

## **Quale confine per le società miste**

### **Le società miste di sperimentazione gestionale alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 3.3.08 n. 1**

di gianrocco catalano

#### **1. La fattispecie**

L'A.S.L. 19 di Asti, con bando spedito per le pubblicazioni nel maggio del 2006, aveva indetto una gara avente a oggetto "individuazione partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona" per la durata di cinque anni.

Successivamente, nell'ottobre 2006, la medesima A.S.L. comunicava alla società gestrice del servizio di aver intenzione di procedere all'affidamento diretto del servizio ad una società mista di cui la medesima A.S.L. aveva acquisito, da uno degli azionisti pubblici, una quota pari al 18% del capitale.

Quest'ultima società era stata costituita nel 2004, con la partecipazione di numerosi soggetti sia pubblici che privati, ai sensi dell'art. 9 bis del d. lgs. 502/92, per l'attuazione di un progetto di sperimentazione gestionale in campo socio sanitario .

Il provvedimento di revoca della gara e di affidamento del servizio è stato impugnato dal ricorrente, nella sua duplice qualità di gestore del servizio di assistenza domiciliare e di soggetto imprenditoriale operante nel settore, interessato ad aspirare all'affidamento del nuovo servizio tramite l'espletamento della citata gara pubblica.

A seguito dell'accoglimento del primo giudice del ricorso della società gestrice, l'A.S.L. di Asti ha proposto appello avverso la sentenza dei giudici di prime cure.

La sezione quinta del Consiglio, con decisione 23 ottobre 2007, n. 5587, ha rimesso la causa all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha emesso la sentenza oggetto del presente commento.

#### **2. La norma sulle società miste di sperimentazione gestionale in campo sanitario non implica un divieto assoluto di esternalizzazione del servizio.**

La sezione quinta del Consiglio di Stato, con la decisione n. 5587/2007 di rimessione all'adunanza plenaria, ha preliminarmente respinto il primo motivo di appello, ritenendo infondata l'eccezione proposta dall'A.S.L. appellante di inammissibilità del ricorso di primo grado - secondo cui la ricorrente non avrebbe avuto alcun interesse

all'impugnazione dell'affidamento diretto alla società mista -, in quanto l'art. 9-bis del d.lgs. n. 502/1992 non prevede affatto, come prospettato dalla ASL un divieto assoluto di esternalizzazione dell'attività di cura alla persona e non impedisce, pertanto, l'affidamento a terzi, con pubblica gara, dei relativi servizi.

Conseguentemente, la sezione quinta ha deferito all'esame dell'adunanza plenaria diverse questioni finalizzate, in particolare, a chiarire se il parere della sezione seconda dello stesso Consiglio di Stato n. 456/2007, in materia di società miste, sia condivisibile nella parte in cui afferma l'equivalenza tra il contratto di società e l'appalto.

Con riguardo alla natura ed alla struttura della società di sperimentazione analizzata nella fattispecie, occorre infatti precisare che la stessa è stata costituita nell'ottobre 2004, con durata stabilita sino al 31 dicembre 2024, tra alcune Aziende Sanitarie pubbliche aventi la maggioranza del capitale ed altre sette società private in posizione minoritaria in possesso complessivamente del 30% circa delle azioni.

I soggetti privati sono stati scelti attraverso un procedimento a evidenza pubblica.

L'A.S.L. 19 di Asti, ad oltre due anni dalla data di costituzione, ha quindi deliberato l'acquisto di una quota pari al 18% del capitale sociale anche se né l'originario statuto della società, né gli atti della gara preordinata alla scelta del socio privato hanno indicato la concreta possibilità di estensione dell'attività nell'ambito dell'A.S.L. di Asti.

L'art. 7 dello statuto prevede, al riguardo, che la proprietà delle azioni, i diritti di usufrutto sulle stesse, nonché i relativi diritti di opzione sono liberamente trasferibili tra soggetti pubblici; mentre, negli altri casi, l'alienazione è subordinata alla preventiva autorizzazione del consiglio di amministrazione, entro il termine di trenta giorni, scaduto il quale l'autorizzazione si considera concessa.

Mancano conseguentemente specifiche clausole statutarie o regole di funzionamento tipiche della società che garantiscano una qualche forma di intenso e dominante controllo dell'amministrazione sulla struttura societaria.

La società mista in oggetto ha un oggetto sociale variegato che comprende, ai sensi dell'art. 4 dello statuto: a) la prestazione di servizi alberghieri e amministrativi; b) l'attività di gestione e manutenzione di beni, sia mobili che immobili; c) la prestazione di servizi ospedalieri e territoriali [attività di laboratorio analisi, di radiologia e neuroradiologia, attività anestesologica (di supporto a chirurgia ambulatoriale, day surgery e chirurgia a bassa complessità), dialisi per cronici, riabilitazione].

### **3. Anche per le prestazioni socio-sanitarie è necessario effettuare una gara**

Venendo al merito del giudizio dell'Adunanza plenaria, essa ha sostanzialmente condiviso le considerazioni svolte dalla sezione quinta del Consiglio di Stato con la decisione n. 5527/2007.

Relativamente alla fattispecie in esame - e cioè con riferimento specifico alle società miste di sperimentazione gestionale -, essa ha tenuto a precisare che l'attività in oggetto riguarda l'esecuzione di prestazioni sociosanitarie, intese come attività atte a soddisfare bisogni di salute della persona, ossia di cura e assistenza delle persone iscritte al Servizio sanitario nazionale (art. 3-septies, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 502/1992 e art. 1 della l.r. del Piemonte 8 gennaio 2004, n. 1).

Tali prestazioni non sono riconducibili, immediatamente, alla disciplina comunitaria e nazionale specificamente riferita ai contratti pubblici di servizi, ma vanno riportate alla previsione dell'allegato II B (che elenca i "servizi sanitari e sociali") dell'art. 20 del d.lgs. n. 163/2006. Secondo l'art. 20 cit, l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dagli artt. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

Tuttavia, secondo l'art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità" e "l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto."

Resta ferma, quindi, la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario.

#### **4. Sia che l'attività socio-assistenziale sia considerata servizio pubblico ovvero appalto di servizi la gara è sempre necessaria**

L'adunanza plenaria ha, inoltre, evidenziato che la diretta erogazione delle prestazioni da parte del gestore del servizio in favore della collettività, ossia degli utenti del Servizio sanitario nazionale, potrebbe indurre anche a configurare l'attività espletata come un servizio pubblico, anziché un appalto di servizi. Tale rilievo, tuttavia, non modifica il problema di fondo. Trattandosi di attività di rilevanza economica oggetto di contratto da stipulare con una pubblica amministrazione, devono sempre applicarsi le regole della

Comunità europea sulla concorrenza e, in particolare, gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza.

Anche nell'ambito dei servizi pubblici, infatti, deve essere assicurata l'apertura alla concorrenza (C. giust. CE: 13 settembre 2007, C-260/04; sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03). Ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, di modo che, se lo avesse desiderato, sarebbe stato in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo (C. giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04). Inoltre, trasparenza e pubblicità devono essere date alla notizia dell'indizione della procedura di affidamento; imparzialità o non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa.

In ogni caso, nella specie, trattandosi di attività inerente il Servizio sanitario nazionale affidata da una A.S.L., non si applicano le disposizioni relative ai servizi pubblici locali, riferite, nel loro ambito soggettivo, alle sole amministrazioni di cui al d.lgs. n. 267/2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e, in particolare, le prescrizioni di cui all'art. 113 ("servizi pubblici locali di rilevanza economica").

#### **5. La società mista non è "in house"**

Ancora, l'adunanza ha precisato che nella fattispecie non ci si trova di fronte ad una società in house. L'espressione *in house providing* compare per la prima volta nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, specifica il concetto degli appalti in house come "quelli aggiudicati all'interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata".

La situazione di *in house* legittima l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal).

L'affidamento diretto di un servizio pubblico, pertanto, viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione", o una *longa manus*, dell'ente stesso. Da qui, l'espressione *in house* che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni.

In sostanza, si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica, mentre la disciplina comunitaria dei pubblici appalti va applicata se l'ente affidatario sia distinto dall'amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo sul piano sostanziale.

Trattandosi di deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), siffatto istituto è stato ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale.

I requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno infatti interpretati restrittivamente (C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

In particolare, la sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria.

Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. Nello specifico:

- a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072);
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);
- c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen);
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

L'adunanza plenaria ha ritenuto, pertanto - come rilevato inizialmente anche dalla sezione quinta dello stesso Consiglio di Stato con la decisione n. 5527/2007 -, che nella specie non vi siano i presupposti per configurare un'ipotesi di *in house providing*. Ciò in quanto deve escludersi, in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing*.

La società oggetto della sentenza in commento, in particolare, pur essendo una società disciplinata da una normativa specifica (art. 9-bis, d. lgs. 502/92) è una società mista a capitale pubblico di maggioranza e con un 30% circa di capitale appartenente a privati.

#### **6. La società mista è una forma di partenariato pubblico privato istituzionalizzato**

Secondo l'adunanza plenaria, la fattispecie in oggetto va conseguentemente riportata nell'ambito dell'affidamento dei servizi a società (non interamente possedute dall'ente pubblico, ma) a capitale misto pubblico/privato.

Il fenomeno delle società miste rientra nel concetto di partenariato pubblico privato (PPP), la cui codificazione risale al "libro verde" della Commissione CE relativo al PPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. Nel "libro verde", presentato il 30 aprile 2004, la Commissione ha affermato che il termine PPP si riferisce in generale a "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio".

La Commissione, nel citato "libro verde", ha ritenuto di potere individuare due tipi di partenariato pubblico-privato; e precisamente il tipo "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato".

Il PPP di tipo "puramente contrattuale" è quello "basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti più o meno ampi - tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio - vengono affidati al partner privato".

I modelli di partenariato di tipo puramente contrattuale più conosciuti sono l'appalto e la concessione.

Oltre ai partenariati di tipo contrattuale, la Commissione europea (si veda il citato "libro verde"), ha teorizzato i partenariati pubblico privato di tipo istituzionalizzato: quelli cioè che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un'entità distinta e che comportano, quindi, la creazione di un'entità detenuta

congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, la quale ha la "missione" di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.

Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista.

La *ratio* dell'istituto va rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità. L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del *know-how* pubblico, oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

La Commissione europea tende ad assimilare il partenariato pubblico-privato di tipo "istituzionalizzato" a quello di tipo "puramente contrattuale" e, perciò, a considerare applicabile anche al primo tipo di partenariato il "diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni". Ciò ha delle ovvie ricadute sulle modalità di scelta del partner privato, essendo chiaro che anche in tal caso, pur in assenza di norme specifiche, devono applicarsi, come avviene per l'affidamento a terzi di servizi mediante concessioni, le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento, nonché i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento.

Al riguardo il d.lgs. n. 163/2006 si limita, all'art. 1, comma 2, a prescrivere 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". La norma ha così inteso solo codificare il principio secondo cui, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire "con procedure di evidenza pubblica" (Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

## **8. Il solo fatto che il socio privato sia scelto tramite procedura di evidenza pubblica non legittima l'affidamento diretto del servizio**

Una volta definito il modello di società mista, il collegio ha rilevato come la questione della possibilità di affidare direttamente il servizio a società partecipate dall'ente

pubblico - allorquando le esigenze di tutela della concorrenza siano state rispettate a monte, col previo esperimento della pubblica gara indetta per l'individuazione del partner privato - trovi in giurisprudenza soluzioni non univoche.

Ad atteggiamenti di totale chiusura nei confronti della possibilità di affidare direttamente a società miste la gestione dei servizi che postulerebbero, invece, l'esperimento di una specifica gara (diversa e successiva rispetto a quella necessaria all'individuazione del socio privato di minoranza – soluzione, questa, fatta propria dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la citata decisione n. 589/2006), fa da contraltare la tesi sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo cui la società mista a prevalente partecipazione pubblica può essere sempre affidataria diretta dei servizi, alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive.

Una posizione intermedia tra i due riferiti orientamenti è stata espressa dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, che si incentra sulla ritenuta ampia fungibilità tra lo schema funzionale della società mista e quello dell'appalto.

In altri termini, secondo la sezione consultiva, la gestione del servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto, o con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo apposita società a capitale misto.

Nel caso del "socio di lavoro", "socio industriale" o "socio operativo" (come contrapposti al "socio finanziario"), si è affermato che l'attività che si ritiene "affidata" (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia a oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio.

In particolare, con il citato parere n. 456/2007, si è affermato che:

- a) non è divisibile la posizione "estrema" secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato sia scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto;
- b) tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste "aperte", nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società "generalista", alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico;



c) è ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un "affidamento diretto", ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società;

d) il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano – oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 – garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza;

e) laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie:

1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra 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", il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo;

2) 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, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

#### **9. Il parere del Consiglio di Stato n. 456/2007.**

Ricostruite tali posizioni, l'adunanza plenaria ha quindi stabilito che non può invocarsi quanto statuito dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la citata decisione n. 589/2006, secondo cui la stretta osservanza del diritto comunitario in materia di società miste comporta un'interpretazione restrittiva - se non addirittura disapplicativa - dell'art. 113, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 267/2000, nel senso che la costituzione di una tale società, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio. Piuttosto, si deve propendere per l'ipotesi ricostruttiva già ipotizzata dalla sezione quinta e dalla sezione seconda con il citato parere n. 456/2007.

D'altro canto, a livello comunitario il coinvolgimento nella gestione dei servizi di soggetti privati viene visto con favore, potendo essi apportare alla pubblica amministrazione *know how* e una gestione più manageriale. Tale considerazione non esclude tuttavia che il ricorso allo strumento della società mista si possa prestare ad abusi, avendo spesso costituito un espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva.

In questa chiave di lettura, il modello elaborato dal parere del Consiglio rappresenta certamente una delle possibili soluzioni alle problematiche connesse alla costituzione delle società miste e all'affidamento del servizio alle stesse, nel rispetto del principio di concorrenza, nonché nel tentativo di temperare le esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato con quelle di tutela della concorrenza.

Nel merito, il modello presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorché si costituisce la società. La tendenza a considerare le direttive comunitarie in materia di appalti come dirette attuazioni dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che le norme delle stesse siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate.

Di qui l'immediata operatività dei principi, sopra esposti con riferimento alla concessione di servizi, anche agli appalti sottosoglia (si veda la circolare del dipartimento per le politiche comunitarie in data 30 giugno 2002, ove si richiama l'ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00 e la sentenza 7 dicembre 2000, C-324, Teleustria c. Post & Telekom Austria, rese dalla Corte di giustizia) e ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, nonché, infine, alle stesse concessioni di beni pubblici di rilevanza economica.

Il Consiglio di Stato (sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934) ha già richiamato e condiviso gli orientamenti della Corte di giustizia, puntualizzando che norme comunitarie vincolanti ben possono imporsi oltre il ristretto ambito applicativo delle direttive sugli appalti. Si è richiamata, al riguardo, la posizione della Commissione U.E., secondo la quale, anche nei casi in cui non trova applicazione la direttiva sugli appalti di servizi (in particolare, nell'ipotesi delle concessioni di pubblici servizi), la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi

generali del diritto comunitario; tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza.

Siffatte affermazioni, anche se rese con riferimento alla concessione di servizi pubblici - che è figura diversa dall'appalto di servizi -, hanno una portata generale e possono adattarsi a ogni fattispecie estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934).

Il principio di concorrenza è uno dei principi cardini del Trattato, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche. Esso garantisce la completa parità di accesso di tutte le imprese europee al monte dei contratti pubblici. La conseguenza rilevante è che le imprese europee (e anche quelle dello stesso Paese del cui ordinamento giuridico si giudica) devono essere poste sullo stesso piano, concedendo loro le medesime opportunità; sia sotto il profilo dell'accesso ai contratti pubblici (e quindi attraverso il sistema ordinario dell'evidenza pubblica), sia impedendo che particolari situazioni economiche pongano alcune di esse in una condizione di privilegio o comunque di favore economico.

Da ciò consegue che il sistema dell'affidamento diretto, in primo luogo, costituisce eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare; e, in secondo luogo, deve rispondere a ben precisi presupposti (ritenuti insussistenti nella controversia a cui si riferisce la sentenza in commento), in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la par condicio e quindi a violare il Trattato (e le direttive).

Recentemente, siffatti principi sono stati ribaditi anche dalla Corte costituzionale, con la sentenza 22 novembre 2007, n. 401.

Nell'ambito dei contratti pubblici, ad avviso della Consulta, viene soprattutto in rilievo l'aspetto della tutela della concorrenza, che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore, in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Le procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente devono essere idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. La Corte ha quindi evidenziato che la nozione comunitaria di concorrenza, che si riflette su quella di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), della cost., è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati.

Sul piano interno, l'osservanza di siffatti principi costituisce anche attuazione delle stesse regole costituzionali di buon andamento e imparzialità, le quali, ai sensi dell'art. 97 della cost., devono guidare tutta l'azione dell'amministrazione. Anzi, è proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria - sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente - nel perseguimento della tutela della concorrenza, ad avere determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione. Pervenendosi all'obiettivo primario costituito dalla tutela degli interessi degli operatori, ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato. Il che realizza pur sempre medesime finalità.

Con riguardo allo specifico dettato normativo, costituito dall'art. 9-bis, comma 1, del d.lgs. n. 502/1992 - secondo cui "Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, autorizzano programmi di sperimentazione aventi a oggetto nuovi modelli gestionali che prevedano forme di collaborazione tra strutture del Servizio sanitario nazionale e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato" -, esso consente solo la costituzione di società miste: possibilità che, altrimenti, sarebbe vietata (ai sensi del comma 4 del citato art. 9-bis, "Al di fuori dei programmi di sperimentazione di cui al presente articolo, è fatto divieto alle aziende del Servizio sanitario nazionale di costituire società di capitali aventi per oggetto sociale lo svolgimento di compiti diretti di tutela della salute").

La normativa richiamata, tuttavia, non permette certo l'affidamento diretto del servizio alla società stessa. Diversamente opinando, si tratterebbe di norma da disapplicare siccome contraria ai principi del Trattato.

E' sufficiente, al riguardo, rilevare che l'oggetto sociale esclusivo non va inteso come divieto delle società così dette *multiutilities*, ma rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro (Cons. Stato, sez. III, 25 settembre 2007, n. 322 e sez. II, 18 aprile 2007, n. 456).

**10. Contestualmente alla scelta con gara del socio gestore il servizio, occorre definire quanto meno le caratteristiche principali della gestione stessa (ossia condizioni, modalità e durata).**

Il modello costruito con il citato parere n. 456/2007, invece, non è rinvenibile nella specie, in quanto non si è verificata la principale delle condizioni richieste: e cioè che al

momento della scelta del socio mediante procedure a evidenza pubblica fosse stata definita e precisata, contrariamente a quanto accaduto, anche la gestione del servizio.

Il che vuol dire che si sarebbe dovuto stabilire, contestualmente alla scelta (previa gara) del socio il quale avrebbe dovuto gestire il servizio, quanto meno le caratteristiche della gestione stessa (ossia condizioni, modalità e durata).

Nella fattispecie in analisi, pertanto, non si è verificato quel presupposto costituito dall'effettuazione di una gara che con la scelta del socio abbia provveduto a definire anche l'affidamento del servizio operativo.

In particolare, la controversia per cui è causa non è in alcun modo assimilabile all'ipotesi sulla quale è stato reso il citato parere n. 456/2007, anche perché:

- a) i soci sono stati scelti alcuni anni prima l'affidamento (dall'A.S.L. 19 di Asti) del servizio alla società mista;
- b) né l'originario statuto della società mista né gli atti della gara preordinata alla scelta dei soci privati hanno previsto la possibilità di estensione dell'attività della società stessa nell'ambito dell'A.S.L. 19;
- c) la scelta dei soci è stata effettuata da amministrazione diversa da quella (A.S.L. 19) che ha dopo affidato il servizio alla società mista, avendo acquisito una percentuale del capitale della società solo alcuni anni successivi alla costituzione di quest'ultima;
- d) la società mista non è stata appositamente costituita solo per quella specifica attività in seguito oggetto di affidamento;
- e) nella società mista non vi è il socio operativo che concorre materialmente allo svolgimento del servizio ma tre tipi di soci: finanziari, del settore sanitario e del settore non sanitario;
- f) nella gestione del servizio, di tipo sanitario, affidato alla società mista sono coinvolti indifferentemente tutti i soci, e quindi anche quelli non del settore sanitario e quelli finanziari;
- g) l'oggetto sociale della società mista è variegato e di ampie dimensioni (si veda l'art. 4 dello statuto e quanto osservato al paragrafo 6 della presente decisione e sottolineato anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007).

## **Conclusioni**

Se non v'è dubbio che la costituzione ed il funzionamento delle società miste debbano di regola garantire il rispetto dei requisiti individuati o specificati dalla giurisprudenza, quando tali società sono costituite in attuazione dell'art. 9-bis del d.lgs. n. 502 del 1992

sulle sperimentazioni gestionali in ambito sanitario è necessario riflettere su alcuni punti problematici.

Quando, infatti, l'ente pubblico opta per un modello di partenariato istituzionalizzato, anziché per un semplice contratto d'appalto, le motivazioni di tale scelta possono coincidere innanzitutto con l'esigenza di esplicitare un controllo sul servizio che non sia regolato unicamente da un semplice rapporto convenzionale. Inoltre, tali motivazioni possono coincidere con l'opportunità di assicurare stabilmente le qualità del socio partecipe della gestione alle attività sociali.

Accanto a tali ragioni istitutive, tuttavia, è possibile ipotizzare anche che la costituzione della società mista sia giustificata in virtù della flessibilità che lo strumento sociale offre ai fini del raggiungimento di un determinato scopo, soprattutto se tale scopo presenta caratteristiche di sperimentabilità.

Non è, infatti, irragionevole ritenere che tali società presentino l'esigenza di definire uno scopo fungibile nel tempo, in funzione della propria intrinseca natura di ente sperimentale; in altri termini, è agevole pensare che l'attività prestata dalle società risulti passibile di progressive ridefinizioni man mano che la sperimentazione procede.

In tali circostanze, appare difficile stabilire a priori quando il cambiamento dell'attività in corso di gestione rispetto a quella originariamente stabilita determini la necessità di dismettere di fatto la società, obbligando semmai l'ente pubblico titolare della funzione ad espletare una nuova gara.

D'altro canto, la stessa sentenza in commento ha stabilito che si sarebbe dovuto determinare, contestualmente alla scelta (previa gara) del socio il quale avrebbe dovuto gestire il servizio, quanto meno le caratteristiche della gestione stessa (ossia condizioni, modalità e durata).

Il problema – al riguardo – sarà definire a priori il livello di specificità che dovrà contraddistinguere tali caratteristiche. A tal proposito, lo stesso Consiglio di Stato, con la sentenza del 18.9.07 n. 4862, ha ritenuto che una società sorta per la gestione dei rifiuti urbani in virtù della propria previsione statutaria potesse essere affidataria anche dell'attività di distribuzione del gas metano, in quanto compresa nel suo oggetto sociale,.

Lo statuto della società, infatti, enumerando, fra le attività contemplate nell'oggetto sociale, la previsione dello svolgimento "di eventuali pubblici servizi di natura diversa rispetto a quelli sopra indicati" – che riguardavano rifiuti, acque, piani di sviluppo economico sociale e civile, difesa dall'inquinamento – "che enti locali e/o pubblici,

anche non aderenti alla società dovessero istituire ed affidare per la realizzazione e la gestione”, consentiva di accogliere i più diversi servizi pubblici, tra cui, eventualmente, anche quello della distribuzione del gas metano.

*“L’art. 22 della legge n. 142 del 1990 (come il successivo art. 114 bis del D.Lgs n. 267 del 2000) non impone affatto che la società destinataria dell’affidamento diretto, costituita ad hoc o solo partecipata, debba necessariamente essere sorta per gestire un solo determinato servizio.”*

Secondariamente, occorre considerare che nei progetti di sperimentazione gestionale è la stessa modalità organizzativa a determinare l’oggetto della sperimentazione: la *ratio* dell’art. 9 bis cit. è infatti quella di legittimare l’introduzione di modelli gestionali sperimentali nel settore sanitario, che in quanto tali consentano di sviluppare e migliorare la gestione dei servizi medesimi. Per tali ragioni, è legittimo ritenere che lo stesso modello di società mista potrebbe integrare, di per sé, l’oggetto della sperimentazione.