

Partecipate di terzo livello: insuperabile la costituzione di società mista non conforme ai principi comunitari del PPPI.

di Alberto Barbiero
(albertobarbiero@albertobarbiero.net)

1.1. Il ruolo delle Società miste partecipate di terzo livello.

Sempre più frequentemente le amministrazioni pubbliche (gli enti locali in particolare) si trovano a dover gestire le problematiche inerenti le società partecipate di c.d. "terzo livello" o di "terza generazione", in rapporto all'affidamento di servizi (e alla partecipazione a gare di appalto di tali soggetti).

Gli elementi di rilievo sostanziale risiedono anzitutto nella genesi di queste società, costituite da società direttamente partecipate dall'amministrazione pubblica.

Molto spesso le partecipate di terzo livello hanno nella compagine sociale soci con specifico know-how e questo costituisce forte attrattiva per la "semplificazione" di percorsi di affidamento di servizi, anche complessi.

Si prenda ad esempio il caso di una Società consortile a responsabilità limitata, composta al 51% da una società di diritto pubblico, da due Fondazioni (9% cadauna) ed una società di engineering (31%): tutti gli altri soci (società di engineering e fondazioni) sono stati individuati senza procedura ad evidenza pubblica.

Si consideri l'ipotesi per cui lo scopo della società è quello di costruire una struttura sanitaria e, ottenuti i finanziamenti dai vari livelli istituzionali, affidare l'incarico dell'intera sua progettazione alla società di engineering sua consorziata.

Il caso sottoposto presenta una società a capitale misto, costituita da una società di diritto pubblico (presumibilmente società partecipata da un'amministrazione pubblica, configurabile pertanto come "partecipata di secondo livello o di seconda generazione", che di seguito per comodità sarà configurata come società "Alfa") e da altri soci privati, scelti senza alcuna procedura ad evidenza pubblica.

La Società costituita ha forma di società consortile, configurabile comunque come "partecipata di terzo livello o di terza generazione" (che di seguito sarà individuata per comodità come società "Beta"), stante il rapporto di controllo con la società pubblica in possesso della maggiore quota di capitale sociale.

La costituzione della Società consortile a capitale misto, con l'individuazione dei soci privati (le due fondazioni e la società di engineering) senza gara è stata

realizzata in violazione del quadro di principi comunitari in materia di partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale, determinante la selezione del (o dei) socio (o dei soci) privato (privati) necessariamente mediante procedura ad evidenza pubblica, a garanzia del principio di concorrenza e, pertanto, di un confronto (seppure di "secondo livello") con il mercato.

Tale posizione è stata sintetizzata nella più nota e diffusa misura traduttiva del partenariato pubblico privato di tipo istituzionale (PPPI), sancita dalla Commissione Ue con la Comunicazione interpretativa C(2007)6661 del 8 febbraio 2008, connotativa della società mista, con socio privato scelto con gara, finalizzata alla contestuale attribuzione della qualità di socio e di specifici compiti operativi (c.d. socio operativo).

In tale documento (elaborazione conseguente al Libro Verde sul PPP del 2004 e ad una precedente comunicazione interpretativa del 2006) la Commissione afferma che indipendentemente dalle modalità di costituzione del PPPI, le disposizioni di diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni impongono all'amministrazione aggiudicatrice di seguire una procedura equa e trasparente quando procede alla selezione del partner privato che, nell'ambito della sua partecipazione all'entità a capitale misto, fornisce beni, lavori o servizi, o quando procede all'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a un'entità a capitale misto. In ogni caso, le amministrazioni aggiudicatrici non possono "ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista".

E' opportuno rilevare come questo si rifletta sulle diverse modalità di instaurazione di un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI), il quale si traduce in genere:

- nella costituzione di una nuova impresa il cui capitale è detenuto congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dal partner privato (in alcuni casi, da più amministrazioni aggiudicatrici e/o più partner privati), e nell'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a tale entità a capitale misto di nuova costituzione; oppure
- nella partecipazione di un partner privato a un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione "interna".

Nel quadro comunitario, nel novero delle "amministrazioni aggiudicatrici" rientrano anche le Società a partecipazione pubblica diretta totalitaria o di controllo (com'è il caso di Alfa). Tale connotazione è desumibile anche nel nostro ordinamento dalla combinazione sussistente tra i commi 25, 26 e 28 dell'art. 3 del d.lgs. n. 163/2006.

Conseguentemente, tali Società, nel momento in cui intendano costituire una Società mista quale forma di PPPI, devono procedere alla selezione del socio privato nei termini previsti dal quadro comunitario.

Tale percorso doveva pertanto essere condotto per l'individuazione dei soci privati in sede di costituzione della società Beta.

Tali elementi, desumibili sempre dalla Comunicazione interpretativa della Commissione UE del 5 febbraio 2008 si fondano sul presupposto per cui 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.

Questo principio è stato peraltro recepito già da alcuni anni dalla giurisprudenza amministrativa.

In tal senso è opportuno rilevare che il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 1555 del 16 marzo 2009 ha affermato che il modello delle società miste è previsto in via generale dall'art. 113 c. 5 lett. b) d.lgs. n. 267 del 2000, come modificato dall'art. 14 d.l. n. 269 del 2003 e dalla relativa legge di conversione, n. 326 del 2003, norme che, pur avendo attinenza ai contratti degli enti locali, delineano un completo paradigma, valido anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali. E che tale modello valga anche al di fuori del settore dei servizi, lo si evince dall'art. 1 c. 2 e dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), che contemplano il caso di società miste per la realizzazione di lavori pubblici e per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica.

Le condizioni che devono sussistere affinché il ricorso ad una società mista, sia legittimo sono:

- 1) che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione (profilo da intendersi sia come amministrazione pubblica, sia come amministrazione aggiudicatrice) ad avvalersi di tale "strumento"
- 2) che il partner privato sia scelto con gara;
- 3) che l'attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima;
- 4) che la gara (unica) per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati");

- 5) che la selezione della offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto;
- 6) che il rapporto instaurando abbia durata predeterminata.

La rilevanza del percorso ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato è stata oggetto di un'analisi estensiva, tradotta recentemente dal Consiglio di Stato, Sez. V, nella sentenza n. 8376 del 18 dicembre 2009, nella quale si afferma che l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), secondo il quale la scelta di socio privato di società miste, a partecipazione pubblica anche minoritaria, che siano affidatarie di servizi pubblici, deve sempre avvenire con procedure di evidenza pubblica, si applica anche nell'ipotesi in cui una società mista, ove pure non originariamente tale, apra il proprio capitale all'apporto di un socio privato industriale attraverso un'operazione straordinaria di vendita di quote o di aumento di capitale, cosicché risulti modificato, per effetto di detta operazione, l'assetto soggettivo della gestione.

Ogniquale volta - attraverso il ricorso ad operazioni di carattere straordinario destinate a mutare la compagine di una società che abbia ottenuto l'affidamento diretto o tramite gara di un servizio pubblico - si pervenga al risultato di dar vita a una società mista oppure, alternativamente, al risultato di modificare il profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato (mediante l'associazione al capitale e alla gestione di nuove figure imprenditoriali o la sostanziale sostituzione delle imprese originariamente affidatarie), allora si realizza in via derivata anche un diverso affidamento del servizio pubblico.

L'affidamento di un servizio, quand'anche realizzato attraverso la costituzione, originaria o successiva, di una società mista con socio privato operativo, è un'attività sempre connotata da autoritatività a fronte della quale si stagliano interessi legittimi dei soggetti coinvolti e, come tale, esso soggiace anche all'osservanza delle regole pubblicistiche e si deve necessariamente svolgere attraverso procedure di evidenza pubblica, governate dai principi del diritto interno e sovranazionale.

Peraltra risulta altrettanto importante la selezione del socio privato come "socio operativo", secondo una linea interpretativa affermata a livello comunitario e addirittura anticipata in ambito nazionale dal noto parere del Consiglio di Stato in sede consultiva, sez. II, n. 456 del 18 aprile 2007.

Rispetto alla trasposizione pratica di tale principio, lo stesso Consiglio di Stato (in sede giurisdizionale), Sez. VI, è intervenuto con la sentenza n. 4603 del 23 settembre 2008 su un caso interessante che può essere utile per focalizzare le problematiche rappresentate nel caso analizzato.

Secondo questa analisi, il modello delle società miste è previsto in via generale dall'art. 113 comma 5 lett. b) del d.lgs. n. 267 del 2000, come modificato dall'art. 14 del d.l. n. 269 del 2003 e dalla relativa legge di conversione, n. 326 del 2003, norme che, pur avendo attinenza ai contratti degli enti locali, delineano un completo paradigma, valido anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali. Tale modello vale anche al di fuori del settore dei servizi come si evince dall'art. 1 comma 2 e dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), che contemplano il caso di società miste per la realizzazione di lavori pubblici e per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica.

La condizione perché possa essere ritenuto legittimo il ricorso alla scelta del socio, al fine della costituzione di una società che divenga affidataria dell'esecuzione dell'opera senza necessità di gara, è che, attraverso la procedura, non si realizzi un affidamento diretto alla società mista, ma piuttosto un affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo.

Il modello, in altre parole, trae la propria legittimità dalla circostanza che la gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato abbia ad oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi e quella della qualità di socio.

Nel caso analizzato, la illegittimità della procedura esperita da una società ad integrale capitale pubblico locale, proprietaria delle reti, impianti e dotazioni per lo svolgimento del servizio idrico integrato non risiede, pertanto, come ritenuto dal primo giudice, nel "contrasto della forma di società delineata con il principio di nominatività e tassatività degli istituti e degli strumenti dell'ordinamento pubblico, anche di derivazione comunitaria", che, invece, conosce da tempo tale modulo operativo, ma nella indeterminatezza dei compiti che la nuova società sarà chiamata ad assolvere, in definitiva nella mancata identificazione dei concreti compiti operativi collegati all'acquisto della qualità di socio. Gli atti di gara, infatti, non identificano con sufficiente precisione le opere oggetto dell'appalto, limitandosi la stazione appaltante a indicare gli importi e i costi in termini di massima. La scelta del socio, ancorché selezionato con gara, non avviene dunque per finalità definite, ma solo al fine della costituzione di una società "generalista", alla quale affidare l'esecuzione di lavori non ancora identificati al momento della scelta stessa.

Tutti gli elementi sopra riportati evidenziano come:

- a) l'assegnazione di compiti al socio privato nell'ambito di una società mista debba avvenire contestualmente all'assegnazione della qualità di socio;
- b) tali compiti operativi devono essere specifici;
- c) la soddisfazione delle garanzie di tutela della concorrenza è data dall'effettuazione della procedura ad evidenza pubblica con doppia finalità (attribuzione della qualità di socio e degli specifici compiti operativi).

Tali elementi sono stati efficacemente sintetizzati dal Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza n. 824 del 13 febbraio 2009, nella quale l'organo di giustizia amministrativa ha ricomposto il percorso in termini sostanziali.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti in merito alla questione se gli appalti pubblici possano essere affidati a società miste in via diretta, o se occorra seguire procedure di evidenza pubblica, la risposta deve essere differenziata, occorrendo distinguere l'ipotesi di costituzione di una società mista per una specifica missione, sulla base di una gara che abbia per oggetto sia la scelta del socio che l'affidamento della specifica missione, e l'ipotesi in cui si intendano affidare ulteriori appalti ad una società mista già costituita. Con riferimento al primo caso, a seguito di una complessa evoluzione, la giurisprudenza nazionale (cfr. da ultimo Cons. St., ad.plen., 3 marzo 2008, n. 1; sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587; sez. II, 18 aprile 2007, n. 456/07) e comunitaria (cfr. Corte giust. CE, sez. I, 11 gennaio 2005, n. C-26/03) è pervenuta alla conclusione che, nel rispetto di precisi paletti, è sufficiente una unica gara. Nel secondo caso (caratterizzante la situazione analizzata), invece, occorre una gara per l'affidamento degli appalti ulteriori e successivi rispetto all'originaria missione.

Prima del d.lgs. n. 163 del 2006, si preferiva la soluzione secondo cui, limitatamente ai lavori e servizi specifici e originari, per i quali fosse stata costituita una società mista, fosse sufficiente una sola procedura di evidenza pubblica, e dunque bastasse quella utilizzata per la scelta dei soci privati, da intendersi come finalizzata alla selezione dei soci più idonei anche in relazione ai lavori e servizi da affidare alla società. Tale soluzione è stata sostanzialmente recepita dal d.lgs. n. 163 del 2006 c.d. codice dei contratti pubblici. Dispone infatti l'art. 32, co. 3, del d.lgs. n. 163 cit., che le società miste non sono tenute ad applicare le disposizioni del medesimo d.lgs. (e dunque non sono tenute a seguire procedure di evidenza pubblica), limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite, se ricorrono le condizioni specificamente indicate dalla norma.

Ne discende che la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario. Con riferimento alla materia degli appalti e delle concessioni in caso di partenariato pubblico - privato, anche la Commissione europea, con la comunicazione 5 febbraio 2008, si è mossa lungo la medesima traiettoria argomentativa, affermando che sia sufficiente una sola procedura di gara se la scelta del partner oggetto di preventiva gara è limitata all'affidamento della missione originaria, il che si verifica quando la scelta di quest'ultimo è accompagnata sia dalla costituzione del partenariato pubblico privato istituzionale (id est attraverso la costituzione di società mista), sia dall'affidamento della missione al socio operativo.

Non è dunque ammissibile una società mista aperta o generalista cui affidare in

via diretta, dopo la sua costituzione, un numero indeterminato di appalti o di servizi pubblici.

Corollari ulteriori del sistema sopra connotato sono quindi i seguenti:

- a) non possono essere affidati a società miste già costituite altri servizi (mediante formule assimilabili all'appalto), ulteriori rispetto ai servizi alle stesse affidati;
- b) non possono essere affidati al socio privato operativo servizi ulteriori rispetto a quelli definiti come compiti operativi ed attribuiti contestualmente alla qualità di socio;
- c) l'affidamento di servizi ulteriori a società miste potrà avvenire mediante gara, alla quale la società mista stessa potrà partecipare, fatta salva l'applicazione di norme limitative presenti nel quadro legislativo di riferimento per le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche.

Tale prefigurazione è stata peraltro oggetto di analisi approfondite anche da parte della dottrina, che sono pervenute all'affermazione per cui il modello societario previsto dall'art. 113, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 267/2000, deve essere considerato secondo un principio interpretativo per il quale l'affidamento delle attività di manutenzione e rinnovamento delle reti e l'esercizio delle attività di progettazione può essere affidata al socio privato soltanto ove essa sia funzionale alla gestione del servizio ed il bando di gara abbia fatto espresso riferimento a tali lavori, rendendosi altrimenti necessaria l'esternalizzazione delle attività medesime mediante gara¹.

1.2. Problematiche relative alla configurazione della Società come consorzio e come società costituita per la gestione di servizi strumentali.

Nel caso preso in esame è rilevabile come la Società consortile mista sia stata costituita:

- a) come consorzio;
- b) come società di gestione di servizi strumentali ai sensi dell'art. 13 della legge n. 248/2006.

La connotazione della Società come consorzio (società consortile) potrebbe assumere rilievo specifico ai fini della possibile attribuzione ad uno dei soci (consorzianti) di attività (servizi) di progettazione di opere (nello specifico di progettazione di una struttura sanitaria), qualora tale elemento fosse previsto nell'ambito del contratto di consorzio, ai sensi dell'art. 2602 del Codice civile, tuttavia nei termini di relazione per i quali la Società a partecipazione pubblica socia maggioritaria (Alfa) determinasse ciò nel quadro di relazione consortile con gli altri consorzianti.

¹ CAIA G., Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali, in www.giustizia-amministrativa.it/studiecontributi, par. 7; AZZARITI A., Il socio privato nella società mista per la gestione dei servizi pubblici locali, in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Azzariti_IlSocioPrivato.htm#_edn61.

Rileva invece, nella costituzione del rapporto consortile, il problema analizzato nel precedente punto 1.1., per il quale la selezione degli altri soci, da parte della Società pubblica (Alfa) non è avvenuta con gara, ma in via diretta, violando il quadro dei principi dell'ordinamento comunitario.

La particolare natura della Società consortile (Beta) è determinata infatti dalla sua configurazione come Società partecipata di "terzo livello", comunque afferente al sistema dell'amministrazione pubblica controllante la Società socia (Alfa) con capitale prevalente.

Non sembra assumere comunque rilievo la natura consortile in funzione di quanto previsto dall'art. 90, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006, il quale prevede che le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici sono espletate (in alternativa all'attività degli uffici tecnici delle stazioni appaltanti) dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire con le modalità di cui agli articoli 30, 31 e 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

Tale percorso, infatti, sarebbe esperibile soltanto qualora:

- a) la Società mista fosse stata costituita con tale prefigurazione e, comunque, con selezione del socio privato mediante gara;
- b) l'affidamento fosse fatto da una stazione appaltante consorziata e non dalla Società stessa;
- c) l'affidamento fosse fatto alla Società e non al socio privato della stessa.

Per quanto riguarda il secondo profilo, si deve rilevare che l'art. 13 della legge n. 248/2006 ammette la possibilità di affidamento di servizi a società partecipate, che abbiano anche configurazione come società miste.

La disposizione stabilisce infatti che:

- a) al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono

svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti (comma 1, così modificato dall'articolo 18, comma 4-septies, legge n. 2 del 2009, poi dall'art. 48 della legge n. 99 del 2009);

b) le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1 (comma 2).

La normativa relativa alla gestione dei c.d. "servizi strumentali" (ossia servizi dei quali fruisce soltanto l'amministrazione conferente, non rivolti a cittadini) non precisa alcun elemento ulteriore rispetto al modulo della società mista, quindi deve ritenersi che per poter risultare compatibile con il quadro dei principi dell'ordinamento comunitario (posti a salvaguardia del principio di concorrenza e quindi direttamente riconducibili allo sviluppo applicativo della norma, data la sua esplicita finalizzazione in tal senso) esso debba rifarsi alla configurazione espressa a livello comunitario (Commissione Ue - Comunicazione interpretativa C(2007)6661 del 8 febbraio 2008) per le forme di partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale (PPPI).

L'interpretazione prodotta da ampia giurisprudenza esplicita la finalizzazione dell'art. 13 della legge n. 248/2006 in chiave di tutela non solo dei principi di libera concorrenza e di trasparenza, ma anche e soprattutto di quello di libertà di iniziativa economica, che risulterebbe gravemente turbato dalla presenza (e dalla operatività sul mercato) di soggetti che proprio per la presenza (diretta o mediata) della mano pubblica finiscono in sostanza con l'eludere il rischio d'impresa.

Rinviando agli elementi analizzati in precedenza (punto 1.1.) non sembra superabile la criticità determinata dalla genesi della società, nella quale il socio privato non è stato scelto con gara (e non sembra sia stato scelto con attribuzione di compiti specifici).

Non sembra, peraltro, che la Società consortile sia stata costituita con oggetto sociale esclusivo, determinandosi quindi l'assenza di uno degli elementi fondamentali per la connotazione come società (potenzialmente) deputabile alla gestione di servizi strumentali.

Sulla base degli elementi sopra riportati, quindi, la Società consortile (Beta) non può affidare il servizio di progettazione di una struttura alla società di engineering sua socia (e consorziata).

I servizi di progettazione della struttura (sanitaria) dovranno essere quindi affidati con gara.

1.3. Analisi delle problematiche relative alla configurazione della Società consortile mista come Società partecipata di "terzo livello o di terza generazione".

Un limitato margine di intervento della Società consortile (Beta) è ipotizzabile qualora i servizi di progettazione della struttura fossero affidati da altra amministrazione aggiudicatrice e la stessa società partecipata di terzo livello prendesse parte alla gara.

Proprio l'art. 13 della legge n. 248/2006 ha permesso al TAR Liguria, sez. II, con la sentenza n. 39 del 9 gennaio 2009 di definire alcune caratteristiche ed il ruolo delle Società partecipate di terzo livello, in termini di distinzione sostanziale dal trend interpretativo prevalente.

Nella sentenza si evidenzia che quando la partecipazione di uno o più Enti Locali ad una Società è una partecipazione soltanto indiretta o di terza generazione, in quanto nessuno degli enti locali figura direttamente quale socio della stessa, in sede di applicazione dei divieti di cui all'art. 13 della legge n. 248/2006 si deve rilevare come, da un punto di vista letterale, il divieto di svolgere prestazioni a favore di soggetti diversi dagli enti pubblici costituenti, partecipanti o affidanti sia riferito alle società "a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali" non si applichi: il riferimento al capitale sociale ed alla figura della costituzione e della partecipazione sembra evocare chiaramente la necessità che l'ente locale sia socio, come tale titolare di una partecipazione al capitale sociale (quindi facendo riferimento alle c.d. "partecipate di secondo livello").

Assai significativa appare al riguardo la circostanza che il legislatore, diversamente da altri casi in cui parimenti si trattava di vietare la partecipazione alle gare di determinate società a tutela dei valori della par condicio e della concorrenza (cfr., per esempio, l'art. 34 comma 2 e 90 comma 8 del D. Lgs. n. 163/2006), non abbia fatto riferimento alle figure del controllo e del collegamento societario ex art. 2359 c.c., idonee a ricomprendere nello specchio applicativo della norma anche le società di terza generazione (profilo invece contemplato dall'art. 23-bis, comma 9 della legge n. 133/2008).

La disposizione, inoltre, riveste sicuramente carattere eccezionale rispetto al principio generale di libertà dell'iniziativa economica ex art. 41 Cost., pertanto deve preferirsi – ex art. 14 disp. prel. c.c. - un'interpretazione restrittiva.

Ma l'interpretazione secondo la quale il divieto non opererebbe con riguardo a società partecipate soltanto indirettamente dagli enti pubblici locali trova un ulteriore riscontro, a livello sistematico, nella successiva disposizione di cui al comma terzo dell'art. 13 D.L. n. 223/2006, in base al quale al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro trenta mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad

evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società.

La norma evidenzia come l'effettività del divieto di cui al comma primo possa essere efficacemente assicurata, alla fine del periodo transitorio di trenta mesi, anche soltanto dallo "scorporo" delle attività non consentite (id est, quelle svolte a favore di soggetti diversi dagli enti locali partecipanti), mediante la costituzione di una "separata società", cui riservare le attività rivolte al mercato.

Dunque, per il legislatore la separatezza delle società operanti sul mercato con soggetti terzi (e dei rispettivi bilanci) rispetto a quelle direttamente partecipate dagli enti locali (e dirette fornitrici di beni e servizi strumentali agli stessi) sembrerebbe costituire - di per sé - una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato dagli enti locali non affluirebbe direttamente nel capitale di rischio delle imprese operanti in regime di concorrenza.

Se è così, la sentenza del TAR Liguria afferma che non può che concludersi come una Società non partecipata direttamente dagli Enti Locali non possa ritenersi soggetta al divieto di cui all'art. 13 D.L. n. 223/2006, giacché nessun ente locale figura essere socio della stessa, essendo la totalità del capitale sociale detenuto da una Società direttamente partecipata dagli enti stessi (in una fattispecie analoga, il T.A.R. Molise è giunto alle medesime conclusioni, sez. I, 18.7.2007, sentenza n. 628, punto 9).

Ad analoga interpretazione è giunto il Consiglio di Stato, sez. VI, con la sentenza n. 215 del 16 gennaio 2009.

La medesima linea è stata confermata sempre dal Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 1765 del 23 marzo 2009, nella quale l'organo di giustizia amministrativa ha rilevato che non può discendere l'applicazione del divieto normativo dell'art. 13 della legge n. 248/2006 dal solo dato afferente la partecipazione pubblica, diretta o indiretta, al capitale sociale, atteso che la fattispecie descritta dalla norma impone indubbiamente un più rigorosa verifica circa la sussistenza di ulteriori elementi che devono connotare le società colpite dal divieto normativo di partecipare alle gare d'appalto.

Si deve infatti trattare di società funzionali alla produzione di beni e servizi strumentali alle amministrazioni che le hanno costituite o che vi hanno partecipato; ma, soprattutto, detta funzionalizzazione deve essere tanto appariscente nei predetti enti societari da assurgere al rango di oggetto sociale esclusivo (art. 13 comma 2 cit).

Quando una Società ha a suo precipuo oggetto sociale lo studio, la progettazione, la realizzazione e la commercializzazione di prodotti e servizi informatici e di telecomunicazioni destinati alla pubblica amministrazione

locale, alla sanità territoriale, ai cittadini ed alle imprese, si tratta di organismo che per espressa previsione statutaria si rivolge al mercato delle commesse di prodotti e servizi informatici e di telecomunicazione senza alcuna connotazione di esclusività con il mondo delle pubbliche amministrazioni, tanto meno di quelle che partecipano in misura minoritaria al suo capitale.

E' evidente dunque che tale società non ha il privilegio strutturale proprio del soggetto utilizzato in via strumentale per rendere in via esclusiva prodotti o servizi in favore delle amministrazioni che lo hanno costituito o che vi hanno partecipato, di guisa che non può essere assoggettata al divieto ex art. 13, che di quel privilegio costituisce indubbiamente - nelle intenzioni del legislatore - il necessario temperamento.

Le Società partecipate di terzo livello avrebbero, quindi, sostanziale autonomia operativa ed una posizione "indipendente" dal socio pubblico.

Tale linea interpretativa non deve tuttavia costituire elemento di distrazione dalla configurazione delle Società partecipate di terzo livello quali organismi rientranti nella sfera di controllo (seppure indiretto) degli enti locali (soci di riferimento della Società partecipata di secondo livello, controllante appunto di quella di terzo livello).

Tale particolare posizione è stata recentemente rafforzata dal Tar Lazio - Roma, sez. II, con la sentenza n. 36 del 5 gennaio 2010, nella quale è stato precisato che:

- a) l'art. 13 d.l. n. 223 del 2006, (c.d. decreto Bersani), è norma derogatoria del principio generale di libertà di iniziativa economica, e pertanto di stretta interpretazione, vieta l'attività extra moenia alle società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali "per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali";
- b) il divieto previsto dal suddetto art. 13, non è tuttavia applicabile alle società "di terza generazione", ovvero alle società indirettamente partecipate dagli enti locali.

Laddove, infatti, il legislatore ha inteso estenderlo oltre il predetto ambito lo ha fatto espressamente (art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito dalla l. n. 133 del 2008).

Pertanto, nel caso di specie, non si applica il citato art. 13, in quanto la società indirettamente partecipata da enti locali non è diretta promanazione degli enti locali, e non può essere sussunta tra le società a partecipazione pubblica strumentali degli enti locali e regionali soci, cui è inibita l'attività extra moenia.

La società, infatti, che svolge attività (gestione, riqualificazione e valorizzazione di complessi di stazioni e infrastrutture nodali di trasporto), risulta priva dei vincoli della strumentalità e della funzionalità con le

amministrazioni indirettamente partecipanti al capitale sociale, e non può, pertanto, essere considerata società produttrice di beni e servizi strumentali ai sensi dell'art. 13, c. 1, del citato d.l. n. 223 del 2006.

In ogni caso, il quadro giurisprudenziale consente l'affidamento alle società partecipate di terzo livello:

a) soltanto per mezzo di gara;

b) quando l'attività sia effettivamente rilevabile come priva dei vincoli di strumentalità rispetto alle esigenze delle amministrazioni pubbliche di riferimento.