell'attività economica in cui il servizio stesso si concreta>>.

Quindi

Ne discende che, la lesione paventata dalle ditte ricorrenti viene a sostanzarsi nell'impossibilità di partecipare alle ordinarie procedure selettive dei contraenti della pubblica amministrazione, posto che una serie d'interventi è riservata ad altri operatori economici, non individuati da una procedura ad evidenza pubblica

In conclusione quindi

Come correttamente rilevato dal Giudice di prime cure, lo statuto della società mista in questione affida a questo Organismo attività di realizzazione di opere pubbliche da realizzarsi su beni appartenenti alla Provincia in termini di manutenzione, rifacimento e modernizzazione.

Tali attività esulano certamente dalla nozione di “servizi locali” che raggruppa le prestazioni volte a soddisfare in via diretta gli interessi della collettività locale che per usufruirne paga un corrispettivo.

Esse, piuttosto, sono attività rivolte in favore dell'ente che esulano dall'ambito di operatività della normativa che consente l'attribuzione diretta dei servizi a società miste il cui partner privato sia individuato, per costante giurisprudenza, mediante procedura di gara

Ne possiamo ricavare un dogma:

La giurisprudenza ha infatti affermato, pur in assenza di un obbligo specifico normativamente previsto (prima dell'art. 116, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, inapplicabile alle delibere giuntali 19 luglio 2000 n. 190 e 10 agosto 2000 n. 240, emanate prima del detto T.U.), la necessità del ricorso al confronto concorrenziale per la scelta anche del socio privato di minoranza nelle società a capitale pubblico maggioritario, trattandosi di principi ormai immanenti nell'ordinamento, tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della P.A. (Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192; 19 settembre 2000 n. 4850; 3 settembre 2001 n. 4586).

Differenza fra appalto di servizi e concessione di servizi:

nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato, anche se tale criterio integrativo – è da precisare - assume rilievo apprezzabile solo quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, è divisibile tra gli utenti che, in concreto, ne beneficiano direttamente (Consiglio di Stato, sezione V, 30 aprile 2002 n. 2294).

*** Tar Puglia, Lecce, n. 318 dell' 1 febbraio 2003)

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, II sezione di Lecce, composto dai Signori

Antonio Cavallari Presidente

Luigi Costantini giudice

Giuseppina Adamo giudice

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1488 del 2002, proposto dalle Imprese ***** Saverio, in persona del titolare ***** Angelo, Giordano Gaetano, in persona dell'omonimo titolare, ***** Vincenzo, in persona dell'omonimo titolare, Costruzioni ***** Giovanni s.r.l., in persona dell'amministratore unico, Giovanni ***** s.r.l., ***** s.r.l., in persona del legale rappresentante, Francesco Manfredi, rappresentati e difesi dall'avv. Nicolangelo Zurlo, con domicilio eletto in Lecce, via Zanardelli n. 7, presso lo studio dell'avv. Angelo Vantaggiato,

C O N T R O

la Provincia di Brindisi, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dal prof. avv. Achille Chiappetti e dall'avv. Carmela Del Prete ed elettivamente domiciliata in Lecce, via Liborio Romano n. 45, presso lo studio dell'avv. Walter Liaci,

e nei confronti

della "Brindisi Pubblici Servizi Provinciali (B.P.S.P. s.p.a)", in persona del legale rappresentante, con sede in Brindisi, via dei Longobardi 3, non costituitasi,

per l'annullamento

della deliberazione del Consiglio provinciale n. 28/10 del 30 aprile 2002, avente ad oggetto: "Affidamento servizi alla BSPS S.p.A., ai sensi dell'art. 2 dello Statuto della società", nonché di ogni altro atto antecedente, connesso e/o comunque consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Brindisi e la successiva memoria;

visti gli atti tutti della causa;

udita alla pubblica udienza la relazione del consigliere, dott. Giuseppina Adamo, e uditi, altresì, l'avv. Zurlo per le ricorrenti e il prof. avv. Chiappetti e l'avv. Del Prete per l'Amministrazione resistente.

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Le imprese ricorrenti, svolgenti la propria attività economica nel territorio brindisino, lamentando che la costituzione della società mista "Brindisi Pubblici Servizi Provinciali (B.P.S.P. s.p.a)" le danneggia, sottraendo alla libera concorrenza l'affidamento di commesse e incarichi da parte della Provincia, importante Stazione appaltante pubblica in quell'ambito territoriale, hanno impugnato la deliberazione del Consiglio provinciale n. 28/10 del 30 aprile 2002, avente ad oggetto: "Affidamento servizi alla BSPS S.p.A., ai sensi dell'art. 2 dello Statuto della società" e gli atti a questa collegati.

La BSPS è una società mista costituita dalla stessa Provincia che detiene il 51% delle quote azionarie e da soci privati, selezionati in base ad un'apposita procedura, il cui bando è stato approvato con delibere giuntali 19 luglio 2000 n. 190 e 10 agosto 2000 n. 240, sfociata nell'individuazione delle imprese assegnatarie, effettuata con deliberazione n. 64 del 28 marzo 2001.

La società è stata costituita il 3 luglio 2001 con atto notarile.

Secondo il suo Statuto, la società persegue la finalità della gestione dei servizi pubblici e/o attività di pubblica utilità della Provincia di Brindisi, nonché di altri enti pubblici, avendo in particolare come oggetto:

"a) gestione del patrimonio edilizio (manutenzione ordinaria e straordinaria);

b) ristrutturazione, adeguamento, ammodernamento, manutenzione gestione degli impianti tecnologici;

c) gestione del patrimonio stradale;

d) manutenzione ordinaria e straordinaria di tutte le opere stradali (piano viabile; opere d'arte; pertinenze stradali, ecc.);

e) manutenzione delle aree attrezzate a verde sia edile che stradale, compresi i relitti stradali utilizzati per la sosta e l'arredo della viabilità;

f) installazione e manutenzione ordinaria e straordinaria della segnaletica stradale;

g) interventi di protezione civile;

h) gestione dei servizi di pubblica illuminazione compresa la realizzazione dei relativi impianti e la manutenzione ordinaria e straordinaria di essi;

i) gestione dei servizi di pulizia, custodia e guardiania degli immobili che rientrano nella pertinenza della Provincia ovvero nei quali la Provincia deve assicurare gli stessi servizi;

l) gestione dei servizi di igiene ambientale (disinfezione e disinfestazione degli immobili e delle aree di pertinenza provinciale);

m) realizzazione di opere ed impianti in materia di gestione dei rifiuti, di pertinenza provinciale;

n) studio di progettazione di opere ed interventi nei settori di pertinenza della Provincia;

o) riscossione imposte, tasse, contributi e concessioni per conto della Provincia;

p) esercizio di qualsiasi altro servizio pubblico e/o di pubblica utilità di interesse della provincia, per conto di soggetti pubblici o privati o comunque di terzi, la cui gestione possa concorrere al perseguimento dello scopo sociale e che non sia dalla legge riservata in via esclusiva alla Provincia".

Con la delibera gravata è stato disposto

di affidare in concessione alla società " per la durata di anni 10 (dieci) i servizi di cui all'art. 2 dello Statuto della società... approvando, in linea di massima, i piani d'impresa come rappresentati nella proposta presentata alla società...

di stabilire, ancora, che la Giunta Provinciale, con riferimento alle determinazioni assunte dal Consiglio in sede di programmazione dei lavori pubblici, provvede all'affidamento, con singoli contratti, degli interventi, aventi valenza di manutenzione straordinaria, da realizzare, sulla base di singoli progetti redatti dalle strutture tecniche dell'ente,

di impartire indirizzo... affinché i singoli servizi ed i singoli interventi straordinari affidati dovranno essere realizzati, sulla base di apposite decisioni del C.d.A., dai soci privati, in possesso dei requisiti, soggetti, oggettivi, previsti dalle vigenti disposizioni normative e regolando i rapporti mediante convenzioni...

qualora i soci non fossero in possesso dei requisiti prescritti, la Società procederà all'affidamento mediante formale procedimento di gara nel rispetto delle norme vigenti, avvalendosi per il procedimento del settore Gare della Provincia;

... di stabilire, altresì che il C.d.A. della società, al momento della stipula della convenzione di affidamento al singolo socio e con apposita clausola contenuta nella medesima, dovrà fissare una quota, non inferiore al 10% di utile per la società stessa, in modo da garantire le spese di amministrazione generale della società e costituire fondo per l'eventuale ripartizione di utili e/o i dividendi".

Gli operatori economici ricorrono i seguenti motivi:

1) violazione delle norme interne e comunitarie in materia di costituzione di società miste per i servizi pubblici e regime di pubblicità dei bandi per la individuazione del privato contraente minoritario per la costituzione alla società B.S.P.S s.p.a.; dell'articolo 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, dell'articolo 4, comma I, del decreto legge n. 26 del 31 gennaio 1995, convertito con legge n. 95 del 29 marzo 1995;

2) violazione e falsa applicazione dell'articolo 116, comma terzo, del decreto legislativo n. 267/2000;

3) violazione dell'articolo 17, comma I, e dell'articolo 18, comma 2 *quater*, della legge n. 109 dell'11 febbraio 1994;

4) violazione, falsa applicazione dell'articolo 107 del decreto legislativo n. 267 del 2000;

5) violazione e falsa applicazione dell'articolo 21 della legge n. 109 del 1994; eccesso di potere per difetto di motivazione, erroneità, illogicità e ingiustizia manifesta; perplessità dell'azione amministrativa; violazione di principi di trasparenza e buon andamento in tema di procedimento amministrativo;

6) violazione dell'articolo 86 e 90 del trattato istitutivo della CEE e della direttiva 71/304/CEE del 26 luglio 1971.

Si è costituita la Provincia di Brindisi, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso e ha contestato le tesi attoree.

All'udienza del 14 novembre 2002 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente devono essere respinte le sollevate eccezioni d'inammissibilità del ricorso.

Al riguardo, occorre brevemente ricostruire la sequenza delle deliberazioni provinciali.

La Provincia ha stabilito di costituire una società mista, denominata "Brindisi Pubblici Servizi Provinciali (B.P.S.P. s.p.a)", riservandosi il 51% delle quote azionarie, con soci privati, selezionati in base ad un'apposita procedura, il cui bando è stato approvato con delibere giuntali 19 luglio 2000 n. 190 e 10 agosto 2000 n. 240, sfociata nell'individuazione delle imprese assegnatarie, effettuata con deliberazione n. 64 del 28 marzo 2001.

Con deliberazione del Consiglio provinciale n. 28/10 del 30 aprile 2002 (avente ad oggetto: "Affidamento servizi alla B.S.P.S S.p.A., ai sensi dell'art. 2 dello Statuto della società ") ha poi prefigurato un meccanismo attraverso il quale, con l'intermediazione della società mista, i singoli interventi e servizi verranno distintamente affidati alle imprese socie, previa stipulazione di appositi contratti o convenzioni tra lo stesso organismo e i suoi soci.

Viene infatti disposto dall'atto consiliare

di affidare in concessione alla società " per la durata di anni 10 (dieci) i servizi di cui all'art. 2 dello Statuto della società... approvando, in linea di massima, i piani d'impresa come rappresentati nella proposta presentata alla società...

di stabilire, ancora, che la Giunta Provinciale, con riferimento alle determinazioni assunte dal Consiglio in sede di programmazione dei lavori pubblici, provvede all'affidamento, con singoli contratti, degli interventi, aventi valenza di manutenzione straordinaria, da realizzare, sulla base di singoli progetti redatti dalle strutture tecniche dell'ente,

di impartire indirizzo... affinché i singoli servizi ed i singoli interventi straordinari affidati dovranno essere realizzati, sulla base di apposite decisioni del C.d.A., dai soci privati, in possesso dei requisiti, soggetti, oggettivi, previsti dalle vigenti disposizioni normative e regolando i rapporti mediante convenzioni...

qualora i soci non fossero in possesso dei requisiti prescritti, la Società procederà all'affidamento mediante formale procedimento di gara nel rispetto delle norme vigenti, avvalendosi per il procedimento del settore Gare della Provincia;

... di stabilire, altresì che il C.d.A. della società, al momento della stipula della convenzione di affidamento al singolo socio e con apposita clausola contenuta nella medesima, dovrà fissare una quota, non inferiore al 10% di utile per la società stessa, in modo da garantire le spese di amministrazione generale della società e costituire fondo per l'eventuale ripartizione di utili e/o i dividendi".

Da quanto premesso risulta allora chiaro che la contestazione della delibera del Consiglio provinciale n. 28/10 del 30 aprile 2002 non è affatto preclusa dalla mancata impugnazione dei precedenti atti riguardanti le fasi di costituzione della società mista, considerato che l'atto gravato non può ritenersi esecutivo o meramente applicativo dei secondi: esso infatti prefigura un sistema generale di affidamento senza gara di attività rientranti nelle competenze della Provincia direttamente ai soci della società mista attraverso l'intermediazione di quest'ultima, sistema il quale, in definitiva, non si pone in rapporto di consequenzialità rispetto al contenuto delle precedenti delibere concernenti la costituzione della società mista: infatti con lo statuto approvato dalla Provincia si intendeva affidare alla società la gestione dei servizi pubblici e/o attività di pubblica utilità della Provincia di Brindisi, nonché di altri enti pubblici, mentre è del tutto estraneo a tale atto un sistema, obiettivamente scaturente dalla delibera del Consiglio n. 28/10, che consente l'affidamento di tale gestione alle singole imprese socie, senza che esse siano selezionate attraverso apposite gare.

Di riflesso, la lesione paventata dalle ditte ricorrenti viene a sostanzarsi nell'impossibilità di partecipare alle ordinarie procedure selettive dei contraenti della pubblica amministrazione, in quanto una serie d'interventi di rilevanza provinciale è riservata (non alla società mista ma) ad altri operatori economici, perché soci della società mista e non perché individuati da una procedura ad evidenza pubblica.

Né può ritenersi che tale interesse sia solo di fatto perché l'intera disciplina delle gare pubbliche, a seguito dell'innesto delle norme comunitarie, non è più tesa prevalentemente (se non esclusivamente) alla tutela dell'interesse pubblico, bensì contemporaneamente si prefigge di garantire le condizioni giuridiche, *ratione materiae*, per l'esplicitarsi della libera concorrenza tra gli operatori economici, sicché agli stessi deve essere assicurata una diretta ed effettiva tutela giurisdizionale, in conformità d'altronde con l'affermarsi della regola anche a livello costituzionale, sancita dall'art. 3 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che, nel riformulare l'art. 117 della Costituzione, ha riservato allo Stato la "tutela della concorrenza".

L'ampiezza dei compiti affidati alla società mista e (attraverso la stessa) alle imprese socie non consente infine di applicare criteri di selezione dell'interesse più restrittivi, essendo evidente che la definizione del "settore", in cui operano le imprese, non può che risultare, nel caso in esame, correlativamente assai lata (Cons. Stato, V sez., 10 aprile 2000 n. 2079).

2.a. Passando al merito, la censura sub 1) è inammissibile perché tardivamente rivolta a contestare la stessa determinazione della Provincia di costituire, per la gestione dei servizi di propria competenza, una società mista. Il motivo in ogni caso è anche infondato.

La giurisprudenza ha infatti affermato, pur in assenza di un obbligo specifico normativamente previsto (prima dell'art. 116, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, inapplicabile alle delibere giuntali 19 luglio 2000 n. 190 e 10 agosto 2000 n. 240, emanate prima del detto T.U.), la necessità del ricorso al confronto concorrenziale per la scelta anche del socio privato di minoranza nelle società a capitale pubblico maggioritario, trattandosi di principi ormai immanenti nell'ordinamento, tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della P.A. (Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192; 19 settembre 2000 n. 4850; 3 settembre 2001 n. 4586).

Orbene, che nella specie vi sia stato un confronto concorrenziale appare fuori discussione, e per la verità nemmeno è messo in dubbio dalle stesse ricorrenti, le quali si soffermano invece sulla mancata utilizzazione di modelli normativi di riferimento, da individuarsi preferibilmente nel DPR 16 settembre 1996 n. 533, con tutti gli effetti che ne derivano dal punto di vista dell'obbligo della pubblicità, anche a livello europeo, e nel decreto legislativo 31 maggio 1995 n. 157.

In realtà il principio giurisprudenziale rammentato tende essenzialmente a garantire comunque, come è in effetti avvenuto (con la partecipazione di 82 imprese), una procedura di confronto concorrenziale, mentre il riferimento agli schemi procedurali indicati dal regolamento di cui al DPR 533/96 (espressamente riguardante le società a capitale pubblico minoritario di cui all'art. 12, comma 1, della legge 23 dicembre 1992, n. 498) era sì possibile ma non certo obbligatorio per la scelta di un socio privato di minoranza. In assenza di chiari parametri normativi di riferimento, anche a livello comunitario, non può, pertanto, ritenersi integrato un vizio di legittimità del procedimento di selezione che non si sia avvalso delle procedure ad evidenza pubblica tipizzate dalle norme citate.

Le peculiarità del servizio da affidarsi, unitamente all'assenza di chiari riferimenti normativi, rendono in definitiva sostanzialmente corretta, e comunque non manifestamente illogica, la scelta di adottare una procedura concorsuale in parte atipica ma comunque rispettosa dei principi generali della contabilità di Stato e della contrattualistica degli Enti locali.

Può concludersi che la procedura di evidenza pubblica da adottarsi nella specie non è quella dettata dalle norme di recepimento della normativa comunitaria sugli appalti di servizi, di cui al d.lg. 157/95, con riferimento anche alle forme di pubblicità, ma va ricavata, con i necessari adattamenti, dalla disciplina generale, tenendo conto, se del caso, della disciplina relativa alla s.p.a. a partecipazione pubblica minoritaria, di cui al più volte citato regolamento n. 533/96.

2.b. Le imprese censurano poi l'atto per violazione dell'articolo 17, comma I, e dell'articolo 18, comma 2 *quater*, della legge n. 109 dell'11 febbraio 1994 in quanto l'attività di progettazione non sarebbe affidata a soggetti di cui sia accertata la professionalità attraverso un apposito procedimento concorrenziale.

Nella fattispecie in esame, però, la Provincia ha stabilito esplicitamente, con il provvedimento gravato, che la <<Giunta provinciale, con riferimento alle determinazioni assunte dal Consiglio in sede di programmazione dei lavori pubblici provveda all'affidamento dei singoli contratti, degli interventi aventi valenza di manutenzione straordinaria da realizzare sulla base dei singoli progetti redatti dalle strutture tecniche dell'Ente>> (punto 5, pag. 18 e 19).

Tale determinazione è applicativa delle regole imposte dall'art. 17, comma I, lett. a), e comma II, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, come modificata dalla legge 18 novembre 1998 n. 415, per cui i rilievi avanzati, fondati sulla pretesa applicazione delle regole riguardanti professionisti estranei all'amministrazione, non risultano pertinenti.

2.c. Le restanti doglianze sono invece fondate.

Lamentano le imprese istanti, sotto vari profili, (invocando l'articolo 116, comma 3, del T.U. n. 267/2000; l'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, come modificata dalla legge 18 novembre 1998 n. 415; gli articoli 86 e 90 del Trattato istitutivo CEE e la direttiva 71/304/CEE del 26 luglio 1971) che la Provincia abbia sottratto alla gara pubblica o comunque ad altro sistema di comparazione oggettiva l'affidamento di una serie di attività, riservate dallo stesso Ente alla società mista, di cui possiede la maggioranza del capitale.

L'Amministrazione resistente ricostruisce la vicenda sottolineando che l'affidamento di particolari compiti alla società mista trova giustificazione nell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990 n. 142.

Occorre a tal punto porsi la questione della qualificazione dell'attività affidata alla società mista e, correlativamente, della normativa applicabile.

E' noto che i "servizi pubblici" non sono normativamente definiti, anche quando menzionati o addirittura posti quale oggetto di specifica disciplina, tant'è che in dottrina si è negata la sua configurabilità quale concetto giuridico.

In particolare, dalla legge 29 marzo 1903 n. 103 e dal testo unico 15 ottobre 1925 n. 2578 è possibile trarre solo un elenco esemplificativo, dall'articolo 43 della Costituzione (anche se posto in relazione con l'articolo 41) non si deduce alcun preciso elemento qualificatorio; nell'articolo 22 della legge n. 142 del

'90 è possibile cogliere esclusivamente la distinzione tra servizi sociali e servizi economici, che incide sul modello organizzativo della relativa gestione.

La giurisprudenza ha dovuto comunque approfondire il problema definitorio per distinguere tale ipotesi da quella dei servizi d'appaltare (in applicazione della direttiva 92/50/CEE e del conseguente decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157), questi ultimi descritti, adottando un criterio enumerativo, come "contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice", aventi ad oggetto la prestazione dei servizi elencati negli allegati 1 e 2 allo stesso decreto (articolo 3).

La nozione di servizio pubblico (considerato il declino del modulo concessorio e quindi della limitata utilità dei criteri di distinzione a questo collegati, come la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico; il carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di servizio; l'effetto accrescitivo della concessione; il trasferimento di potestà pubbliche) è stata di recente elaborata con specifico riferimento alla diversità dell'oggetto dei due contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei relativi rapporti.

L'appalto di servizi dunque concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio.

Ciò comporta, di regola, ulteriori conseguenze sull'individuazione dei soggetti tenuti a pagare il corrispettivo dell'attività svolta. Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato, anche se tale criterio integrativo – è da precisare - assume rilievo apprezzabile solo quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, è divisibile tra gli utenti che, in concreto, ne beneficiano direttamente (Consiglio di Stato, sezione V, 30 aprile 2002 n. 2294).

Alla luce di tali osservazioni dev'essere letto lo statuto della società mista, che affida al nuovo organismo i seguenti compiti:

- "a) gestione del patrimonio edilizio (manutenzione ordinaria e straordinaria);
- b) ristrutturazione, adeguamento, ammodernamento, manutenzione gestione degli impianti tecnologici;
- c) gestione del patrimonio stradale;
- d) manutenzione ordinaria e straordinaria di tutte le opere stradali (piano viabile; opere d'arte; pertinenze stradali, ecc.);
- e) manutenzione delle aree attrezzate a verde sia edile che stradale, compresi i relitti stradali utilizzati per la sosta e l'arredo della viabilità;
- f) installazione e manutenzione ordinaria e straordinaria della segnaletica stradale;
- g) interventi di protezione civile;
- h) gestione dei servizi di pubblica illuminazione compresa la realizzazione dei relativi impianti e la manutenzione ordinaria e straordinaria di essi;
- i) gestione dei servizi di pulizia, custodia e guardiania degli immobili che rientrano nella pertinenza della Provincia ovvero nei quali la Provincia deve assicurare gli stessi servizi;
- l) gestione dei servizi di igiene ambientale (disinfezione e disinfestazione degli immobili e delle aree di pertinenza provinciale);
- m) realizzazione di opere ed impianti in materia di gestione dei rifiuti, di pertinenza provinciale;
- n) studio di progettazione di opere ed interventi nei settori di pertinenza della Provincia;
- o) riscossione imposte, tasse, contributi e concessioni per conto della Provincia;
- p) esercizio di qualsiasi altro servizio pubblico e/o di pubblica utilità di interesse della provincia, per conto di soggetti pubblici o privati o comunque di terzi, la cui gestione possa concorrere al perseguimento dello scopo sociale e che non sia dalla legge riservata in via esclusiva alla Provincia".

E' chiaro allora che la stragrande parte dei compiti assegnati alla detta spa non riguarda "pubblici servizi", bensì o servizi resi all'Ente provinciale ovvero opere pubbliche, perlopiù costituenti attività incidenti sul patrimonio comunale in termini di manutenzione, di rifacimento e di modernizzazione.

Per esse quindi non può parlarsi di servizio pubblico locale, perché in tale categoria rientrano quelle prestazioni volte a soddisfare in via diretta gli interessi della collettività locale, che per usufruirne dovrebbe pagare un corrispettivo connesso alla specifica fruizione mentre, nel caso di specie,

i "servizi" rispondono in maggioranza ad esigenze specifiche dell'Ente titolare degli immobili al quale si rivolge l'attività oggetto del servizio, così rispondendo ad esigenze solo indirette e mediate delle collettività territorialmente localizzate; invece, a termini del precitato art. 22 legge n. 142 del 1990, è il servizio in sé che deve essere rivolto a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali e non l'effetto possibile della gestione di un qualsivoglia servizio.

Non residua dunque spazio per qualificare come « pubblico servizio » quelli ricompresi nello statuto della società mista (tranne per alcune voci), con la conseguenza che non solo non sarebbe in astratto consentito all'Amministrazione di utilizzare il modulo della costituzione di società per azioni a capitale misto (art. 22 della legge n. 142 del 1990), ma anche (per quel che direttamente riguarda la presente controversia) che, per l'affidamento di tali "servizi", è imposto l'espletamento di gare pubbliche. Ciò sia i forza del decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157 (l'art. 5, primo comma, lett. g) contiene sì una deroga nell'ipotesi di affidamento ad un organismo di natura pubblicistica

Avente stretti legami con l'amministrazione aggiudicatrice, c.d. "in house providing"; essa però non è certo applicabile al caso di affidamento ad imprese terze, come in effetti, le singole socie private della società mista), per i servizi di rilievo comunitario, sia in forza dell'art. 37 R.D. 23 maggio 1924, n. 827 che afferma il principio generale per cui tutti i contratti pubblici dai quali derivi una spesa debbono essere preceduti da pubbliche selezioni, eccetto i casi espressamente regolati in modo diverso.

Com'è noto, inoltre, la manutenzione degli immobili (con esclusione della sola manutenzione degli impianti) è stata ricondotta non alla materia dei servizi, bensì a quella dei lavori pubblici con conseguente assoggettamento alla relativa disciplina (Cons. Stato, sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1680; sez. V, 11 giugno 1999, n. 630; 4 maggio 2001, n. 2518).

Al riguardo, occorre rammentare che, per l'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, "Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico..., costituire apposite società per azioni..., senza il vincolo della proprietà maggioritaria" (comma primo); in ogni caso, "per la realizzazione delle opere di qualunque importo di cui al comma 1 si applicano le norme del decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406, e della direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990, e successive norme di recepimento" (comma terzo).

La previsione è stata sostanzialmente confermata, per il punto, dall'art. 116 del T.U. n. 267/2000 (nel testo modificato prima dall'art. 2-ter del D.L. 27 dicembre 2000, n. 392, come integrato dalla relativa legge di conversione, e poi dal comma 12 dell'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448), a norma del quale "1. Gli enti locali possono, per l'esercizio di servizi pubblici di cui all'articolo 113-bis e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico... costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria anche in deroga ai vincoli derivanti da disposizioni di legge specifiche..."

3. Per la realizzazione delle opere di qualunque importo si applicano le norme vigenti di recepimento delle direttive comunitarie in materia di lavori pubblici".

Alla stregua della riportata normativa risulta evidente che (a prescindere dall'esame degli atti relativi alla costituzione della società mista, precluso a questo Giudice, per i motivi esposti al punto 1) l'affidamento diretto alle imprese socie della società mista, *uti singulae*, non è consentito dall'ordinamento, anche ammettendo che le finalità attribuite alle società costituite ai sensi dell'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 (volto a disciplinare le società a capitale pubblico minoritario aventi come oggetto sociale la realizzazione di opere finalizzate alle prestazioni di servizi pubblici, infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico) possano essere perseguite costituendo una società a capitale pubblico maggioritario.

Il sistema normativo invero impone, pure nell'ipotesi in cui sia coinvolta una società a capitale pubblico (per quanto premesso, anche maggioritario) che l'effettuazione dei lavori sia svolta da ditte selezionate attraverso le apposite procedure predisposte in base alla normativa comunitaria.

Il ricorso è dunque d'accogliere.

Data la novità e la complessità delle questioni affrontate, sussistono tuttavia giusti motivi per compensare le spese di lite.

P. Q. M.

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte resistente;

Visto l'atto di intervento della Provincia di Brindisi;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 28 ottobre 2003, relatore il consigliere Michele Corradino;

Uditi gli avv. Sticchi Damiani, per delega dell'avv. Durano, Chiappetti e Zurlo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con la gravata sentenza il TAR della Puglia ha accolto il ricorso proposto dalle Imprese ***** Saverio, Giordano Gaetano, ***** Vincenzo, Costruzioni ***** Giovanni s.r.l., ***** s.r.l., con il quale le prefate imprese avevano impugnato la deliberazione del Consiglio provinciale n. 28/10 del 30 aprile 2002, avente ad oggetto l'affidamento servizi alla BSPS S.p.A., ai sensi dell'art. 2 dello Statuto della società e gli atti a questa collegati.

La sentenza è stata appellata dalla Brindisi Pubblici Servizi Provinciali (B.P.S.P. s.p.a) che contrasta le argomentazioni del TAR della Puglia.

Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello le Imprese ***** Saverio, Giordano Gaetano, ***** Vincenzo, Costruzioni ***** Giovanni s.r.l. e ***** s.r.l.

E' altresì intervenuta in appello la Provincia di Brindisi.

Alla pubblica udienza del 28 ottobre 2003, il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato.

1. Con il primo motivo di ricorso l'appellante deduce la nullità della notifica del ricorso di primo grado alla Brindisi Pubblici Servizi Provinciali (B.P.S.P. s.p.a). In particolare, afferma l'appellante, che la notifica avvenne presso la sede legale provvisoria dell'Ente, ma nelle mani di una dipendente della Provincia che non aveva alcun rapporto, di dipendenza o di collaborazione, con la B.P.S.P. s.p.a.. Da ciò, sempre per l'appellante, discenderebbe un insanabile vizio per il giudizio di primo grado, svoltosi in assenza di una rituale instaurazione del contraddittorio con il soggetto controinteressato.

La censura è priva di fondamento.

Il consolidato orientamento della Suprema Corte di Cassazione, che il Collegio condivide in toto, ritiene che <<ai fini della regolarità della notificazione di atti a persona giuridica, ai sensi dell'art. 145 c.p.c., presso la sede legale ovvero presso quella effettiva ex art. 46, comma 2, c.c., è sufficiente che il consegnatario sia legato alla persona giuridica stessa da un particolare rapporto che, non dovendo necessariamente essere di prestazione lavorativa, può risultare anche dall'incarico, eventualmente provvisorio o precario, di ricevere la corrispondenza; sicchè, qualora dalla relazione dell'ufficiale giudiziario risulti in alcuna delle predetti sedi la presenza di una persona che si trovava nei locali della sede stessa, è da presumere che tale persona fosse addetta alla ricezione degli atti diretti alla persona

giuridica, anche se da questa non dipendente. La società, per vincere la presunzione in parola, ha l'onere di provare che la stessa persona, oltre a non essere un suo dipendente, non era neppure addetta alla sede per non averne mai ricevuto incarico alcuno, nel senso che la prova dell'insussistenza di un rapporto siffatto non è adempiuto con la sola dimostrazione dell'inesistenza d'un rapporto di lavoro subordinato tra la persona in questione ed il destinatario della notifica, attesa la configurabilità di altri rapporti idonei a conferire la richiesta qualità>> (Cass. civ., Sez.I, 13/12/1999, n.13935). La Suprema Corte soggiunge che ove <<la notifica di un atto ad una persona giuridica sia stata eseguita a mani di persona solo occasionalmente presente nella sede dell'ente e, come tale, non legittimata a ricevere l'atto per conto e nell'interesse del destinatario, incombe a quest'ultimo la prova dell'inesistenza di un qualsiasi rapporto tra esso notificando e il consegnatario dell'atto>> (Cass. civ., Sez.II, 29/05/1998, n.5304); "in positivo" la Corte di Cassazione ha affermato che, ai fini della qualità di persona "incaricata di ricevere le notificazioni" o "addetta alla sede", <<è sufficiente un incarico anche solo provvisorio e precario, senza necessità che si sia instaurato un rapporto di dipendenza o di stabile collaborazione>> (Cass. civ., Sez.II, 01/10/1997, n.9556).

Nel caso in esame l'appellante si è limitata ad affermare che la persona che ha ricevuto la notifica non era dipendente della B.P.S.P. s.p.a; tuttavia non ha dato prova che la stessa persona, oltre a non essere una sua dipendente, non era neppure addetta alla sede per non averne mai ricevuto incarico alcuno.

In difetto di tale prova, la presunzione in parola non è vinta.

2. Con il secondo motivo di ricorso il ricorrente in appello censura la manifesta inammissibilità del ricorso di primo grado per la mancata impugnazione, da parte dei ricorrenti di primo grado, degli atti di costituzione della società mista.

Invero, come correttamente richiamato dall'appellante, secondo l'autorevole insegnamento del Consiglio di Stato, Ad. Gen. 16 maggio 1996, n. 3035 <<Tra l'ente locale e la società costituita per la gestione di un servizio pubblico locale non viene a configurarsi un rapporto di concessione. Infatti anche la gestione del servizio a mezzo di società per azioni appare alternativa rispetto al modulo pubblicistico costituito dalla gestione a mezzo di concessione a terzi>>; ne deriva <<la circostanza che, una volta deliberata (ovviamente con procedure di diritto pubblico) la costituzione di una società per azioni a partecipazione comunale per la gestione di un determinato servizio locale, non necessita un ulteriore provvedimento di concessione in senso tecnico, atteso che l'opzione dell'Ente per quel modello di gestione comporta l'affidamento diretto e privilegiato del servizio alla società appositamente costituita>> (Consiglio Stato a. gen., 16 maggio 1996, n. 90). La stessa Corte di Cassazione, sez. unite, 6 maggio 1995, n. 4989, ha affermato che la scelta di costituire una società di capitali <<comporta l'affidamento diretto e privilegiato del servizio alla società appositamente costituita il cui oggetto consiste proprio nello svolgimento dell'attività economica in cui il servizio stesso si concreta>>.

Orbene, nel caso che ci occupa, l'impugnazione della delibera del Consiglio provinciale n. 28/10 del 30 aprile 2002 non è affatto preclusa dalla mancata impugnazione dei precedenti atti riguardanti le fasi di costituzione della società mista, considerato che l'atto gravato in primo grado non può ritenersi meramente consequenziale degli atti "atti a monte": esso infatti configura un sistema di affidamento senza gara di attività rientranti nelle competenze della Provincia direttamente ai soci della società mista, sistema che, di certo, non si pone in rapporto di consequenzialità rispetto al contenuto delle precedenti delibere concernenti la costituzione della società mista. Invero, con lo statuto si intendeva affidare alla società la gestione dei servizi pubblici e attività di pubblica utilità della Provincia di Brindisi, nonché di altri enti pubblici, mentre è del tutto estraneo a tale atto un sistema, scaturente dalla delibera del Consiglio n. 28/10, che consente l'affidamento di tale gestione alle singole imprese socie, senza che esse siano selezionate attraverso apposite gare.

Ne discende che, la lesione paventata dalle ditte ricorrenti viene a sostanzarsi nell'impossibilità di partecipare alle ordinarie procedure selettive dei contraenti della pubblica amministrazione, posto che

una serie d'interventi è riservata ad altri operatori economici, non individuati da una procedura ad evidenza pubblica.

3. In ordine all'atto di intervento della Provincia di Brindisi, non merita adesione la censura di inammissibilità del ricorso di primo grado, atteso il carattere astratto e di mera indicazione della previsione di cui al punto n. 6 della deliberazione 28/10 del 2002, che prevedeva la facoltà della BPSPP s.p.a. di svolgere i servizi affidati anche attraverso l'assegnazione diretta ai propri soci privati. Invero, risulta evidente che l'affidamento diretto alle imprese socie della società mista, uti singulae, non è consentito dall'ordinamento. Il sistema normativo, infatti, impone, anche nell'ipotesi in cui sia coinvolta una società a capitale pubblico (anche maggioritario) che l'effettuazione dei lavori sia svolta da ditte selezionate attraverso le apposite procedure predisposte in base alla normativa comunitaria.

Inoltre, come affermato da questo Consesso, <<l'interesse ad agire deve avere le caratteristiche della concretezza e dell'attualità e deve consistere in un'utilità pratica che il ricorrente può ottenere con la pronuncia che si chiede. Tale utilità non deve necessariamente essere considerata come immediata utilità finale, ben potendo consistere anche in una semplice utilità strumentale. Pertanto l'interesse ad agire sussiste non solo quando l'annullamento dell'atto lesivo è di per sé idoneo a realizzare l'interesse diretto ed immediato del singolo, ma anche quando detto annullamento comporti per l'amministrazione l'obbligo di riesaminare la situazione e di adottare provvedimenti eventualmente idonei a garantire ad un determinato soggetto un risultato favorevole>> (Cons. Stato, Sez.IV, 10/11/1999, n.1671).

Nel merito il ricorso in appello è infondato. Come correttamente rilevato dal Giudice di prime cure, lo statuto della società mista in questione affida a questo Organismo attività di realizzazione di opere pubbliche da realizzarsi su beni appartenenti alla Provincia in termini di manutenzione, rifacimento e modernizzazione. Tali attività esulano certamente dalla nozione di "servizi locali" che raggruppa le prestazioni volte a soddisfare in via diretta gli interessi della collettività locale che per usufruirne paga un corrispettivo. Esse, piuttosto, sono attività rivolte in favore dell'ente che esulano dall'ambito di operatività della normativa che consente l'attribuzione diretta dei servizi a società miste il cui partner privato sia individuato, per costante giurisprudenza, mediante procedura di gara.

Alla luce delle suesposte considerazioni, l'appello deve essere pertanto rigettato.

Sussistono giuste ragioni per la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione V) rigetta l'appello.

Compensa le spese.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 28 ottobre 2003 DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23 marzo 2004