

Corte di Giustizia: pronunciamento sulla compatibilità comunitaria del modello delle Società miste

Avv. Luca Griselli

1. La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 15 ottobre 2009 n. 196 (in causa C-196/08) ha, finalmente, preso posizione sulla *vexata quaestio* della compatibilità con i principi dell'ordinamento comunitario del modello organizzativo della società mista (con capitale pubblico maggioritario o minoritario) affidataria di servizi pubblici.

Per ricostruire i contorni della vicenda, occorre un breve passo indietro.

Da tempo la giurisprudenza ha chiarito che la figura della società mista, costituita da enti pubblici per la gestione di servizi ovvero per l'esecuzione di appalti (di cui si rinviene l'archetipo nell'art. 113, co. 5, lett. b) del D.Lgs. 267/2000 e s.m.i.), dev'essere tenuta distinta dal modello di affidamento c.d. *in house providing*.

Come è noto, tale modello è stato elaborato in giurisprudenza, a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C - 107/98 (Teckal). La quale ha affermato che la situazione c.d. di *in house* legittima l'affidamento diretto (e cioè senza l'espletamento di una previa procedura di evidenza pubblica) di un contratto da parte di un ente pubblico a una persona da esso giuridicamente distinta, (i) qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e (ii) la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano.

Secondo l'insegnamento ormai consolidato della giurisprudenza, anche nazio-

nale, poiché i requisiti dell'*in house providing* costituiscono un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, essi vanno interpretati restrittivamente (Ad. Plen. C. di Stato 3 marzo 2008 n.1, C. Giustizia CE, 6 aprile 2006, C - 410/04).

Ciò in quanto la gestione *in house* implica una sostanziale rinuncia al mercato, al quale viene preferita l'auto produzione dei propri servizi da parte dell'Ente pubblico. In tale prospettiva, è stato in particolare chiarito che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (Corte di Giustizia CE, 15 ottobre 2009 in Causa C- 196/08; 10 settembre 2009 in Causa C- 573/07; 19 aprile 2007 in Causa C- 295/05).

Tale acquisizione ha definitivamente condotto ad escludere la riconducibilità del modello organizzativo della "società mista" a quello dell'*in house providing*, dato che "se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione <<interna>> di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene" (così si è espressa, riepilogando il quadro della giurisprudenza comunitaria, l'Adunanza della II Sez. consultiva del Consiglio di Stato, nel parere 18 aprile 2007 n. 456).

2. La giurisprudenza, dunque, si è dovuta

dare carico del problema della conformità del modello di partenariato pubblico-privato "società mista" con l'ordinamento comunitario.

A proposito del quale, in sintesi, si sono registrati essenzialmente tre distinti orientamenti, il più estremo dei quali è giunto addirittura a prospettare l'illegittimità comunitaria dell'art. 113, comma 5, lett. b) del D.Lgs. 267/2000 che, prima delle modifiche apportate dall'art. 23bis del D.L. 25 giugno 2008 n. 112 e s.m.i., prevedeva che l'erogazione dei servizi per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali dovesse avvenire *"secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio"* tra l'altro *"a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica ..."*.

3. Di tali orientamenti ha dato puntualmente conto il già richiamato parere n. 456/2007 del Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi in via consultiva sulla questione.

Tale parere, dopo aver constatato che non esisteva ancora una pronuncia specifica della Corte di Giustizia CE sull'argomento, ha operato una sorta di "taglio delle ali" estreme, giudicando innanzitutto non condivisibile la *"posizione 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"*.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, *"tali ipotesi suscita perplessità per il caso delle 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, alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività extra moenia, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico"* (cfr. punto 8.1 del parere citato).

4. Il parere, peraltro, ha ritenuto non condivisibile anche l'opposta ipotesi, espressamente definita "estrema".

Secondo tale tesi l'affidamento diretto di una concessione di servizi ad una società a capitale misto, anche nel caso in cui il socio privato sia stato scelto tramite gara, non presenterebbe i requisiti dell'*in house providing*: la stessa presenza di un operatore privato all'interno della compagine sociale, infatti, esclude il "controllo analogo" in base alla costante giurisprudenza comunitaria.

Per tale ragione, la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio tramite gara, non farebbe venir meno l'obbligo di indire un'ulteriore procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del servizio.

Tale orientamento (prospettato con ampie argomentazioni dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, nella decisione n. 589 del 27 ottobre 2006)

ritiene, in altri termini, che l'affidamento di servizi a società miste non sia in nessun caso compatibile con l'ordinamento comunitario, non potendosi sovrapporre la procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio, con quella preordinata all'affidamento del servizio. Da qui la già accennata necessità di addivenire ad un'interpretazione sostanzialmente abrogativa dell'art. 113, lett. b), D.Lgs. 267/2000, che, all'epoca della pronuncia del C.G.A., aveva il contenuto di cui s'è riferito poc'anzi.

Come si diceva, il parere n. 456/2007 del Consiglio di Stato ha disatteso tale impostazione estrema, rilevando, in sintesi, da un lato, che essa in qualche misura si basa su di una non corretta commistione tra istituti e, d'altro lato, che il suo recepimento condurrebbe a risultati paradossali e *"addirittura contrari allo spirito dei principi da sempre affermati dalla Corte di giustizia"* (punto 8.2.2 del parere citato). In particolare, vi sarebbe in primo luogo una non corretta sovrapposizione tra l'*in house providing* e il modello organizzativo della società mista: il primo consiste nell'auto produzione del servizio da parte dell'amministrazione, mediante un soggetto solo formalmente distinto da essa; il secondo prevede, invece, il necessario coinvolgimento del privato nella società, ma con la saliente differenza che *"la componente esterna che esclude la ricorrenza dell'in house è selezionata con procedure di evidenza pubblica"* e cioè pur sempre con il ricorso al mercato e, dunque, nel rispetto dei principi della concorrenza.

In secondo luogo, nella "visione estrema" sopra descritta, la negazione radicale del modello della società mista (salvo nel caso in cui venga effettuata una doppia gara), costituirebbe una sorta di incentivo a ricorrere al modello di *in house providing*, che tuttavia per definizione esclude ogni aper-

tura del mercato. Risulterebbe allora paradossale, come rilevato nel parere citato, *"nella logica comunitaria della tutela della concorrenza, limitare le opzioni di intervento ai soli due estremi assoluti e quindi consentire -sia pure con criteri interpretativi molto restrittivi- una soluzione "tutta pubblica" come unica alternativa a quella, del tutto opposta, del ricorso "pieno" al mercato"* (punto 8.2.3.).

5. La "terza via" prospettata dal Consiglio di Stato, dunque, prevede il riconoscimento dell'ammissibilità del modello della società mista, sia pure con taluni accorgimenti, che lo rendano pienamente conforme ai principi comunitari della concorrenza.

Più precisamente, è stato ritenuto ammissibile il ricorso a tale modello, a condizione che vi sia una disposizione legislativa *ad hoc* che di volta in volta ne autorizzi l'utilizzo (come del resto previsto dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 163/2006) e purché vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, che dev'essere un socio non solo finanziario, ma anche industriale o "operativo": il che implica che il bando preveda precisamente l'oggetto dell'affidamento e i requisiti tecnico/finanziari occorrenti per la relativa esecuzione.

Con l'ulteriore precisazione che l'affidamento del servizio non può essere disposto *ad libitum*, ma dev'essere contenuto entro un periodo ragionevole e predeterminato, per evitare che il socio selezionato con gara acquisisca la qualità di socio "stabile". Occorre, dunque, definire sin dagli atti di gara la durata dell'affidamento e le modalità di liquidazione della quota del socio privato, qualora questi non risulti aggiudicatario all'esito della procedura di gara che dovrà essere indetta ad ogni scadenza dell'affidamento medesimo.

6. La correttezza dell'orientamento "mediano" della Sezione consultiva del Consiglio di Stato (recepto anche dalle Sezioni giurisdizionali, cfr. in particolare Ad. Plen. n. 1/2008 e Sez. VI, 16 marzo 2009 n. 1555) ha ricevuto una prima, importante conferma da parte della Commissione delle Comunità europee.

Con la "*comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*", del 5 febbraio 2008, infatti, la Commissione ha affermato che "*una doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPPI, e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto) sia difficilmente praticabile. Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto*" (cfr. punto 2.2.).

7. Da ultimo, la Corte di Giustizia CE, con la sentenza 15 ottobre 2009 in causa C-196/08 (Acoset Spa), ha definitivamente preso posizione sull'argomento e lo ha fatto affermando principi del tutto in linea con la sopra richiamata giurisprudenza del Consiglio di Stato, oltre che con l'orientamento della Commissione europea.

La pronuncia pregiudiziale della Corte europea ha riguardato la gara per l'affidamento del servizio idrico integrato da parte dell'A.T.O. della Provincia di Ragusa. La relativa concessione era stata in un primo tempo affidata ai sensi dell'art. 113, quinto comma, lett. b), del D.Lgs. 267/2000, ad una società mista a prevalente capitale pubblico, il cui socio privato era stato selezionato mediante un'apposita procedura di evidenza pubblica. Tale procedura aveva avuto ad oggetto sia l'acquisizione della quota di partecipazione in detta società, sia -previa valutazione dei pertinenti requisiti tecnici e dell'offerta economica- l'attività operativa del servizio idrico integrato e l'esecuzione dei lavori connessi alla gestione esclusiva di tale servizio: in altri termini, era stato selezionato un socio privato "operativo" e non solo finanziario. Successivamente, tuttavia, probabilmente sulla scorta dell'orientamento estremo del C.G.A. (di cui s'è riferito in precedenza), l'A.T.O. Siragusa ha annullato l'aggiudicazione, ritenendola non conforme ai principi dell'*in house providing*.

Chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di detto annullamento, il T.A.R. della Sicilia ha investito della questione pregiudiziale la Corte di Giustizia. La quale, dopo aver ribadito l'estraneità del modello della società mista allo schema dell'*in house providing*, ha affermato che "*introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati...poiché l'istituzione di questi organismi riunisce in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto da istituire a tale esclusivo scopo*" (punto 58). La sentenza prosegue osservando come la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi di parità di trat-

tamento e trasparenza "e l'individuazione dei criteri di scelta del socio privato consentono di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta" (punto 60). Si può, dunque, ritenere che "la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario" (punto 61).

La Corte di Giustizia, dunque, ha affermato la legittimità del modello di partenariato pubblico privato rappresentato dalla società mista, alle condizioni sopra indicate e con l'ulteriore precisazione che una società di questo tipo deve mantenere fermo il proprio oggetto sociale per l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una nuova procedura di gara.

8. A conclusione di questa breve disamina, credo che si possa affermare che la cornice di principi e precetti, entro la quale si colloca l'istituto della società mista, sia ormai sufficientemente chiara ed idonea ad indirizzare adeguatamente gli operatori. Si possono solo aggiungere talune ulteriori, brevi annotazioni. La prima è che l'orientamento della giurisprudenza nazionale (confermato, come si è detto, a livello comunitario) è stato prontamente recepito anche dal legislatore. Infatti, l'art. 23bis del D.L. 25 giugno 2008 n. 112 (conv. in L. 133/2008) ha operato un'ampia riforma dei "servizi pubblici locali di rilevanza economica", modificando (e, in parte, abrogando) la disciplina già contenuta nell'art.

113 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al D.Lgs. 267/2000 (cfr. art. 23bis, cit., comma 11). Nella versione risultante in seguito alle recenti modifiche (di cui, in particolare, al D.L. 25 settembre 2009 n. 135), il richiamato art. 23 bis ha, in particolare, previsto, tra le varie forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche quella dell'affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata "a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica ... le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento".

Ora benché si tratti di normativa che, per il suo ambito soggettivo, non riguarda gli enti del comparto sanitario, essendo indirizzata ai soli enti pubblici locali (cfr. in tal senso Cons. Stato Ad. Plen., 1/2008), essa costituisce un modello valido ed "esportabile" anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali, come del resto affermato dalla costante giurisprudenza (cfr. ad esempio C. di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2008 n. 4603).

La seconda, e conclusiva, considerazione è che nel comparto sanitario vi è una norma che, come richiesto dalla giurisprudenza nazionale (di cui s'è detto) in base all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., legittima il ricorso al modello della società mista. Si tratta dell'art. 9bis del D.Lgs. 502/1992 e s.m.i., che ha ad oggetto le "sperimentazioni gestionali" e che consente, appunto, forme di collaborazione tra strutture del Servizio sanitario nazionale e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato.