

## Enti locali e società: Il partner privato va scelto sempre con gara

**Autore:** Nico Michele

**In:** Diritto amministrativo

Con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 889, arriva per gli enti pubblici una conferma dell'obbligo di gara, con la novità che esso si estende ora a tutti i casi di partnership, indipendentemente dal tipo di attività che la società mista dovrà svolgere

L'interesse pubblico e l'interesse privato non sono, come ben si sa, due ruscelli che scorrono nella stessa valle.

Non avvertono, cioè l'attrazione verso una spontanea confluenza, ma tendono piuttosto a contrapporsi, in ragione dell'intrinseca, opposta natura che li caratterizza e li contraddistingue.

È utile ricordare che giurisprudenza comunitaria osserva, a questo riguardo, che «il rapporto tra un'autorità pubblica (...) ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente» (decisione della Corte di giustizia europea, Sez. I, 11/1/2005 n. C-26/03, in ordine al caso Stadt Halle).

Ciò non significa, naturalmente, che «questo matrimonio non s'ha da fare né domani, né mai», in ragione dell'assunto che il connubio tra pubblico e privato sia impossibile «per la contraddizione che nol consente».

Si vuol soltanto dire che, al fine di evitare che un'improvvida alleanza tra l'ente pubblico, da un lato, e i soggetti portatori di interessi privati, dall'altro, si trasformi in una sorta di "abbraccio mortale" per la

pubblica amministrazione, ogni programma d'attività che supponga tale forma di partnership dovrebbe essere sempre accompagnato da un'adeguata disamina, condotta con prudenza e circospezione.

Non è da escludersi, in altre parole, che le finalità della collaborazione pubblico-privato possano soddisfare appieno le esigenze della collettività amministrata, e, in definitiva, i principi del pubblico interesse cui deve conformarsi, senza eccezioni di sorta, il governo della cosa pubblica.

Questa conclusione, però, non è per nulla un fatto scontato, e non può essere acriticamente accolta a prescindere da un'accurata analisi tecnica, che metta in luce le motivazioni della scelta effettuata dall'ente pubblico, accertandone la conformità agli scopi dell'utilità sociale e del bene comune.

Con riferimento ad un peculiare versante di questa delicata materia, è risaputo che da lungo corso la giurisprudenza amministrativa si è occupata - in tema di società a capitale misto - della problematica relativa all'obbligo, da parte dell'Ente locale, di intraprendere una procedura concorsuale per la scelta di un socio privato.

Le pronunce dei giudici a questo riguardo si sono avvicinate in particolar modo nella materia dei servizi pubblici locali, dapprima con riferimento ai contenziosi afferenti la costituzione delle società di cui all'art. 12, comma 1, della legge 23 dicembre 1992, n. 498, e all'art. 4 del D.L. 31 gennaio 1995, n. 26, convertito dalla legge 29 marzo 1995, n. 95, con le annesse norme regolamentari di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1996, n. 533, ed in seguito con riferimento all'interpretazione dell'art. 113, comma 5, lettera b), del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, il quale prevede che la gestione del servizio possa aver luogo a mezzo di società a capitale misto pubblico privato, ove il socio privato venga scelto, appunto, attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica.

Un aspetto interessante che, sul punto, è stato scandagliato dalla giurisprudenza amministrativa concerne la relazione che intercorre tra la gara pubblica per la selezione del socio privato, da un lato, e le modalità di affidamento del servizio alla costituita società mista, dall'altro.

In diverse circostanze il Consiglio di Stato, a partire dalla pronuncia della sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, ha sostanzialmente escluso la necessità di una seconda gara per l'affidamento del servizio pubblico, dopo la prima gara esperita per la scelta del socio privato, sostenendo la perfetta compatibilità di questo modus procedendi con i principi della libera concorrenza sanciti dalla giurisprudenza comunitaria.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, con decisione 27 ottobre 2006, n. 589, si è, invece, arroccato sulla sponda opposta, assumendo che la scelta con gara del partner per costituzione della società mista non esimerebbe in alcun caso l'Ente locale dall'obbligo di esperire l'ulteriore successiva gara per affidare il servizio.

Al che, il Consiglio di Stato è nuovamente ritornato sull'argomento (sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456) per confermare - in esito ad un circostanziato excursus - la legittimità della forma di collaborazione pubblico-privato, secondo il modello organizzativo della società mista affidataria diretta del servizio con il socio privato scelto con gara, dacché «se è vero che la società mista, in quanto tale, non è sottoposta al controllo analogo, è dirimente la circostanza che proprio la componente esterna che esclude la ricorrenza dell'in house è selezionata con procedure di evidenza pubblica».

Il semaforo verde a questo modello gestionale è però accompagnato, questa volta, da alcune specifiche cautele ed avvertenze, consistenti innanzitutto nella preliminare necessità che il ricorso alla figura della società mista abbia luogo solo in seguito ad una rigorosa analisi tecnica a cura dell'ente pubblico, da cui emergano le motivate ragioni di pubblico interesse sottostanti la formula adottata, con garanzie tali da escludere ogni possibile dubbio e perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza.

In secondo luogo, ad avviso del supremo giudice amministrativo occorre la contestuale presenza dei seguenti accorgimenti:

a)

che vi sia un'equiparazione tra la gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del

socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso;

b)

che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, beneficiando arbitrariamente di affidamenti di servizi per i quali egli non abbia regolarmente concorso in sede di gara.

Secondo il Consiglio di Stato, la peculiarità dell'opzione in commento rispetto alle ordinarie modalità di affidamento risiederebbe non tanto nell'assenza di una procedura di gara per l'affidamento del servizio, quanto nel tipo di controllo esercitato dall'amministrazione sull'affidatario privato: non più l'usuale controllo esterno dell'amministrazione, secondo i canoni usuali della vigilanza del committente, quanto un più pregnante controllo interno del socio pubblico.

Ora, ferme restando queste considerazioni di fondo, con le quali la giurisprudenza amministrativa sembra essere approdata ad un orientamento in materia finalmente connotato da una relativa stabilità e certezza, si è posto di recente il problema relativo alla sussistenza o no dell'obbligo di gara per la scelta del socio privato, al di fuori dell'ambito normativo espressamente regolamentato.

In altre parole, se nel settore dei servizi pubblici locali l'obbligo di gara è stabilito, come si è detto, dall'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e se ai sensi dell'art. 1, comma 2, del codice dei contratti è previsto, in parallelo, che «nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica», ci si può ragionevolmente domandare:

-

quid iuris nell'ipotesi in cui l'Ente locale operi attraverso una società in settori diversi da quelli espressamente disciplinati per legge?

-

vige anche in questi casi l'obbligo in questione, oppure trova, al contrario, libera espansione il principio generale della (residuale) discrezionalità dell'azione amministrativa, che pur sempre compete all'ente pubblico in virtù dell'art. 1, comma 1 bis, della legge 7 agosto 1991, n. 241, ai sensi del quale «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente»?

Una risposta a questi stringenti interrogativi giunge dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 889, che sotto il profilo testé considerato enuncia alcuni principi di rilevante interesse, suscettibili di orientare gli operatori del settore pubblico nel disimpegno di compiti relativi ad un'area amministrativa piuttosto sensibile, che pare situata in un ambito, per così dire, di penombra del diritto.

Il settore atipico di attività che forma l'oggetto del contenzioso all'esame del supremo giudice amministrativo riguarda lo sfruttamento, ad uso idroelettrico, di una subconcessione di derivazione d'acqua rilasciata dalla Regione Valle d'Aosta ad un piccolo Comune situato nella zona.

Di qui l'interesse economico a sfruttare in forma industriale l'energia idrica, che induce il piccolo, ma intraprendente Comune valdostano a costituire una società a responsabilità limitata con un gruppo di imprese locali, individuato senza gara pubblica, per lo sfruttamento delle risorse idriche e la produzione di energia elettrica attraverso la realizzazione, nonché la gestione di nuovi impianti idroelettrici.

A questo disegno intrapreso e perseguito dall'Ente locale si oppongono alcune imprese, i cui ricorsi vengono accolti in primo grado dal TAR Valle d'Aosta, che annulla gli atti e le delibere assunte per la

costituzione della società mista tra il Comune e il gruppo di imprese, assumendo, quale presupposto della relativa decisione, che l'Ente locale avrebbe dovuto seguire le procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato.

Al che il Comune e la società mista non esitano a proporre ricorso in appello, portando la questione all'esame del Consiglio di Stato, per dirimere una controversia che, dunque, implica la necessità di accertare se un'amministrazione pubblica sia tenuta a seguire le procedure di evidenza pubblica ogniqualvolta debba scegliere un socio privato per la costituzione di una società mista, indipendentemente dal tipo di attività che tale società debba espletare.

È interessante notare, al riguardo, che lo sfruttamento di risorse idriche attraverso la realizzazione e gestione di impianti idroelettrici dà luogo ad un'attività articolata, complessa ed atipica, circostanza questa che sollecita il collegio giudicante a reperire un riferimento normativo di carattere generale, che sia in grado di fungere nel caso di specie quale metro di giudizio per l'operato dell'Ente locale, dacché il raggio d'azione della relativa società mista non appare circoscritto ad un ambito espressamente disciplinato dalla normativa sui servizi pubblici locali e/o dal codice dei contratti.

In esito ad una disamina della questione, il Consiglio di Stato conferma la sentenza del giudice di prime cure e giunge alla conclusione che l'ente pubblico debba in ogni caso selezionare il socio privato di una società mista con gara ad evidenza pubblica, in base all'obbligo in tal senso imposto alla pubblica amministrazione dall'art. 3 del R.D. n. 2440 del 18 novembre 1923(\*).

A corollario del ragionamento svolto, osservano i giudici che, se per ogni contratto della PA da cui derivi un'entrata o una spesa vige l'obbligo di far precedere la scelta del contraente con pubblica gara, non può di certo negarsi che nel novero di tali contratti rientrino anche i contratti di società.

La ratio dell'obbligo risiede, con tutta evidenza, nella necessità di assicurare il rispetto della par condicio tra tutti i potenziali soggetti interessati a contrattare con l'ente pubblico, nonché di consentire a quest'ultimo di contrattare alle condizioni più vantaggiose, mediante l'acquisizione di una pluralità di offerte.

In effetti la disposizione richiamata, benché sia parte di un corpus normativo di antica data, non risulta essere stata abrogata né dall'art. 256 del codice dei contratti, né da altra norma del nostro ordinamento giuridico, per cui, ad avviso del Consiglio di Stato, essa sostanzia una norma di principio «valida per qualsiasi attività dell'amministrazione, che deve in ogni caso agire per il miglior impiego delle risorse a sua disposizione e far sì che, allorquando si presenti mediante l'impiego di tali risorse pubbliche per i privati una possibilità di guadagno, tutti siano messi in grado di beneficiarne a parità di condizioni».

Si può anche aggiungere che la ratio di quest'obbligo avente portata generale è stato ulteriormente ribadito e confermato dall'applicazione dei noti principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione introdotti per effetto del trattato CE negli Stati membri, sebbene con una diversa accentuazione dovuta al fatto che, per la normativa comunitaria, non prevale in alcun modo l'esigenza di tutela della pubblica amministrazione, né della razionalità d'impiego delle pubbliche risorse, bensì la prioritaria necessità di tutela dei principi di libera circolazione e di massima concorrenza nel mercato.

La pronuncia in commento è davvero interessante dacché, richiamando l'attenzione in ordine all'attuale vigenza dell'art. 3 del R.D. n. 2440/1923, ne qualifica la natura giuridica di norma di principio munita di carattere suppletivo, da applicarsi cioè in relazione all'attività della pubblica amministrazione, ogni qual volta questa operi in un ambito non regolato da una specifica disciplina normativa di settore.

## Conclusioni

A commento della sentenza in esame, non è superfluo fare un breve cenno al peculiare contesto del territorio locale che fa da sfondo alla decisione e che permette di coglierne meglio il pregnante significato.

Non si può negare che, in seno ai molteplici programmi di riqualificazione territoriale e piani strategici d'azione che popolano il poliedrico panorama degli enti locali, lo strumento del modello societario è visto con un certo favore e trova un impiego diffuso per promuovere forme innovative di partnership non solo tra l'ente locale ed altri soggetti pubblici, ma anche, non di rado, tra l'ente locale ed importanti soggetti privati, quali banche, fondazioni e società di capitali nelle mani di grandi imprese private.

Né si può nascondere che in questi casi, come si è detto in premessa, la collaborazione pubblico-privato non sempre è sottoposta ad una previa analisi tecnica finalizzata a verificare – sotto il profilo dell’interesse pubblico e alla luce del rapporto costi/benefici – la convenienza della scelta effettuata dagli amministratori pubblici, per conseguire gli ambiziosi obiettivi dichiarati.

Questo ricorrente difetto, pressoché strutturale nel funzionamento delle istituzioni, è spesso dovuto ad una inevitabile asimmetria informativa che in campo economico, finanziario, bancario e societario pone l’ente pubblico in una posizione di oggettiva inferiorità rispetto al partner privato, più propenso a munirsi delle competenze professionali e specialistiche di volta in volta occorrenti allo scopo.

È chiaro che il configurarsi di queste circostanze comporta la potenziale, pericolosa conseguenza di alterare l’equilibrio dell’alleanza tra le parti, sbilanciando il rapporto bilaterale della partnership a svantaggio della pubblica amministrazione, che rischia così l’amara sorte del moscerino-cocchiere di grigio vestito, seduto alla guida di una carrozza della quale non conosce il tragitto.

Nel quadro di queste considerazioni, la pronuncia del Consiglio di Stato sez. V, 4 marzo 2008, n. 889 non può che essere decisamente accolta con favore.

Non è un segnale di secondaria importanza l’affiorare di orientamento giurisprudenziale che impone alla Pubblica Amministrazione di fare ricorso a procedure di evidenza pubblica tutte le volte che essa debba scegliere un socio privato per la costituzione di una società mista, indipendentemente dal tipo di attività che tale società dovrà espletare.

Questo principio d’azione può costituire una remora per una forma di governo eccessivamente disinvolta della cosa pubblica, tendente ad istituire partnership tra l’ente pubblico e i soggetti terzi, senza una ponderata verifica dell’azione intrapresa sotto il profilo dell’utilità sociale.



Certamente, l'obbligo di gara per la scelta del socio non sarà, in questi casi, una miracolosa panacea, ma rappresenterà quanto meno un efficace ausilio per la riflessione dell'Ente locale, al duplice fine di accertare con maggior rigore le possibili forme di cooperazione con i terzi, nonché di considerare con più senso di responsabilità l'investimento delle risorse pubbliche al servizio delle prospettive di sviluppo del nostro territorio.

Michele Nico

(\*) Art.3 del R.D. n. 2440 del 18.11.1923: «I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata.

I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione».

<https://www.diritto.it/enti-locali-e-societa-il-partner-privato-va-scelto-sempre-con-gara/>