

L'art. 23-bis c. 9 non si applica alle società miste pubblico-private costituite ai sensi del c. 2 lett. b.
Nota a Tar Calabria, sez. Reggio Calabria 16 giugno 2010, n. 561.
di Salvatore Di Giovanni e Rosaria Favoino

L'art. 23-bis c. 9 non si applica alle società miste pubblico-private costituite ai sensi del c. 2 lett. b.
Nota a Tar Calabria, sez. Reggio Calabria 16 giugno 2010, n. 561

La recentissima sentenza del TAR di Reggio Calabria costituisce la prima pronuncia giurisprudenziale relativa al dibattuto tema dell'ambito di applicazione dei divieti posti dall'art. 23-bis, comma 9, del D.L. n. 112/2008, convertito con Legge n. 133/2008, come successivamente modificato dal D.L. n. 135/2009, convertito con Legge n. 166/2009, in ordine all'acquisizione, da parte di società che gestiscono servizi pubblici locali, di servizi ulteriori.

In particolare, l'attenzione del Collegio reggino si è soffermata sulla applicabilità delle restrizioni previste dalla citata disposizione anche alle società a capitale misto pubblico - privato costituite ai sensi del comma 2 lett. b) del medesimo art. 23-bis.

Benché, infatti, il testo del suddetto comma 9 si presti ad entrambe le letture, un'interpretazione costituzionalmente orientata e rispettosa dei principi comunitari ispiratori della materia deve condurre, secondo il TAR, ad escludere dal novero dei soggetti destinatari dei divieti ivi previsti le società miste rispettose del modello comunitario del cd. Partenariato Pubblico Privato Istituzionalizzato.

"L'affidamento a società mista costituita con le modalità indicate dal comma 2, lett. b) dell'art. 23-bis si appalesa, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara, sicché risulterebbe irragionevole ed immotivata - anche alla luce dei principi dettati dall'Unione Europea in materia di partenariato pubblico privato (v. Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico - privati istituzionalizzati (PPPI) 2008/C91/02 in G.U.C.E. del 12 aprile 2008 - 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.

Va dunque preferita l'interpretazione della disposizione - pure consentita dalla sua lettera - nel senso che il divieto in parola si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica ("ovvero") anche le società previste dal comma 2, lett. b), dell'art. 23 bis, cit."

Al fine di comprendere meglio l'importanza della pronuncia, sia per le imprese attive nel settore dei servizi pubblici locali che per gli studiosi della materia, si ritiene opportuno ricostruire brevemente il contesto normativo di riferimento.

L'art. 23-bis stabilisce che l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali debba avvenire "in via ordinaria" attraverso i moduli di cui al comma 2 lett. a) e b), mentre soltanto "in deroga", ed esclusivamente in situazioni eccezionali, mediante le forme richiamate dal comma 3 (il cd. in house providing).

In particolare, secondo il comma 2, lett. b), la gestione può essere affidata in via ordinaria - al pari della completa esternalizzazione prevista dalla lett. a) dello stesso comma 2 - "a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento".

Se, dunque, le due forme "ordinarie" di conferimento dei servizi pubblici locali sono:

a) la pubblica gara per la scelta di imprenditori e società in qualunque forma costituite - art. 23-bis, comma 2, lett. a);

b) la procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato di una costituenda società mista pubblico privata - art. 23 bis, comma 2, lett. b);

va da sé, sostiene il TAR Calabria, che l'affidamento a società mista costituita con le modalità indicate dal comma 2, lett. b) dell'art. 23-bis debba essere equiparato, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, all'affidamento a terzi mediante pubblica gara.

Il modulo delle società miste ex comma 2, lett. b) ricalca, infatti, secondo la sentenza in commento, quello del cd. Partenariato Pubblico Privato Istituzionalizzato, di cui alla Comunicazione interpretativa della Commissione Europea pubblicata sulla G.U.C.E. del 12 aprile 2008.

Proprio la citata Comunicazione, tra l'altro, chiarisce in modo inequivocabile che "in diritto comunitario, l'entità a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare a gare d'appalto pubbliche (...)".

La Commissione Europea, pertanto, con la suddetta Comunicazione - nel descrivere i caratteri fondamentali del PPPI - ritiene necessario chiarire che le società costituite in tale forma sono, al pari di qualsiasi competitor economico, libere di partecipare a gare per l'acquisizione di servizi ulteriori. Ciò in quanto il suddetto modello organizzativo, pienamente rispettoso - si ripete - dei principi del Trattato in materia di concorrenza, non deve essere soggetto alle limitazioni derivanti dall'esigenza di tutelare il mercato concorrenziale, a cui vanno sottoposti i soggetti potenzialmente in grado di inquinare l'effettivo confronto competitivo tra i diversi operatori.

A seguito del confronto tra le norme nazionali ed il vigente orientamento comunitario il TAR ha, dunque, chiarito il significato del comma 9 dell'art. 23-bis ed individuato i soggetti destinatari dei divieti posti dalla norma stessa.

La citata disposizione, come risultante dalle modifiche apportate dal D.L. n. 135/2009, convertito in Legge n. 166/2009, stabilisce che "le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, 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. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti".

La quaestio iuris affrontata dalla pronuncia in commento è stata, dunque, la legittimazione, in capo alle società miste pubblico - private costituite ai sensi del comma 2, lett. b) del citato art. 23-bis, a partecipare alle gare pubbliche per l'acquisizione di servizi pubblici ulteriori a quelli già gestiti. Più specificamente, l'analisi del TAR ha riguardato il significato da attribuire alla locuzione "ovvero" inserita nel primo periodo del comma 9, dalla quale, in sostanza, dipende l'estensione o meno dei divieti previsti dalla norma anche alle società a capitale misto pubblico - privato costituite ai sensi dell'art. 23-bis, comma 2 lett. b).

Da un primo approccio alla lettera della norma, effettivamente, sembra doversi ritenere che il divieto "di acquisire la gestione di servizi ulteriori" da parte di società che "gestiscono servizi pubblici locali" colpisca quelle società che hanno acquisito i servizi in virtù:

- 1) di affidamenti diretti;
- 2) di procedure non ad evidenza pubblica;
- 3) di procedure ai sensi del comma 2, lett. b).

Tuttavia, tale opzione interpretativa porterebbe a mettere sullo stesso piano le procedure di cui ai punti 1), 2) e 3), in palese contrasto con quanto stabilito dal medesimo comma 2 dell'art. 23-bis: come dire che gli affidamenti diretti, le procedure non ad evidenza pubblica e le procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato di cui al comma 2, lett. b), hanno lo stesso disvalore ed i medesimi effetti distorsivi sulla concorrenza e sul mercato.

Al contrario, una lettura più attenta e costituzionalmente orientata della norma, in ossequio ai principi comunitari dettati con riferimento al modello di PPP istituzionalizzato, nonché un'indagine sulla ratio dell'art. 23-bis conducono ad una diversa interpretazione, più corretta e coerente con l'intero sistema normativo, sia nazionale che comunitario.

E infatti, un'analisi di più ampio respiro induce, in primo luogo, a ritenere che all'interno della medesima disposizione, la procedura di cui al comma 2, lett. b) non può essere considerata, al contempo, forma "ordinaria" di conferimento del servizio - rispondente, al pari della pubblica gara, ai principi di libera concorrenza comunitari - e forma "lesiva" dello stesso principio, al punto da non consentire alle società miste, rispettose di tale procedura, la partecipazione a gare per il conferimento di servizi ulteriori. La ratio della norma, cioè, deve rispondere, in tutte le sue parti, ai medesimi principi informativi. Necessaria conseguenza di tale assunto è costituita dall'equiparazione tra le due forme "ordinarie" di affidamento previste dal comma 2 dell'art. 23-bis, sotto il profilo del rispetto del principio di libera concorrenza nel mercato dei servizi pubblici.

Ebbene, proprio questo è stato l'iter del ragionamento logico-giuridico seguito dal TAR Reggio Calabria nella sentenza in commento: il risultato, lineare e coerente con il sistema, è stato che il divieto di cui al comma 9 deve riferirsi esclusivamente alle società (e loro controllate e collegate) che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o in virtù di una procedura che non abbia rivestito le forme dell'evidenza pubblica e nemmeno quelle di cui al comma 2, lett. b).

La congiunzione "ovvero" indica, pertanto, una volontà diametralmente opposta a quella che sembrerebbe denotare: le società miste ex comma 2, lett. b) non rientrano nel novero dei soggetti destinatari del divieto, ma ne sono espressamente escluse, in quanto tali preclusioni vanno applicate, tra gli altri, alle "società ... che gestiscono ... servizi pubblici locali in virtù di una procedura non ... ai sensi del comma 2, lett. b)".

Diversamente opinando, infatti, si giungerebbe a conclusioni incompatibili con la ratio che sostiene l'intera riforma dei servizi pubblici e palesemente in contrasto con i principi fondanti la materia.

Ciò appare confermato anche dal comma 8 dell'art. 23-bis che, con riferimento al periodo transitorio, prevede che solo gli affidamenti effettuati con gara ovvero in conformità al comma 2 lett. b) proseguono regolarmente fino alla naturale scadenza del contratto di servizio, mentre gli affidamenti in house o a società miste che non risultano costituite con le procedure di cui al comma 2 lett. b) cessano improrogabilmente alla data del 31 dicembre 2011; addirittura gli affidamenti diretti e/o quelli diversi dall'in house providing cessano anticipatamente ed improrogabilmente alla data del 31 dicembre 2010.

A conclusione di tale ragionamento, pertanto, il TAR Calabria stabilisce che il divieto di cui al comma 9 dell'art. 23-bis non si applica alle società previste dal comma 2 lett. b) del medesimo articolo.

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)