



ASSOCIAZIONE
REGIONALE
COMUNI DEL VENETO

Via A. Rossi, 35 - 35030 Rubano (PD)
Tel. 049 8979033 Fax 049 8979037
E-mail anciveneto@anciveneto.org
Internet www.anciveneto.org

Anci Veneto

Prot. 00000522 del 15/02/2011



0405 - bandi e gare d'appalto

Rubano, 15 febbraio 2011

C 13

Alle Sig.re Sindache ed
Ai Sigg. Sindaci,

dei Comuni Veneti

LORO INDIRIZZI

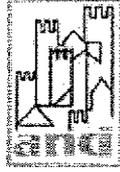
Oggetto: Nota informativa sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 77 dell'11 gennaio 2011 sulla non applicabilità del divieto di partecipazione a gare d'appalto relative a servizi strumentali alle società miste partecipate da soggetti pubblici e privati.

Cari colleghi,

contando di fare cosa gradita, unisco la nota predisposta dall'Anci nazionale di cui all'oggetto.

Cordialmente

IL PRESIDENTE
Giorgio Dal Negro



Nota informativa sulla sentenza del Consiglio di Stato n. 77 dell'11 gennaio 2011 sulla non applicabilità del divieto di partecipazione a gare d'appalto relative a servizi strumentali, di cui all'art. 13 del D.L. n. 223/06 s.m.i, alle società miste partecipate da soggetti pubblici e privati.

Premessa

La disciplina dei servizi e delle attività strumentali per gli enti territoriali è regolata dall'articolo 13 del dl 223/2006, convertito con modifiche, in legge 4 agosto 2006 n. 248 che dispone - per le società *in house* e miste partecipate da pubbliche amministrazioni *regionali e locali* fornitrici di tali servizi ed attività - l'esclusività dell'oggetto sociale e dell'attività svolta nei confronti degli enti partecipanti ed il divieto di fornire servizi ad altre amministrazioni pubbliche o a privati né direttamente né con gare.

In merito però alla portata di tali vincoli e divieti - in misura specifica per le società miste affidatarie di servizi pubblici locali e di servizi strumentali - la recente **sentenza del Consiglio di Stato n. 77 del 11 gennaio 2011**, pare ammettere la possibilità, preclusa in primo grado, per tali società miste, di gestire congiuntamente entrambi i servizi.

Tale importante sentenza si orienta verso una interpretazione più flessibile del ricorso allo strumento societario del partenariato pubblico privato per la gestione di più servizi, ancorchè soggetti a differenti discipline.

I vincoli per i servizi strumentali

Nello specifico la disposizione contenuta nell'articolo 13 del dl 223/2006, convertito in legge 248/2006 prevede, al comma 1, che *"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."*

I commi successivi dispongono che le succitate società devono avere oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole e dei divieti descritti in precedenza, dovendo cessare - già entro lo scorso gennaio

- le attività non consentite mediante procedure ad evidenza pubblica ovvero scorporarle anche costituendo una separata società. Il mancato adempimento a tali disposizioni produce l'inefficacia dei contratti a partire dal termine suindicato e la nullità di quelli conclusi dopo la data. Sono salvaguardati invece i contratti conclusi successivamente al gennaio 2010 derivanti da gare precedentemente bandite.

In tale contesto interviene la citata **sentenza del Consiglio di Stato n. 77 del 11 gennaio 2011** che riforma, in senso radicalmente opposto, la sentenza del TAR Lombardia n. 8 del 11 gennaio 2010.

Il tribunale amministrativo, lo scorso anno, si era espresso in favore dell'applicazione dei divieti di cui all'art. 13 D.L. n. 223/2006 ad una società mista operativa sia nel settore dei servizi pubblici locali, sia in quello dei servizi strumentali a favore dell'ente pubblico, vietandone la partecipazione ad una gara per la gestione di questi ultimi fornendo un'interpretazione estensiva sull'esclusività dell'oggetto sociale.

I giudici di secondo grado, riformando tale sentenza del TAR, sostengono invece che il divieto di partecipazione a gare d'appalto per servizi strumentali, previsto dai primi due commi dell'articolo impugnato, non si applica alle "società miste" che, come nel caso di specie, non presentano quale oggetto sociale esclusivo lo svolgimento dei servizi pubblici locali, potendo quindi queste ultime effettuare anche altre attività ivi incluse quelle strumentali. Tali tipologie societarie non sono assoggettate ai vincoli dell'articolo 13 del Dl 223/06 perché presentano differenti caratteristiche giuridiche e un diverso modello "organizzativo" rispetto a quelle strumentali, che non consente eventuali alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato.

Secondo tale orientamento della Consulta quindi, mentre i divieti e gli obblighi imposti dai richiamati commi trovano giustificazione per le società strumentali, per le società miste che svolgono servizi pubblici locali, il vincolo di esclusività dell'oggetto sociale, limitato soltanto allo svolgimento di detti servizi, non trova applicazione e queste ultime possono gestire, anche contestualmente, sia servizi pubblici che servizi strumentali.

Conclusioni

Alla luce di tale orientamento giurisprudenziale, dunque, è legittima la partecipazione di società miste che gestiscono servizi pubblici locali alle gare per il conferimento di servizi strumentali alle attività delle amministrazioni, non trovando applicazione i divieti di cui all'articolo 13 del Bersani.

In via prudenziale però occorre rilevare non solo la natura "mista" del capitale sociale e le modalità di costituzione della società, ma soprattutto il fine specifico per il quale la stessa è stata costituita.

In tal senso se la società mista è stata costituita solo per gestire attività o servizi strumentali per il/i socio/soci, allora trovano applicazione i previsti divieti e l'obbligo di esclusività.

Se invece la costituzione della società mista è avvenuta quale modello organizzativo di gestione dei servizi pubblici locali per la collettività, in questo caso non trovano applicazione né i divieti del comma 9 dell'articolo 23 bis (TAR Calabria n. 561/2010) né i divieti del articolo 13 del dl 223/2006 s.m.i., quindi tali società possono svolgere attività o servizi ulteriori, sia pubblici locali che strumentali, anche partecipando alle gare.