

**SELEZIONE DI GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA  
CON RICOSTRUZIONE DEL DIBATTITO**  
di Francesco FOGGIA

**1.- Condizioni per l'accesso paritetico al mercato dei servizi delle società miste e delle società cd. "di terza generazione" (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 agosto 2011, n. 17, [ONLINE](#))**

*Il presente contributo intende approfondire l'approdo ermeneutico del Consiglio di Stato, pronunciatosi in composizione Plenaria, nella recente sentenza n. 17/2011, cercando di operare una ricognizione delle disposizioni normative nazionali e comunitarie e seguendo l'evoluzione giurisprudenziale sul tema delle modalità e dei limiti della partecipazione degli enti locali al mercato dei servizi pubblici, mediante l'utilizzazione del modulo societario a partecipazione pubblico-privata. Il tema in trattazione, peraltro, non può prescindere dall'analisi delle profonde modificazioni che stanno interessando la materia dell'affidamento dei servizi pubblici locali, anche alla luce del risultato referendario di giugno 2011 che ha determinato l'abrogazione dell'art. 23-bis D.L. 112/08. Tale analisi normativo – giurisprudenziale, giungerà all'individuazione dei limiti di operatività sul mercato delle società cd. "di terza generazione", così come definiti dalla pronuncia in commento. La decisione in esame si pone nel solco già tracciato dalla Corte Costituzionale in sentenza n. 326/2008, valorizzando l'oggetto sociale delle società miste ai fini di riconoscere o meno la possibilità di accedere al mercato dei servizi in condizioni paritetiche rispetto alle imprese private.*

**SOMMARIO:** **1.1-** L'ente pubblico locale nel mercato liberalizzato dei servizi; **1.2-** Le forme di partecipazione pubblica al mercato, nel quadro delle recenti evoluzioni normative; **1.3-** La rilevanza nelle società miste dell'oggetto statutario ai fini dell'accesso al mercato dei servizi; **1.4.-** Le società cd. "di terzo grado" tra protezione del mercato e libertà di accesso.

**1.1- L'ente pubblico locale nel mercato liberalizzato dei servizi.**

Appare certamente centrale, sia per ragioni di ordine storico, sia per elementari valutazioni di ordine economico, il ruolo dell'ente locale nella definizione, organizzazione e gestione dei servizi pubblici, da intendersi come attività funzionale, diretta a soddisfare esigenze della collettività, in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica<sup>1</sup>.

Invero, la valorizzazione del principio di sussidiarietà verticale, che trova dimora nell'art. 5 della Costituzione, ha fatto sì che la gestione di gran parte dei servizi offerti alla collettività, sia stata dislocata dal livello centrale a quello locale, nella convinzione che la prossimità rispetto ai fruitori finali del servizio accresca il livello di soddisfacimento della comunità, in ragione della migliore possibilità di selezionare ed organizzare i servizi a seconda della domanda finale: l'ente locale può essere considerato, dunque, *dominus* nella definizione delle modalità e della gestione di una delle funzioni fondamentali dell'organizzazione statale, quale quella dell'organizzazione di quei servizi che, difficilmente acquisibili dal privato, sono meglio gestiti a livello superindividuale.

Il principio di sussidiarietà verticale se giustifica, unitamente e nei limiti dei principi di adeguatezza e

differenziazione, l'attribuzione delle funzioni organizzative dei servizi pubblici al livello degli enti locali, nulla dice sulle modalità con cui l'ente locale deve gestire tali funzioni. Il compito del soddisfacimento di livelli aggregati di domanda di diversi servizi da parte della comunità locale trova un limite (e criterio di attuazione) nell'onere imposto all'amministrazione locale del buon andamento dei pubblici uffici; principio, quest'ultimo, che trova una migliore esplicazione nei criteri di efficienza, efficacia ed economicità definiti a livello giurisprudenziale e normativo.

Criteri, questi ultimi, che, come è facile percepire, si attagliano ad una logica tipicamente aziendale, nella quale in effetti, sempre più, sembra doversi inquadrare anche l'azione amministrativa; ed in effetti, nella scelta ottimale dell'organizzazione dei servizi, l'ente locale si trova ad operare seguendo un'ottica manageriale nella quale assume preminente importanza la scelta della gestione interna del servizio ovvero di una esternalizzazione dello stesso. In tal senso trova applicazione l'accezione orizzontale di sussidiarietà, di cui all'art. 118 ult. comma della Costituzione<sup>2</sup>, che, unitamente al principio di tutela della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41, impone all'amministrazione locale di valutare, alla luce di criteri di efficienza ed economicità, la decisione

<sup>1</sup> Cfr. per la nozione di servizio pubblico BACCARINI S. – CHINÈ G. – PROIETTI R., *Codice dell'appalto pubblico*, Giuffrè, 2011, p. 319 ss., TRETOLA L., *I servizi pubblici locali*, II edizione, Sistemi Editoriali, 2005; in senso analogo, in giurisprudenza, Cass. civ., SS.UU., 30 marzo 2000, n. 71.

<sup>2</sup> A sostegno del riferimento costituzionale di cui all'art. 118 per la lettura del fenomeno della liberalizzazione dei pubblici servizi, cfr. SALERNO G. C., *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010.

dell'affidamento del servizio a privati, ferma rimanendo la determinazione di alcuni parametri cui deve rapportarsi l'attività esternalizzata in ragione della finalità pubblica del servizio affidato.

Peraltro, la valutazione circa l'opportunità dell'esternalizzazione dei servizi non è rimessa sempre ad una scelta discrezionale dell'ente locale, dal momento che l'ingresso nell'Unione europea e la formazione di un mercato unico hanno determinato la necessità – e talvolta l'obbligo – di aprire al mercato settori tradizionalmente riservati dell'economia, in ragione della valutazione negativa dell'esistenza di settori economici gestiti con logiche di totale monopolio dalle amministrazioni pubbliche.

Ebbene, è anche da notare che, in un sistema come quello contemporaneo, ove la concorrenza, al di là dell'essere intesa solo come una modalità operativa del mercato, assume al rango di un valore da tutelare, specie in funzione dell'obiettivo di sviluppare un mercato unico sovranazionale, assume particolare importanza il principio dell'uguaglianza degli operatori economici che si presentano sul mercato e la libertà di accesso allo stesso. Per quanto in questa sede interessa e con riferimento al mercato dei servizi, è importante notare che, in tale accezione intesa, anche l'ente locale, in certe forme, può rivestire il ruolo di operatore economico, che agisce, dunque, in condizioni di parità con le imprese private<sup>3</sup>: ciò, chiaramente, sempre che lo stesso valuti come rispondente a criteri di buona amministrazione l'assunzione del servizio in proprio, ovvero tramite la formazione di un soggetto economico partecipato in tutto o in parte dall'ente stesso.

Tuttavia, tale fenomeno, in certo senso del tutto naturale ed in linea con i principi del mercato comunitario, non ha mai mancato di suscitare perplessità e di suggerire la necessità della definizione di limiti di intervento nell'economia da parte degli enti locali: tutto ciò con l'obiettivo di tutelare l'assetto concorrenziale del mercato dall'intervento, sul mercato stesso, di soggetti che possano ricorrere a capitali pubblici, con ciò assumendosi un minore rischio di impresa e presentando maggiori garanzie di solvibilità rispetto agli altri concorrenti, riuscendo per questa via ad imporsi su questi ultimi<sup>4</sup>.

La diffidenza che sempre ha suscitato tale fenomeno, nondimeno, deriva dalla considerazione che, così operando, l'ente locale si spoglia, in certo senso, della sua natura pubblica, per assumere uno *status* giuridico di diritto comune: l'ente pubblico che opera sul mercato direttamente o tramite il braccio operativo di un'impresa concessionaria, assume un processo interno di valutazione, individua e seleziona la domanda, la introduce nel processo di programmazione dell'attività, organizza e dirige la produzione, ne stabilisce il corrispettivo e ne controlla la qualità ed i costi. In tal senso, l'ente locale perde la propria tradizionale posizione di controllo per trasformarsi in operatore economico che si colloca sul lato dell'offerta, come tale portatore naturale di uno specifico interesse di regola di segno contrario rispetto a quello che si manifesta sul lato della domanda<sup>5</sup>: di qui il correttivo approntato già da diversi anni dal legislatore, che ha provveduto all'istituzione di numerose Autorità indipendenti che assumono quella funzione di controllo, tradizionalmente appannaggio dell'amministrazione pubblica; di qui, poi, la necessità di individuare a livello legislativo i limiti di operatività che devono imporsi agli enti locali e alle società da essi partecipate, nella salvaguardia del valore della concorrenza e nella definizione dei livelli minimi e degli *standard* qualitativi dei servizi pubblici. Necessità di intervento di natura simile, per vero, sono riscontrabili anche nei confronti delle imprese private, allorché le stesse assumano il ruolo di concessionarie o affidatarie di un servizio pubblico, giacché la logica economica non sempre si sposa in pieno con le finalità tendenzialmente, sebbene non esclusivamente, assistenziali cui deve rispondere la gestione del servizio pubblico.

Tali problematiche, tuttavia, lungi dall'aver scoraggiato l'estensione di moduli organizzativi aziendali anche a settori tradizionalmente estranei a tali forme di gestione, hanno portato già da tempo a trovare soluzioni normative che hanno conciliato la causa lucrativa, tipica del modulo societario, con l'interesse pubblico "sociale"<sup>6</sup>, arrivando a concepire una compatibilità tra le due esigenze (quantomeno, certamente, con riguardo ai servizi pubblici cd. economici) e, anzi, a riconoscere nella modalità organizzativa di tipo aziendale l'organizzazione

<sup>3</sup> Cfr. GIGLIONI F., *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Giuffrè, 2008, p. 173 ss.; CASSETTI V.L., *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Giappichelli, 1997, p. 179-180.

<sup>4</sup> Si tratta, in questo senso di utilizzare una nozione dinamica di concorrenza, in cui la possibilità di accesso al mercato è parametrata a vincoli strutturali, condizioni giuridiche e materiali e di prospettive future. In tal senso FONDERICO G., *La tutela della*

*concorrenza e la regolazione del mercato*, in VESPERINI G., *Diritto amministrativo speciale*, Giuffrè, 2005, p. 317 ss.

<sup>5</sup> Cfr. DI GASPARE G., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, 2010, p. 63 ss.

<sup>6</sup> Cfr. CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011, p. 809 ss.

ottimale dei servizi, utile a rispondere in modo soddisfacente dal punto di vista dell'efficacia, efficienza ed economicità a molte delle esigenze proprie della comunità di riferimento.

Muovendo da questa interpretazione, i recenti ritocchi al sistema di gestione dei servizi pubblici locali, che - come vedremo meglio nel prosieguo della trattazione - rendono eccezionale la gestione interna, si presentano come l'espressione di una scelta organizzativa del legislatore ordinario, dettata da considerazioni sia di convenienza economica sia di doverosa attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

## 2.- Le forme di partecipazione pubblica al mercato, nel quadro delle recenti evoluzioni normative.

Già da tempo il legislatore italiano, per le ragioni sopra esposte, tenta di disciplinare in modo soddisfacente il fenomeno della gestione dei servizi pubblici da parte di società miste, tentando di contemperare la finalità pubblica del servizio con l'imprescindibile carattere imprenditoriale della gestione; tale ultimo carattere è imprescindibile in quanto, diversamente, il *partner* privato non avrebbe interesse ad occuparsi del servizio, con conseguente difficoltà per l'ente locale di esternalizzare lo stesso. La scelta della gestione diretta del servizio da parte dell'ente pubblico, sia ben chiaro, non è proibita dalla legge (sebbene il legislatore nazionale sembra spesso dimenticare, quando non obliterare, tale possibilità), dal momento che spetta all'ente locale, in un'ottica di efficienza della gestione, determinare le modalità di erogazione del servizio; anzi, la normativa comunitaria non esclude che i servizi locali possano essere organizzati e gestiti direttamente dall'ente pubblico. L'Unione europea, infatti, ribadisce in più casi il principio della "*libera definizione*" in materia di gestione dei servizi locali<sup>7</sup>, nel senso che "*un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi*"<sup>8</sup>; principio difeso e rivendicato, in alcune circostanze, anche dalla

giurisprudenza nazionale, orientata a distinguere tra servizi pubblici a rilevanza economica e non, i quali ultimi maggiormente si prestano ad una gestione interna all'ente locale<sup>9</sup>. Ciò che tuttavia determina l'esternalizzazione del servizio è il *favor* accordato dalla normativa comunitaria e nazionale alla concorrenza e alla liberalizzazione dei mercati, unitamente agli scarsi capitali pubblici e alle inefficienze spesso già dimostrate dalle gestioni pubbliche.

I modelli di gestione indiretta dei servizi locali sono essenzialmente riconducibili a tre, a seconda del grado di partecipazione dell'ente pubblico al servizio: un primo modello, a partecipazione pubblica totalmente assente, in cui il ruolo dell'ente si riduce alle modalità di scelta del contraente affidatario del servizio, nelle forme disciplinate dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; un secondo modello a partecipazione pubblica totale, in cui la società affidataria della gestione del servizio è una società a capitale interamente pubblico (modello cd. dell'*in house providing*); ed un terzo modello a partecipazione mista, che prevede l'affidamento diretto del servizio a seguito della scelta del soggetto privato-*partner* dell'ente nella gestione esterna.

Con particolare riferimento al modello delle società miste, non può tacersi il lungo dibattito che ha riguardato la legittimità dell'affidamento diretto a tali società, contro un orientamento che, valorizzando all'estremo il carattere della trasparenza nella scelta del contraente, riteneva necessario, ai fini dell'affidamento del servizio ad una società mista, l'espletamento di una prima gara finalizzata alla scelta del *partner* privato ed una seconda, tra la società mista così formata e altri operatori economici, finalizzata alla scelta del soggetto economico cui affidare il servizio<sup>10</sup>. La prassi operativa e le scelte legislative hanno

<sup>9</sup> Cfr. C. Cost., 3 novembre 2010, n. 325 (Pres. Amirante F.; Rel. Gallo F.); C. Conti, Lombardia, parere 17 marzo 2009, n. 195. Si intende qui, tuttavia, porre in rilievo la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552, secondo cui "*Nessuna norma, infatti, obbliga i comuni ad affidare all'esterno determinati servizi (illuminazione pubblica, centri assistenziali, case di accoglienza, case di riposo, case famiglia, assistenza domiciliare per anziani ed handicappati, asili nido, mense scolastiche, scuola-bus, biblioteche, impianti sportivi: tutti servizi che, notoriamente, gran parte dei comuni italiani gestiscono direttamente, senza appaltarli a privati), ove preferiscano amministrarli in via diretta e magari in economia*". Per un approfondimento sul tema, si rinvia a LUCARELLI A., *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: Linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 2010, VI.

<sup>10</sup> Nel senso della necessità della doppia gara si è espresso in particolare PIROCCHI G., *Società miste: l'affidamento del servizio si fa con gara*, in *Diritto e pratica amministrativa. IISole24ORE*, Dicembre 2006, p. 52; in giurisprudenza cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 27 ottobre 2006, n. 589.

<sup>7</sup> Cfr. Prot. n. 26 Trattato di Lisbona e art. 5 T.U.E.. Anche secondo la Carta europea sui servizi locali e regionali d'interesse generale del marzo 2009 il servizio pubblico non può essere assimilato all'ordinaria attività economica. In dottrina, si rinvia a GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato, e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 714 ss..

<sup>8</sup> Corte di Giustizia CE, sent. 13 novembre 2008, C-324-08, Coditel, punto 48; cfr. sent. 11 gennaio 2005 C-26-03, Stadt Halle e RPL Lochau, punto 48.

comunque espresso già da qualche tempo una sostanziale preferenza per la cd. “gara a doppio oggetto”, con la quale l’ente pubblico sceglie, utilizzando le procedure di evidenza pubblica, il *partner* privato della gestione, affidando direttamente, alla società così formata, lo svolgimento del servizio pubblico<sup>11</sup>; in tal modo si è evitato di disincentivare il ricorso ad un modello di gestione dalle enormi potenzialità, posto che certamente la doppia gara non sarebbe stata concretamente vantaggiosa<sup>12</sup>.

I modelli di gestione indiretta come sopra delineati, avevano trovato una chiara definizione nell’art. 113, c. 5 T.U.E.L.<sup>13</sup>, che elencava in modo puntuale tali forme di organizzazione dei servizi locali. Tuttavia, a causa dei recenti sconvolgimenti normativi, nei quali si è inserito l’esito del *referendum* abrogativo del giugno scorso, i modelli di affidamento alternativi a quelli disciplinati dal D.Lgs. 163/2006, appaiono fortemente incerti e bisognosi di una nuova sistemazione normativa.

In particolare, il *referendum* citato ha determinato la soppressione dell’art. 23-*bis* del D.L. 112/08, che già aveva sostituito l’art. 113 c. 5 T.U.E.L. sopra richiamato, determinando, in certo senso, il venir meno della determinazione dei presupposti di affidamento alle società miste e alle società *in house*. In particolare, può dirsi che il legislatore dell’art. 23-*bis* aveva inteso valorizzare il partenariato pubblico-privato a scapito delle gestioni *in house*, trattate come forme di affidamento assolutamente residuali<sup>14</sup>, per

le quali l’ente pubblico aveva l’onere di dimostrare puntualmente l’inopportunità di scegliere il contraente attraverso le forme dei contratti ad evidenza pubblica, nonché sottoponendo la propria decisione anche alla valutazione dell’Antitrust nel caso in cui il valore economico del servizio fosse superiore ad euro 200.000; per altro verso, l’art. 23-*bis* semplificava le procedure di affidamento a società miste, confermando il modello della cd. “gara a doppio oggetto” e richiedendo che il *partner* industriale della società partecipata, possedesse almeno il 40% del capitale: tale proporzione, era stata infatti ritenuta come la più idonea a coniugare l’efficienza del privato con la cura dell’interesse pubblico, il *know-how* tecnico operativo dell’impresa privata con il controllo pubblico sul servizio, la qualità con l’economicità del servizio e, in generale, l’apertura alla privatizzazione con i compiti pubblici di regolazione. Le previsioni di cui al citato articolo di legge erano seguite dal Regolamento di attuazione, previsto dalla norma stessa ed espressosi nel D.P.R. n. 168/2010, che precisava la disciplina delle modalità di gestione indiretta dei servizi, come sopra tratteggiata<sup>15</sup>.

L’esposto nucleo di disposizioni è stato completamente abrogato, poi, dal *referendum* del giugno 2011, il cui esito ha determinato l’abrogazione dell’art. 23-*bis* e, conseguentemente, del D.P.R. n. 168/10 che dallo stesso traeva legittimazione, con conseguente evidenziarsi di un grosso vuoto normativo in materia di definizione dei modelli di gestione indiretta dei servizi. L’abrogazione di tale riferimento normativo, inoltre, non determina la reviviscenza della primitiva sistemazione contenuta nell’art. 113 T.U.E.L., come chiaramente osservato dalla Corte Costituzionale, in tal senso espressasi in occasione dell’esame di legittimità del quesito referendario<sup>16</sup>. In quella sede la Consulta forniva degli indirizzi ermeneutici utili all’interprete nel caso, rivelatosi poi effettivo, di esito referendario favorevole all’abrogazione: sembra, allora, che si possa fondatamente operare una ricostruzione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, rifacendosi proprio

<sup>11</sup> Già il Consiglio di Stato, in composizione plenaria, con la nota sentenza n. 1/2008, ha definito i presupposti dell’affidamento a società mista dei servizi pubblici locali: 1) nel prevalente svolgimento dell’attività della società mista a favore del soggetto pubblico che l’ha costituita; 2) nella contestuale definizione nella gara per la scelta del socio anche delle caratteristiche del servizio operativo ad esso demandato; 3) nella previsione di un termine di scadenza alla partecipazione del socio privato e nella necessità di un rinnovo, evitando che il privato diventi socio stabile della società mista. Anche a livello comunitario, la Corte di Giustizia, in sentenza C-196/08, ha ritenuto compatibile con il diritto comunitario la gara a doppio oggetto. I riferiti orientamenti giurisprudenziali sono poi stati tradotti nell’art. 15, D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito dalla Legge 166/2009 che, modificando l’art. 23-*bis* della legge 133/2008, ha introdotto nell’ordinamento interno italiano, a pieno titolo e quale procedura di affidamento ordinaria la gara a doppio oggetto.

<sup>12</sup> BACCARINI S. – CHINÈ G. – PROIETTI R., *Codice dell’appalto*, cit., p. 313.

<sup>13</sup> Ci si riferisce al testo dell’art. 113 T.U.E.L. come modificato a seguito delle modifiche legislative apportate dapprima con l’art. 38 Legge n. 448/2001 e, poi, con l’art. 14 D.L. n. 269/2003, conv. in Legge n. 326/2003, in conformità alle censure mosse all’originario testo dalla Commissione europea.

<sup>14</sup> Già la giurisprudenza nazionale e comunitaria aveva inteso la possibilità dell’affidamento *in house* come modalità residuale di gestione, evidentemente esprimendo una certa diffidenza verso modelli di gestione privi di gara ad evidenza pubblica. In tal senso,

si rinvia, a titolo esemplificativo a Tar Campania - Napoli, Sez. V, 22 dicembre 2004, n. 2784; Tar Sicilia - Catania, Sez. II, 13 febbraio 2006, n. 198; Corte Giust. CE, 6 aprile 2006, C410/2004.

<sup>15</sup> Per un approfondimento sul tema, si rinvia a CHILOSI M. – POLES E., *Nel D.P.R. n. 168/2010 il regolamento attuativo sui servizi pubblici locali*, in *Ambiente e sicurezza. IlSole24ORE*, Dicembre 2010, p. 32 ss.

<sup>16</sup> Il riferimento è a Corte Cost., 12 gennaio 2011, n. 24. Per un commento alla menzionata sentenza si rinvia a LUCARELLI A., *Commento alla sentenza n. 24 del 2011*, in *Giur. Cost.*, II, 2011.

all'autorevole interpretazione fornita dalla Corte nella sede menzionata.

In particolare la Corte costituzionale smentiva quell'indirizzo dottrinario e giurisprudenziale che riteneva che il diritto europeo imponesse agli Stati membri di privatizzare *tout court* i servizi pubblici locali; tale indirizzo ermeneutico si era rafforzato proprio sulla base dell'art. 23-*bis*, a causa del riferito sfavore dallo stesso serbato verso moduli di gestione che limitassero ovvero escludessero momenti di gara ad evidenza pubblica<sup>17</sup>. L'importanza dell'affermazione della Corte costituzionale è allora assolutamente evidente, laddove restituiva il ruolo della scelta sulle modalità di gestione dei servizi pubblici agli enti locali e non più, come andava delineandosi, al mercato. In questo senso, l'ente locale sembra riappropriarsi della libertà di gestire direttamente i servizi pubblici, anche di rilevanza economica, senza rivolgersi necessariamente ad operatori esterni, specie in quei casi in cui risultasse maggiormente ragionevole, dal punto di vista dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità, la decisione di non esternalizzare il servizio<sup>18</sup>.

I limiti e le forme della gestione, a seguito dell'esito referendario, sono dunque da rintracciare direttamente nel diritto comunitario, che prevede, tra l'altro, seppur in maniera non esplicita, la gestione pubblica e diretta dei servizi di interesse generale, sia quelli a rilevanza economica, che quelli privi di rilevanza economica: in tali casi, il valore della concorrenza sembra trovare un limite ed una chiave di lettura nel principio di coesione economico-sociale e territoriale.

In tale contesto, sicuramente bisognoso di un intervento del legislatore interno che provvedesse a colmare le lacune lasciate dal *referendum* di giugno 2011, si inserisce il D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella Legge 14 settembre 2011, n. 148, che, in senso marcatamente controriformista,

reintroduce nel sistema alcuni punti dell'abrogato articolo 23-*bis*. In particolare, torna il principio per cui l'ente pubblico deve favorire la liberalizzazione dei servizi, ricorrendo al mercato per l'affidamento degli stessi (art. 4, comma 1), prevedendo l'attribuzione di diritti di esclusiva del servizio ad imprese individuate con procedure di evidenza pubblica in tutti quei casi in cui un'attenta analisi di mercato riferisca l'impossibilità della creazione, in un determinato settore, di un mercato concorrenziale (art. 4, commi 2 - 8); in definitiva, sembra affermarsi l'obbligo di esternalizzare i servizi pubblici, anche nei casi in cui ciò possa risultare indifferente dal punto di vista della concorrenza. Il decreto legge citato, rafforza poi gli istituti del ricorso all'*in house providing* e alle società miste. La modalità di gestione del servizio tramite società a capitale totalmente pubblico è consentita fino ad un limite di valore economico del servizio di euro 900.000 (art. 4, comma 13), con un evidente aumento della soglia già stabilita dal D.L. 112/08; inoltre, sembra prevista la possibilità per le stesse di partecipare a procedure di evidenza pubblica disposte da altri Comuni per l'affidamento di servizi pubblici locali (art. 4, comma 9). Con riferimento alle società a partecipazione mista, poi, il cd. "*decreto di Ferragosto*" introduce il limite del 40% di partecipazione pubblica del capitale societario (invertendo, dunque, il rapporto di cui già all'art. 23-*bis*) e conferma il criterio selettivo fondato sulla gara con oggetto doppio (criteri di scelta del socio e determinazione dei criteri operativi), disponendo la cessazione al 30 giugno 2012 di tutti quegli affidamenti a società miste in cui oggetto della gara era stato unicamente i criteri di scelta del socio.

Appare, dunque, rafforzata la partecipazione dei privati nella gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, a fronte del quale sorge l'obbligo a carico degli enti locali di rivolgersi al mercato per la scelta del soggetto economico cui affidare i servizi.

Sarà compito della giurisprudenza e del Giudice delle Leggi, qualora adito, a giudicare la compatibilità della riferita normativa alla luce dei principi comunitari e la sua compatibilità rispetto alla volontà popolare espressasi nel risultato referendario con l'abrogazione dell'art. 23-*bis*.

### 3.- La rilevanza nelle società miste dell'oggetto statutario ai fini dell'accesso al mercato dei servizi.

Come si accennava all'inizio del precedente paragrafo, l'aspetto maggiormente delicato, dal punto di vista delle scelte legislative, della gestione

<sup>17</sup> La sentenza della Corte costituzionale 17 novembre 2010, n. 325 aveva riconosciuto la legittimità costituzionale dell'articolo 23-*bis* considerando che *la disciplina nazionale rappresenta uno sviluppo del diverso principio generale costituito dal divieto della gestione diretta da parte dell'ente locale, divieto introdotto dai (non censurati) articolo 35 Legge 448/2001 e articolo 14 D.L. n. 269/2003*. Ne derivava l'opinione per cui l'Unione europea consente ma non impone di prevedere la gestione diretta dei servizi pubblici locali, ma gli Stati nazionali possono vietarla imponendo di rivolgersi al mercato per l'individuazione del gestore.

<sup>18</sup> Sia consentito rifarsi nuovamente alla recente pronuncia del Consiglio di Stato Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552 (già sub nota 9), nella quale testualmente si afferma "*Non si vede per quali motivi un ente locale debba rintracciare un'esplicita norma positiva per poter fornire direttamente ai propri cittadini un servizio tipicamente appartenente al novero di quelli per cui esso viene istituito*".

dei servizi pubblici attraverso società miste è individuabile nel difficile bilanciamento tra l'interesse pubblico alla trasparenza e accessibilità del servizio con l'interesse economico del socio privato, vero e proprio gestore del servizio stesso: questi, infatti, resta un soggetto economico che naturalmente persegue il fine della massimizzazione del profitto, non potendo pretendersi che lo stesso conformi completamente le proprie aspettative alle finalità pubbliche della gestione. È proprio questo il carattere principalmente differenziale tra la società mista e l'azienda speciale, nella quale, invece, esiste un collegamento strutturale assolutamente preponderante tra l'attività dell'azienda e la collettività stanziata sul territorio dell'ente locale che l'ha istituita. Il modello rappresentato dalla società mista, invece, si inquadra al di fuori di tale schema e non mira alla snaturalizzazione della funzione del socio privato.

Dall'altro lato, tuttavia, si rappresenta al legislatore l'esigenza espressa nel primo paragrafo del presente contributo, consistente nell'evitare che una società a partecipazione mista possa imporsi sul mercato falsando la concorrenza tra le imprese, grazie alla presenza della componente pubblica, che facilmente riuscirebbe a giocare un ruolo di primazia nel campo della contrattazione con altri enti locali.

Proprio per tale motivo, si è sempre posto come centrale il problema della extraterritorialità, inteso come capacità della società mista di operare, al pari di altri soggetti economici, anche al di fuori del territorio di riferimento del ente pubblico socio.

Per comprendere le modalità attraverso cui il legislatore nazionale ha deciso di regolare tale bilanciamento, occorre innanzitutto e principalmente soffermarsi sulle disposizioni di cui al cd. "*pacchetto liberalizzazioni*" del 2006: lo stesso, infatti, interveniva nella disciplina dello svolgimento di attività *extra moenia* da parte di società miste, reintroducendo i divieti già posti dalla Legge n. 448/2001 e abrogati poi dall'art. 14 della Legge n. 326 del 2003.

L'art. 13 del D.L. n. 223/06, nel suo testo originario, prevedeva, infatti, il divieto per le società a capitale interamente pubblico o misto costituite da enti locali, per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli enti stessi, di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento né tramite gara, nonché il divieto di partecipazione a società o ad enti; in altre parole, ai fini della tutela della concorrenza e della parità degli operatori economici, la legge sembrava assegnare alle società partecipate la possibilità di interagire, nell'attività di produzione di beni e

servizi, unicamente con l'ente pubblico detentore della partecipazione societaria. Da dire, tuttavia, che in sede di conversione del Decreto nel testo della Legge n. 248/06, si è scelto di non riferire il divieto menzionato anche alle società miste istituite per la gestione dei servizi pubblici locali.

La norma, così come formulata, non mancava di sollevare critiche di tenuta rispetto al sistema costituzionale, soprattutto con riferimento al principio di libertà dell'iniziativa economica. Tuttavia, la giurisprudenza interna ha tentato di recuperare la legittimità di tale norma, riportandola nell'alveo dei principi di cui alla Carta costituzionale. Sul punto si è pronunciato il Consiglio di Stato, in occasione del giudizio circa la nullità di un contratto stipulato da una società mista con un'amministrazione locale diversa rispetto a quella detentrica della quota di partecipazione pubblica nella società stessa<sup>19</sup>. Il supremo consesso amministrativo ha ritenuto che le limitazioni operative introdotte con il Decreto Bersani non si pongono in contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione, né con i principi comunitari in materia di libera concorrenza e pari opportunità di partecipazione al mercato; diversamente, anzi, la norma in discussione si porrebbe a tutela del mercato stesso, impedendo che società partecipate da amministrazioni pubbliche possano acquisire un indebito peso maggiore sul mercato rispetto ad altri operatori economici grazie alla particolare posizione di supremazia che loro deriva dal partenariato con l'ente pubblico<sup>20</sup>. Ad opinione del Collegio, inoltre, la disposizione di cui all'art. 13 si pone in linea con i principi comunitari, atteso che la Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 impone la "regolamentazione" dell'accesso al mercato da parte di società partecipate.

L'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato, per la verità, sembra porsi maggiormente nel solco del rispetto della volontà del legislatore, piuttosto che dei principi comunitari: non possono, infatti, non ricordarsi i principi espressi a tal proposito dalla nota sentenza cd. "*Carbotermo*", nella quale la Corte di Giustizia CE ha previsto che l'attività svolta da una società mista con un'amministrazione diversa rispetto al proprio *partner* non si pone

<sup>19</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946.

<sup>20</sup> Nella pronuncia in discussione, il Consiglio di Stato si esprime nel senso che "*l'intervento del legislatore risulta in concreto pienamente conforme al dettato costituzionale essendo rivolto non già a limitare la concorrenza, ma a salvaguardarla in maniera rigorosa, eliminando posizioni di privilegio innegabilmente riconoscibili alle società "pubbliche" a scapito degli operatori privati, allorché operino, come nella specie, quale ente "strumentale" dell'ente pubblico di riferimento, fruendo comunque dei vantaggi inerenti alla stretta contiguità con il detto ente pubblico*".

automaticamente come elemento distorsivo della concorrenza, in quanto non in grado, di per sé, di introdurre fattori di alterazione del mercato<sup>21</sup>.

Maggiore chiarezza sembra apportare nella materia, invece, la Corte Costituzionale in sentenza 1 agosto 2008, n. 326: tale pronuncia fornisce un fondamentale criterio interpretativo dell'art. 13 che non manca di permeare anche tutte le pronunce giurisprudenziali in materia, ivi compresa la decisione qui in commento dell'Adunanza Plenaria n. 17/2011. In quella storica sentenza la Corte costituzionale distingueva tra "attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici", entrambi esercitabili in forma societaria, ma con differenti condizioni di accesso al mercato. Valga premettere che con la locuzione "attività amministrativa in forma di impresa", la Corte intende riferirsi ad un'attività strumentale a quella di un ente pubblico, che quindi acquista connotazione *latu sensu* amministrativa, svolta da una società per conto di una pubblica amministrazione<sup>22</sup>; con il secondo sintagma, diversamente, la Corte fa riferimento ad un'attività di erogazione di servizi al pubblico in regime di concorrenza, prestati da una società affidataria. Solo alle prime si riferiscono i limiti di accesso al mercato imposti dal Decreto Bersani: esse si giustificano per il fatto di essere attività svolte da una società in favore ed a supporto dell'attività amministrativa di enti pubblici e non, invece, di attività direttamente rivolte al pubblico ed esercitate in regime di concorrenza: ciò è reso vero dal fatto che, per espressa previsione normativa, restano fuori dalle limitazioni imposte dall'art. 13 le società che svolgono servizi pubblici locali, tipicamente operanti in un mercato concorrenziale<sup>23</sup>. In tal senso, peraltro, si considera come libera l'iniziativa economica degli enti territoriali, con l'unica limitazione di esercitare la stessa distintamente dalle proprie attività strettamente amministrative, così evitando una commistione di poteri che potrebbe introdurre elementi distorsivi della concorrenza<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Corte Giustizia CE, Sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04. Per un commento della stessa, si rinvia a Guzzo G., Servizi pubblici locali e affidamenti *in house* nella più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale, in *Lexitalia.it*, 2006, n. 7-8.

<sup>22</sup> La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che si parla di attività strumentale "allorché l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo" (Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346), nonché per il perseguimento dei loro fini istituzionali (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766).

<sup>23</sup> In tal senso, chiarissima la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215.

<sup>24</sup> Si rinvia sul punto a GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house*, Giuffrè, 2009, p. 230 ss.

È evidente che, in tal senso, si fonda un criterio distintivo rispetto all'applicazione dei limiti di cui all'art. 13 fondato essenzialmente sull'attività svolta dalla società e, quindi, sul suo oggetto sociale: bisogna, infatti, definire volta per volta se un'impresa svolga servizi strumentali rispetto all'attività amministrativa dell'ente pubblico, ovvero svolga un'attività rivolta al pubblico in regime di libera concorrenza.

Il principio espresso è fatto proprio (e portato all'estremo) anche da una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato<sup>25</sup> che ha affrontato il tema dell'applicabilità dei limiti imposti dal Decreto Bersani anche alle società miste che presentano oggetto sociale non esclusivo, in quanto gestori sia di servizi pubblici locali, sia di attività strumentali all'attività dell'ente *partner*, nonché di altri soggetti pubblici e privati: in questi casi, ha ritenuto il Consiglio di Stato di non applicare le limitazioni di cui all'art. 13, in quanto l'oggetto sociale di una società siffatta, che vede la partecipazione anche del soggetto privato, non può ontologicamente presentare carattere di esclusività, ritenendosi rivolta, cioè, ad esclusivo beneficio del solo ente locale che la partecipa; il partenariato privato, dominato dal fine imprenditoriale, determina sicuramente l'intervento della società in una serie di attività (strumentali, nonché di erogazione di servizi pubblici locali) che non ne limitano l'ambito di intervento a favore del solo socio pubblico. Tale interpretazione, evidentemente, riferisce i limiti di operatività del Decreto Bersani, unicamente alle società a capitale interamente pubblico; tale operazione ermeneutica, tuttavia, sembra contrastare con il dato testuale della norma che, invece, si riferisce espressamente sia alle società totalmente costituite da capitale pubblico, sia a quelle a partecipazione pubblico-privata<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77.

<sup>26</sup> Medesimo criterio ermeneutico era già presente in Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346, secondo cui "le società che svolgono servizi pubblici locali, partecipate integralmente o in parte dagli enti locali anche per altri fini, non devono avere un oggetto sociale esclusivo e non sono soggette alle limitazioni imposte dall'art. 13"; vedasi inoltre il Tar Calabria - Reggio, 16 giugno 2010, n. 561, per cui "Il divieto di cui al comma 9 dell'art. 23bis del D.L. n. 112/2008, convertito con legge n. 133/2008 e ss.mm., non si applica alle società miste previste dal comma 2 lettera b) del medesimo articolo. L'affidamento a società mista [...] si appalesa, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara, sicché risulterebbe irragionevole e immotivata [...] l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alla gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione". Tale interpretazione, volta ad escludere dalle limitazioni all'accesso al mercato le società miste, contrasta anche con il comma 9 dell'art. 23-bis D.L. 112/08 come modificato dall'art. 15 Legge n. 166/09 che dispone che "le società (le loro controllanti e controllate da una medesima controllante), [...], che gestiscono - di fatto o per disposizione di

Non mancano, invece, pronunce diversamente orientate, che muovono dall'interpretazione fornita sul punto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in sentenza 30 marzo 2000 n. 71<sup>27</sup>, secondo le quali l'applicazione dei divieti di cui all'art. 13 dipende non dalla natura giuridica che riveste la società, bensì dall'oggetto della gara: infatti, secondo tale impostazione, bisogna distinguere i casi in cui una società svolga servizi in favore della collettività ricevendo la remunerazione per il servizio svolto dall'ente pubblico, da quelli in cui riceva la remunerazione direttamente dalla collettività destinataria del servizio, secondo, cioè, un rapporto di tipo concessorio<sup>28</sup>. Tale interpretazione, tuttavia, contrasta con il riferito dettato della Corte Costituzionale in sentenza n. 326/08 che giustifica le limitazioni imposte dall'art. 13 alla luce della particolare posizione di vantaggio propria di quelle società che esercitano attività amministrativa in forma di impresa nel momento in cui si propongono come affidatarie di servizi per conto di enti terzi. Anche il Consiglio di Stato, nella pronuncia qui in commento, ha ritenuto di dover fondare la *ratio* del divieto di cui al Decreto Bersani non all'oggetto della gara, bensì all'oggetto sociale delle imprese partecipanti ad essa<sup>29</sup>.

*legge, di atto amministrativo o per contratto - servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero di un partenariato pubblico-privato [...] non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare*": come si può notare, tale disposizione chiarisce con assoluta evidenza che le limitazioni di ingresso al mercato dei servizi si riferisce anche alle società miste. Sul punto, si rinvia a SCARPINO M., *Le società miste e i divieti previsti dall'art. 23-bis comma 9 d.l. n. 112 del 2008*, in *Giur. Mer.*, 2010, XI, pagg. 2862-2876. Tale disposizione, tuttavia, qui si cita unicamente come criterio ermeneutico, considerato che, come già evidenziato, l'art. 23-bis è stato abrogato dal referendum popolare di giugno 2011.

<sup>27</sup> La pronuncia citata è in *Urb. e app.*, 2000, VI, p. 602 ss.; secondo la richiamata pronuncia della Suprema Corte, il servizio deve qualificarsi come pubblico quando, a prescindere dalla modalità di gestione da parte della pubblica amministrazione o dei privati, sia diretto a soddisfare direttamente le esigenze dell'utenza; costituendo proprio il soddisfacimento diretto e immediato dei bisogni dell'utenza l'elemento che differenzia il servizio pubblico da ogni altra attività privata imprenditoriale. Sul punto si rimanda a VOLPE C., *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 563.

<sup>28</sup> Cfr. in tal senso, Tar Lazio - Roma, sez. II, 9 febbraio 2004, n. 1212; Tar Sardegna, Sez. I, 3 febbraio 2004, n. 97.

<sup>29</sup> Nello stesso senso già Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2010, n. 1651 che ha notato come "Il divieto di fornire prestazioni a enti terzi, infatti, colpisce le società pubbliche strumentali alle amministrazioni regionali o locali, che esercitano attività amministrativa in forma privatistica, non anche le società destinate a gestire servizi pubblici locali, che esercitano attività d'impresa di enti pubblici: esso è posto al fine di separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione".

La tesi che, infatti, porta avanti la pronuncia in commento dell'Adunanza Plenaria, opportunamente sollecitata, visti i contrasti giurisprudenziali sopra esaminati, prende le mosse proprio dalla pronuncia della Corte Costituzionale in sentenza n. 326/08, riferendo la *ratio* del divieto imposto dall'art. 13 alle storture del regime concorrenziale che potrebbero prodursi dalla partecipazione sul mercato dei servizi di società che si avvalgono di una componente pubblica. In tale impostazione risulta del tutto indifferente se la società che esercita l'attività strumentale sia una società mista ovvero una società *in house*, in quanto ciò che conta, ai fini della limitazione dell'accesso al mercato, è la presenza di una componente pubblica; in questo senso, dunque, la società affidataria esclusiva di un'attività amministrativa strumentale allo svolgimento delle attività dell'ente pubblico, si può intendere come una *longa manus* dell'Amministrazione stessa e, pertanto, condivide con questa le limitazioni di accesso al mercato.

Diversamente accade per quelle società, anche miste, che svolgono servizi pubblici rivolti alla collettività per conto dell'ente territoriale: tali società si pongono sostanzialmente su un mercato concorrenziale in cui la partecipazione dell'ente pubblico è riguardabile alla stregua di una ordinaria partecipazione azionaria. Per tale ragione, in conformità al dato normativo, le società che svolgono attività di impresa per enti pubblici, non sono interessate dalle limitazioni di cui all'art. 13 e possono agire sul mercato dei servizi in condizione di parità rispetto agli altri operatori.

#### 4.- Le società cd. "di terzo grado" tra esigenze di protezione del mercato e libertà di accesso.

La pronuncia in commento non si ferma a chiarire, tuttavia, la portata del divieto di cui all'art. 13 rispetto alle società miste, ma analizza anche la riferibilità dello stesso alle cd. società di terzo grado (o di terza generazione). Come noto, tali sono società non costituite o partecipate direttamente da enti pubblici, bensì da società miste; l'attenzione da sempre dedicata a tale tipo di società si giustifica con il timore che attraverso le stesse, le amministrazioni pubbliche che partecipano le società madri possono operare sul mercato, così aggirando i divieti imposti dal Decreto Bersani, e, per questa via, introducendo fattori distorsivi della concorrenza<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2008 n. 4829 che ha sancito come in casi siffatti "rimane pur sempre il rilievo che l'assunzione del rischio



In effetti, sul punto, si erano manifestati, anche recentemente, orientamenti giurisprudenziali discordanti, interni alla stessa Sezione Quinta del Consiglio di Stato, circa l'applicabilità alle società di terzo grado dei limiti imposti dal Decreto Bersani, che hanno ricollegato l'applicabilità del limite di operatività delle stesse all'oggetto sociale, alla provenienza parzialmente pubblica del capitale sociale o in relazione all'attività esercitata dalla società madre. Più in dettaglio, la giurisprudenza del massimo organo di giustizia amministrativa, aveva di recente ritenuto operante il divieto di cui all'art. 13, per il solo fatto che la società madre fosse stata interessata da affidamenti diretti, di qualunque natura gli stessi fossero stati e benché la scelta del soggetto privato nella società madre fosse avvenuto con gara pubblica<sup>31</sup>; per poi affermare, qualche mese dopo, che non è il dato della partecipazione pubblica alla società madre ad impedire la partecipazione in società terze, bensì la gestione di attività strumentali al funzionamento dell'ente pubblico socio, con la conseguenza che tutte le società a partecipazione mista che esercitano funzioni strumentali non possono costituire o partecipare a società terze<sup>32</sup>. Si rendeva dunque necessaria una pronuncia sul tema che fosse in grado di riportare un chiarimento interpretativo sulla portata applicativa del divieto di cui all'art. 13 del Decreto Bersani alle società di terzo grado.

Per comprendere correttamente il percorso argomentativo sviluppato nella pronuncia in commento, valga premettere che il Decreto Bersani ha previsto all'art. 13 comma 3 il divieto per le società a partecipazione mista e per quelle costituite interamente da capitale pubblico, di possedere partecipazioni in diverse società. Il divieto in parola, tuttavia, non riguarda *in toto* le società partecipate in tutto o in parte da enti pubblici; si è già ampiamente riferito di come il Decreto Bersani abbia inteso limitare, a tutela del libero mercato, solo le società che esercitano attività di gestione e produzione di servizi strumentali in favore delle amministrazioni locali, non applicandosi tali divieti anche alle attività imprenditoriali di erogazione di servizi pubblici direttamente alla collettività. In altre parole, come già detto, e richiamando l'insegnamento della Corte costituzionale, l'art. 13 va a colpire solo le attività amministrative esercitate in forma privatistica.

Per tale ragione, è da intendersi che anche la limitazione appena riferita, consistente nel divieto di detenere partecipazioni in società di terzo grado, riguarda unicamente quelle società a partecipazione pubblica che esercitino attività strumentali agli enti che le partecipano. Non sarebbe, invece, in linea con la *ratio legis* il divieto di partecipazione in società terze, imposto a carico di società miste che non esercitano attività diverse da quelle prettamente strumentali: tali società, infatti, partecipano sul mercato in condizioni paritarie rispetto agli altri operatori economici e non possono soffrire limitazioni alla propria capacità di iniziativa economica a causa della presenza di un socio pubblico nella loro organizzazione. In tali casi, infatti, è stato già osservato come il socio pubblico si attegga alla stregua di un comune azionista che detiene parte del capitale societario<sup>33</sup>.

Quello esposto è proprio l'approdo cui è giunta l'Adunanza Plenaria nella pronuncia in commento che, nel risolvere il contrasto interno alla Sezione Quinta circa l'applicabilità dei divieti imposti dall'art. 13 anche alle società di terzo grado, ha preso le mosse, come visto, dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 326/08, in questo modo valorizzando l'elemento costituito dall'oggetto sociale delle imprese a partecipazione pubblica. Con la pronuncia in commento si è, infatti, ritenuto che il rischio che intende scongiurare il legislatore dell'art. 13 è proprio quello che una società strumentale possa esercitare attraverso il meccanismo della partecipazione a società terze, quelle attività alla stessa precluse; e ciò al dichiarato scopo di protezione del mercato, impedendo a società che svolgano attività strumentali per un ente pubblico possano acquisire un indebito vantaggio concorrenziale in ragione della particolare vicinanza e commistione delle società stesse con gli enti locali per i quali agiscono.

Valga, dunque, ribadire che l'art. 13 non impedisce ad una società partecipata da un ente pubblico la costituzione o la partecipazione in qualunque altra società terza, dal momento che ciò, come anche affermato dalla giurisprudenza comunitaria, non comporta di per sé un elemento distorsivo della concorrenza: ciò che è vietato dalla legge è la sola partecipazione delle società miste in società terze le quali ultime esercitino le attività precluse dalla legge alle società madri. Si vuole, in altre parole, evitare che le società esercenti attività strumentali possano aggirare il divieto di partecipare sul mercato in

*avviene con una quota di capitale pubblico, con ciò ponendo in essere meccanismi potenzialmente in contrasto con il principio della par condicio dei concorrenti"; A.V.C.P., deliberazione 9 maggio 2007, n. 135.*

<sup>31</sup> Cons. Stato, Sez. V, 1 febbraio 2010, n. 417.

<sup>32</sup> Cons. Stato, Sez. V, 16 novembre 2010, n. 8069.

<sup>33</sup> Conformemente, Cons. Stato, Sez. V, 16 novembre 2010, n. 8069, cit.

condizioni di parità per la partecipazione ad altre gare, creando società terze, dalle stesse controllate, che consentano in questo modo alle prime di acquisire nuovi appalti sfruttando indebiti vantaggi concorrenziali.

Peraltro, interessa notare che l'art. 13 comma 3 del Decreto Bersani che ha imposto il divieto di partecipazione a società terze da parte di società strumentali ha subito varie proroghe (dapprima dall'art. 4, comma 7, del D.L. 3 giugno 2008, n. 97 e, successivamente, dall'art. 20, comma 1 bis, del D.L. 30 dicembre 2008, n. 207) che hanno permesso l'esistenza di tali società di terzo grado partecipate da imprese esercenti attività strumentali di enti pubblici locali: il divieto è comunque ormai operante dalla data del 4 gennaio 2010.

Ben occorre, tuttavia, precisare che non tutte le società di terzo grado, come sopra definite, dovranno cessare di esistere in ragione del divieto imposto dall'art. 13, bensì, per l'appunto, solo quelle partecipate da società strumentali e finalizzate al compimento di attività alle stesse precluse; tutti gli altri fenomeni di partecipazione a società terze restano perfettamente validi.

In tal modo inteso, il divieto di cui all'art. 13, si pone anche nel solco dei principi comunitari, laddove, come è stato più sopra evidenziato, l'Unione europea non ha mai ritenuto che l'attività *extra moenia* esercitata da un Comune ponga automaticamente dei problemi di alterazione del libero mercato<sup>34</sup>: un ente locale, infatti, resta libero anche attraverso società dallo stesso possedute o partecipate, di acquistare partecipazioni in società di terzo grado che possano presentarsi in condizioni di parità con altri operatori economici per vedersi affidate attività di produzione di servizi per altri enti; il limite imposto a tale libertà è rinvenibile unicamente in quelle attività già vietate alle società che operano esclusivamente nei confronti di un determinato ente locale per produrre servizi ad esso strumentali.

---

<sup>34</sup> Cfr. Direttiva n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004.