

I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica

Enrico Trenti

Sommario

1. Premessa: l'evoluzione legislativa – 2. I limiti alla capacità di azione delle società cd. strumentali rispetto all'attività degli enti che le partecipano – 3. I limiti alla capacità di azione delle società titolari di affidamenti "diretti" nel campo dei servizi pubblici locali – 4. I limiti alla capacità di azione delle società cd. multiutilities.

1. Premessa: l'evoluzione legislativa

La produzione legislativa finalizzata all'individuazione di precisi limiti alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica, che tradizionalmente interessava le sole imprese titolari della gestione di servizi di interesse generale in virtù di disposizioni legislative e quelle operanti in regime di monopolio legale¹, nonché i soggetti titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali di rilevanza economica e le società, a vario titolo, collegate a questi ultimi², è stata oggetto,

(1) L'art. 8, comma 2-*bis*, della legge 287/1990, recante "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", dispone che tali soggetti operino in altri mercati esclusivamente per il tramite di società separate. Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, è, altresì, previsto che, qualora i soggetti in parola rendano disponibili a società da essi partecipate o controllate, operanti in mercati diversi, beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte (in virtù di disposizioni di legge ovvero in regime di monopolio), essi sono tenuti a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti (art. 8, comma 2-*quater*). Le disposizioni in esame, oltre che pienamente vigenti, sono ancora perfettamente attuali, considerato che esse sono, peraltro, espressamente richiamate dall'art. 4, comma 7, del d.l. 138/2011, di cui si dirà nel prosieguo.

(2) Ci si riferisce all'(ormai abrogato) art. 113, comma 6, TUEL, di cui ci si occuperà nel prosieguo.

negli ultimi anni, di una repentina accelerazione che ha preso avvio con l'art. 13 del d.l. 223/2006, cd. decreto "Bersani", poi modificato a più riprese, ed è culminata nell'approvazione dell'art. 23-bis, comma 9, del d.l. 112/2008 (successivamente trasposto nell'art. 4, comma 33, del d.l. 138/2011).

Cosicché, a seguito dei recenti interventi, il tema dei limiti posti dalla legge all'operatività delle società a partecipazione pubblica ha assunto importanza focale nell'ambito della disciplina giuridica delle società pubbliche. E ciò, in considerazione della portata preclusiva "trasversale" (e, quindi, fortemente penalizzante) delle disposizioni in esame rispetto all'intero spettro di attività dei soggetti societari a partecipazione pubblica (servizi pubblici locali, servizi ed attività "strumentali", attività di impresa)³, ed, inoltre, della valenza strategica dell'analisi del sistema di limiti e divieti in relazione all'assetto dei gruppi societari composti da soggetti a partecipazione pubblica.

2. I limiti alla capacità di azione delle società cd. strumentali rispetto all'attività degli enti che le partecipano

La *ratio* degli interventi legislativi che hanno interessato il tema *de quo* è stata autorevolmente ed efficacemente sintetizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza 326/2008 (rel. Cassese)⁴. Il giudice delle leggi, nel respingere le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto "Bersani", ha osservato come detta disposizione definisca il relativo ambito di applicazione in relazione all'oggetto sociale delle società a partecipazione pubblica e risulti fondata sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa di enti pubblici. Secondo la Consulta, l'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgi-

(3) Per una compiuta definizione dei tratti caratterizzanti le società a partecipazione pubblica operanti nei diversi settori di attività sopra indicati, si rinvia a C. VITALE, *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale: condizioni legislative legittimanti e pluralità di regimi giuridici*, in questo stesso quaderno.

(4) In proposito, si vedano G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 235 e M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un rioridino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 10, p. 1115.

mento sono differenti: nel primo caso, vi è attività amministrativa di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione; mentre, nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza. La Corte ha concluso nel senso di ritenere che le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto "quasi-amministrazione"⁵. In tal modo, non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza⁶.

Prendendo le mosse proprio dall'analisi del cit. art. 13 del decreto "Bersani"⁷, recante norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza, occorre innanzitutto ricordare che detta disposizione definisce il relativo campo di applicazione in senso soggettivo, riguardando le società costituite o partecipate da enti regionali o locali (ivi comprese le Camere di commercio⁸) per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività

(5) Per una compiuta definizione dei cd. "vantaggi competitivi" detenuti dalle società a partecipazione pubblica, si veda: TAR Sicilia, Catania, sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161, in *Foro amm. Tar*, 2009, 6, p. 1916.

(6) Corte cost., 1° agosto 2008, n. 326; in termini sostanzialmente analoghi rispetto alle finalità pro-concorrenziali del cit. art. 13, si veda anche il parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici 213/2008, reperibile sul sito internet dell'Autorità.

(7) Per un approfondimento dei contenuti della disposizione in parola, si suggeriscono: D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, CEDAM, 2008; M. DUGATO e M. CAMMELLI, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in Id. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 347 ss.; G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in www.giustamm.it.

(8) In senso conforme, si segnalano: Cons. St., sez. III, 25 settembre 2007, n. 322, in *Foro it.*, 2008, 2, p. 69 e TAR Toscana, Firenze, sez. I, 13 marzo 2009, n. 417, in *Guida al diritto*, 2009, 48, p. 93.

di tali enti nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. Sono espressamente escluse dall'ambito applicativo della norma le società (a partecipazione pubblica) che gestiscono servizi pubblici locali e le centrali di committenza regionali.

La portata applicativa della disposizione *de quo* è stata oggetto di rilevanti dubbi interpretativi concernenti, innanzitutto, l'individuazione degli elementi caratterizzanti il rapporto (biunivoco) di strumentalità, che deve costituire la ragione della partecipazione pubblica nella società e rappresenta, altresì, uno dei presupposti di applicazione della disposizione di cui al cit. art. 13. Invero, in un primo momento, il giudice amministrativo, esasperando il vincolo genetico-funzionale che, secondo consolidata giurisprudenza, legherebbe la società partecipata all'Amministrazione partecipante⁹, e sostanzialmente tramutandolo in un rapporto di strumentalità "necessaria" del soggetto societario rispetto alle finalità perseguite dal socio pubblico, ha ritenuto che il cit. art. 13 si applicasse a tutti i soggetti societari a partecipazione pubblica, indipendentemente dall'oggetto sociale previsto dal relativo statuto, con esclusione dei soli concessionari di servizi pubblici¹⁰. In seguito, la giurisprudenza amministrativa ha progressivamente rimeditato tale orientamento, accordando maggior rilievo al concetto di "strumentalità" che deve caratterizzare l'attività della società partecipata rispetto alle finalità perseguite dall'ente partecipante. Si è, quindi, chiarito che possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, di cui re-

(9) Per un approfondimento della questione relativa alla relazione tra ente partecipante e società costituita e del connesso procedimento di riordino delle società pubbliche (imposto dalla legge finanziaria 2008), si rinvia a C. VITALE, *Tipologie di società a partecipazione pubblica locale*, cit.

(10) Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, con note di S. COLOMBARI, *Le società a partecipazione pubblica e loro appartenenza a modelli e regimi giuridici diversificati. Nota critica a Consiglio di Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2008, 9 e G. Guzzo, *Articolo 13 del d.l. 223/2006 ed extraterritorialità delle società miste nella più recente (e controversa) interpretazione della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2008, 10.

sta titolare l'ente di riferimento e con i quali l'ente stesso provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, dunque, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, diversamente da quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali, che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività¹¹. Alla luce di quanto esposto, il giudice amministrativo ha riconosciuto che la portata della disposizione di cui al cit. art. 13 attiene non al titolo giuridico, in base al quale le società operano, bensì all'oggetto sociale delle stesse, con la conseguenza che solo le società costituite o partecipate per lo svolgimento di attività amministrativa in forma privatistica¹² rientrano nel campo di applicazione del cit. art. 13. del decreto "Bersani"¹³.

Secondariamente, la giurisprudenza amministrativa si è interrogata sul requisito della "partecipazione" pubblica e, in particolare, se questo possa ritenersi sussistente a fronte di una partecipazione solo indiretta dell'Amministrazione alla società strumentale. In un primo tempo, sembrava prevalere l'orientamento "estensivo" dell'ambito soggettivo di applicazione del cit. art. 13 che, facendo leva sulla circostanza (presunta) che i principi di concorrenza, trasparenza e libertà di iniziativa economica, ispiratori della disposizione in parola, risulterebbero (in astratto) turbati dalla presenza di soggetti che, proprio per la presenza diretta o indiretta della mano pubblica, finirebbero in sostanza per eludere il rischio di impresa, considera società partecipate da amministrazioni pubbliche regionali o locali anche quelle società che sono partecipate da società intermedie, controllate da dette amministrazioni¹⁴. In base a detta interpretazione, il giudice amministrativo

(11) TAR Lazio, Roma, sez. II, 5 gennaio 2010, n. 36, con nota di C. CONTESSA, *Ancora sul divieto di attività extra moenia delle società degli enti locali: verso una nuova nozione di "strumentalità"?*, in *Urb. e app.*, 2010, 4, p. 459.

(12) Corte cost., sentenza 326/2008, cit.

(13) TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 novembre 2009, n. 10891, in *Guida al diritto*, 2009, 48, p. 83.

(14) TAR Lombardia, Milano, sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5, p. 534.

è giunto, perfino, a ritenere applicabile il cit. art. 13 alle cd. società di “terza generazione” (o “terzo grado”): ossia ad un’impresa partecipata da un’altra impresa, controllata da un’altra impresa ancora che, a sua volta, è controllata da un’amministrazione pubblica¹⁵. In contrapposizione a detto orientamento, si è progressivamente affermata l’interpretazione maggiormente restrittiva, tendente a ricondurre l’ambito soggettivo di applicazione della disposizione in esame alle sole partecipazioni dirette. Ciò, sul presupposto che il legislatore, in altre fattispecie (in particolare: art. 113, comma 6, TUEL e art. 23-*bis*, comma 9, d.l. 112/2008), quando ha voluto riferirsi anche al collegamento societario indiretto, l’ha fatto espressamente, mentre, nel caso di specie, prevedendo la possibilità di scorporare le attività vietate mediante la costituzione di separata società, pare aver implicitamente escluso le partecipazioni indirette dall’ambito di applicazione della norma; ma soprattutto, in considerazione dell’acclarata circostanza che la disposizione di cui al cit. art. 13 riveste carattere eccezionale rispetto al principio generale di libertà dell’iniziativa economica *ex* art. 41 Cost., sicché deve preferirsi – *ex* art. 14 disp. prel. c.c. – un’interpretazione restrittiva¹⁶. Alla luce di tali argomentazioni, il giudice amministrativo ha concluso nel senso di ritenere che, 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) sembra costituire – di per sé – una sufficiente garanzia di non distorsione della concorrenza, in quanto il capitale apportato dagli enti locali non affluisce direttamente nel capitale di rischio delle imprese operanti in regime di concorrenza¹⁷. Senonché, l’Adunanza Plenaria è, da ultimo, intervenuta per dirimere il contrasto giurisprudenziale sul punto, af-

(15) TAR Puglia, Lecce, sez. I, 6 maggio 2009, n. 908, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2009, 5; si veda anche la deliberazione dell’AVCP 135/2007, reperibile sul sito dell’Autorità.

(16) TAR Liguria, Genova, sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, 5, p. 476.

(17) TAR Liguria, Genova, n. 39/2009, cit.; TAR Lazio, Roma, n. 36/2010, cit.; Cons. St., sez. V, 5 marzo 2010, n. 1282, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 5, p. 529.

fermando che il divieto per le società a capitale interamente pubblico o miste di partecipare all'aggiudicazione di gare non indette dagli enti loro partecipanti, essendo volto a tutelare i principi di concorrenza, di trasparenza e di libertà di iniziativa economica, si estende anche ad una impresa partecipata da un'altra impresa, a sua volta controllata da un'amministrazione pubblica e, pertanto, si applica anche nell'ipotesi in cui la società a capitale misto, con scopo statutario non esclusivo e che intenda operare, mediante una società interamente partecipata, in favore di enti locali non soci, voglia concorrere a gare per gli stessi servizi, rispetto ai quali vanta già affidamenti diretti da parte dei soci pubblici¹⁸. In base all'interpretazione prospettata dal Supremo Consesso amministrativo, non può, peraltro, costituire un valido argomento a contrario la previsione dello scorporo delle attività non più consentite alle società "strumentali", di cui al comma 3 dell'art. 13 del decreto "Bersani", dovendosi tale disposizione intendere nell'unico senso compatibile con il divieto, imposto alle società "strumentali", di partecipare ad enti, sancito dal comma 1 del medesimo articolo, e, cioè, come impositiva della costituzione di un nuovo soggetto societario, destinato a concorrere in pubbliche gare, che non comporti l'intervento finanziario dell'ente "strumentale"¹⁹.

Ulteriori dubbi interpretativi (invero, ancora irrisolti e, probabilmen-

(18) Cons. St., ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17, con nota di D. TORREGROSSA, in www.il-dirittoamministrativo.it. Alle medesime conclusioni era, peraltro, giunta, qualche tempo prima, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 20 settembre 2010, n. 6527 affermando che ad una società informatica interamente partecipata da una società strumentale delle Camere di commercio italiane si applica il divieto di cui all'art. 13 del d.l. 223/2006. Infatti, secondo i giudici di Palazzo Spada, le amministrazioni pubbliche locali e, quindi, anche le Camere di commercio, possono impiegare propri capitali per costituire società al fine di ottenere l'affidamento di servizi di utilità generale, concorrendo liberamente in una gara ad evidenza pubblica. Tuttavia, tale iniziativa non può essere perseguita mediante la costituzione di una società partecipata interamente da una loro società strumentale, perché in tal modo verrebbe ad essere eluso, sia pure indirettamente, il divieto di svolgere attività diverse da quelle espressamente consentite ai soggetti che godono del beneficio del minimo garantito. Relativamente a tale ultima pronuncia, si segnala il commento di S. MENTO, *Società strumentali e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2011, 4, p. 412.

(19) Assumendo tale interpretazione, l'Adunanza Plenaria ha implicitamente aderito alla tesi ermeneutica già prospettata da Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1037.

te, irrisolvibili in difetto di un intervento normativo *ad hoc*) si sono registrati a causa della oggettiva difficoltà, in assenza di una precisa definizione legislativa (che non è dato rinvenire nell'art. 112 TUEL), di individuare un'univoca linea di demarcazione che distingua i servizi pubblici locali²⁰, come è noto esclusi dal campo di applicazione del cit. art. 13, da quelli cd. "strumentali".

Nessun dubbio, invece, in ordine all'oggetto dei limiti imposti dal cit. art. 13 alla capacità di azione delle società strumentali degli enti regionali e locali. Infatti, la disposizione è lapidariamente chiara nell'affermare che detti soggetti: 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; non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale (comma 1) e devono, altresì, avere oggetto sociale esclusivo (comma 2). Al fine di assicurare l'effettività di tali cogenti divieti, il comma 3 del più volte cit. art. 13 dispone che le società strumentali cessino le attività non consentite entro quarantadue mesi dall'entrata in vigore del decreto "Bersani"²¹ attraverso la cessione a terzi, nel rispetto delle regole di evidenza pubblica, di dette attività, ovvero mediante lo scorporo delle stesse, anche attraverso la costituzione di separata società. A chiusura del sistema, è prevista la cessazione dell'efficacia dei contratti relativi alle attività non cedute

(20) Relativamente a tale annosa questione, si evidenziano i contributi di G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, CEDAM, 1998; M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 9, p. 1289; F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 97; G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, Ed. Scientifica, 2007, p. 145; A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, p. 79; G. PIPERATA, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 5, p. 498; C. TESSAROLO, *Appalti, concessioni di servizi e art. 23-bis*, in www.dirittoiservizipubblici.it, 2009, 1.

(21) Il termine è stato, da ultimo, prorogato dal comma 1-bis dell'art. 20 del d.l. 207/2008, aggiunto dalla relativa legge di conversione.

o scorporate alla scadenza del termine, nonché la sanzione della nullità (come tale, invocabile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile anche d'ufficio) per i contratti conclusi in violazione delle suddette prescrizioni (comma 4).

3. I limiti alla capacità di azione delle società titolari di affidamenti “diretti” nel campo dei servizi pubblici locali

Relativamente alla capacità di azione delle società, a partecipazione pubblica, operanti nel campo dei servizi pubblici locali, è importante ricordare il disposto dell'(abrogato) comma 6 dell'art. 113 del d.lgs. 267/2000²², che prevedeva il divieto di partecipazione alle gare preordinate all'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, per le “società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi”, con la precisazione che “tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime”.

In un secondo momento, è intervenuto l'art. 23-*bis*, comma 9, del d.l. 112/2008 (come successivamente sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. d), del d.l. 135/2009, convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009)²³, da ultimo, trasposto (senza modificazioni di sorta), a seguito dell'abrogazione dell'intero art. 23-*bis* all'esito del *referen-*

(22) L'abrogazione della citata disposizione è stata disposta dall'art. 12, comma 1, lett. a), del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, recante “Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'art. 23-*bis*, comma 10, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133”, con decorrenza a far tempo dall'entrata in vigore del regolamento stesso.

(23) È interessante evidenziare che già il d.d.l. “Lanzillotta” (n. 772 della XV Legislatura, reperibile su www.senato.it) indicava tra i principi e criteri direttivi della delega al governo (per la riforma dei servizi pubblici locali), quello di “escludere la possibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza, per i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nonché per le imprese partecipate da enti locali, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto, fatta eccezione per il ristoro degli oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio”.

dum del 12 e 13 giugno 2011, nell'art. 4 (recante "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea"), comma 33, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148²⁴. Rispetto alla prima approvazione di tale disposizione, occorre osservare che essa si inseriva nell'ambito della complessiva manovra di riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica²⁵, introducendo un sistema di limiti e preclusioni di inedita portata per le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante che, in Italia e all'estero, gestiscono (di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto) servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto²⁶, nonché per 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.

Senza una precisa ragione, sono escluse dall'ambito di applicazione della norma le società quotate in mercati regolamentati. Del tutto ragionevolmente, la giurisprudenza amministrativa ha, quindi, ritenuto di limitare l'operatività di tale deroga alle sole società quotate, ritenendo, di converso, applicabile il comma 9 in parola alle altre società,

(24) Considerata la perfetta corrispondenza, anche sul piano letterale, delle due disposizioni considerate (comma 9 dell'art. 23-bis e comma 33 dell'art. 4), le medesime verranno analizzate congiuntamente.

(25) Al riguardo, si segnalano: R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 10, p. 1109; S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *Annali dir. cost.*, Bologna, Bononia University Press, 2009, anno II, vol. 1, n. 2, p. 87; B. SPADONI, *I servizi pubblici locali tra le "rapide" della riforma*, in www.dirittodeiserviziubblici.it, 2009, p. 2; G. PIPERATA, *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2009, 2, p. 325; C. VITALE, *La gestione congiunta dei servizi pubblici locali. Novità legislative e tendenze del sistema*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2009, 3/4, p. 563; B. GILIBERTI, L.R. PERFETTI, I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. 135/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 3, p. 257.

(26) A ben vedere, il novero dei soggetti individuati dal comma 6 del cit. art. 113 (ai quali si applicava il predetto divieto) risultava più ampio – sebbene non di molto, qualora dovesse affermarsi l'interpretazione estensiva dell'ambito soggettivo di applicazione del comma 9 del cit. art. 23-bis, di cui si dirà *infra* – rispetto a quello attualmente contemplato dal comma 9 dell'art.-23-bis del d.l. 112/2008.

controllate o, comunque, collegate alle prime²⁷. Senonché, il legislatore ha successivamente modificato la disposizione in parola, precisando che i divieti previsti dalla medesima non si applicano neppure alle società direttamente o indirettamente controllate, ai sensi dell'art. 2359 c.c., da società quotate in mercati regolamentati²⁸.

È agevole notare che la previsione di cui al cit. comma 9 (attualmente, fedelmente riprodotta dall'art. 4, comma 33, del d.l. 138/2011, convertito dalla legge 148/2011) risponde a finalità analoghe a quelle (pro-concorrenziali) che hanno ispirato la stesura dell'art. 13 del decreto "Bersani". La norma ha, quindi, quali destinatari naturali (ma sul punto si ritornerà nel prosieguo) i soggetti societari pubblici o misti che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, ed è finalizzata ad impedire che dette società, a partecipazione pubblica, possano sfruttare vantaggiosamente la loro posizione di privilegio nel mercato, producendo effetti distorsivi per la concorrenza.

Ci si chiede, in primo luogo, se la disposizione di cui al cit. comma 9 (attualmente contenuta nell'art. 4, comma 33, del d.l. 138/2011, convertito dalla legge 148/2011) si debba, o meno, applicare anche agli affidatari diretti di servizi pubblici locali esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (segnatamente: distribuzione gas naturale ed energia elettrica, servizio farmaceutico comunale e trasporto ferroviario regionale, originariamente esclusi dall'ambito applicativo del più volte cit. art. 23-*bis*, ai quali si è aggiunto, a seguito dell'approvazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011, anche il servizio idrico integrato). La risposta dovrebbe-

(27) Infatti, i giudici di Palazzo Spada, pronunciandosi sulla deroga, disposta a favore delle società quotate in borsa, nella versione originariamente introdotta dal legislatore, hanno precisato che la medesima non si applica alle società che sono controllate da una società quotata, in quanto il legislatore, a differenza di quanto ha fatto nel periodo precedente dello stesso art. 23-*bis*, ha limitato la deroga alle sole società quotate senza nulla aggiungere in merito all'eventuale estensione di tale deroga anche ad altre società, controllate o comunque collegate alle prime (Cons. St., sez. V, 9 novembre 2010, n. 7964, reperibile su www.dirittodeiservizipubblici.it).

(28) Detta modifica è stata introdotta dall'art. 8, comma 5, lett. e), del d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

be essere negativa, in quanto il comma 34 del d.l. 138/2011 dispone l'integrale esenzione dei settori ivi considerati dall'applicazione delle disposizioni contenute nel cit. art. 4, prevedendo, peraltro, alcune deroghe espresse (ci si riferisce, in particolare, ai commi 19-27 del medesimo art. 4, che si applicano esclusivamente al servizio idrico integrato), tra le quali non compare il comma 33.

Ulteriori dubbi discendono poi dalla circostanza che il comma 9 in parola (ed oggi, il comma 33 del cit. art. 4 d.l. 138/2011), diversamente dal cit. art. 13 del decreto "Bersani" (il quale richiama espressamente il requisito della partecipazione pubblica), non precisa se il sistema di limiti e divieti introdotto dalla disposizione medesima debba riguardare esclusivamente soggetti integralmente pubblici o misti (i quali, come si è anticipato in precedenza, parrebbero essere i "destinatari naturali" della norma), ovvero anche soggetti totalmente privati (titolari, in ipotesi, di affidamenti diretti di servizi pubblici locali, ottenuti in un momento anteriore alla fuoriuscita del socio pubblico dalla società). A conferma dell'interpretazione restrittiva, si evidenzia il parere dell'AvCP, secondo cui la finalità della disposizione di cui al cit. comma 9 è quella di evitare che soggetti particolarmente qualificati, già titolari di affidamenti diretti e di un rapporto privilegiato con l'ente di riferimento – proprio in relazione alla stretta contiguità dei rapporti in essere con il soggetto pubblico – possano lucrare, in questa loro veste di enti "strumentali", ulteriori rendite di posizione in altri mercati o servizi pubblici locali, a danno del libero gioco della concorrenza, con l'effetto che la disposizione in esame non sembrerebbe riguardare i soggetti votati ad operare con spirito imprenditoriale al di fuori dei rapporti di "strumentalità necessaria" con le Amministrazioni²⁹. Il che induce, ovviamente, a ritenere escluse dall'ambito di applicazione della norma le società partecipate unicamente da soggetti privati. In senso contrario, è tuttavia agevole notare che, se è vero che il legislatore ha inteso paralizzare l'attività (nei termini di cui si dirà) delle società a partecipazione pubblica titolari di affidamenti diretti di ser-

(29) Parere AvCP 128/2009, reperibile sul sito dell'Autorità. Le medesime considerazioni possono essere estese, per analogia, al vigente comma 33 dell'art. 4 del d.l. 138/2011.

vizi pubblici locali, nel timore che queste ultime abbiano a provocare distorsioni della concorrenza, è altrettanto vero che i medesimi dubbi possono riguardare, a maggior ragione, un operatore privato titolare di affidamenti diretti. Conseguentemente, parrebbe doversi concludere – anche alla luce del dato testuale della disposizione in esame, che fa generico riferimento alle “società che gestiscono servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto”, senza peraltro specificarne la natura pubblica o privata – nel senso della applicabilità del cit. comma 9 (ora, comma 33 dell’art. 4 d.l. 138/2011) sia ai soggetti pubblici, che a quelli privati (del resto, *ubi lex voluit, dixit*).

Invero, il più volte cit. comma 9 (pedissequamente trasposto nell’art. 4, comma 33, del d.l. 138/2011) ha introdotto innovativamente³⁰ un sistema di limiti e preclusioni particolarmente rigido e severo³¹ a carico delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, titolari di affidamenti diretti, nonché dei gestori delle reti. Infatti, detti soggetti non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori (diversi da quelli gestiti, da parte dei medesimi enti affidanti) ovvero in ambiti territoriali diversi (servizio della medesima natura di quello già gestito, da parte di enti locali diversi da quelli originariamente affidanti), né svolgere servizi (anche “strumentali” all’attività degli enti³²) o attività (di qualsiasi natura) per altri enti (diversi da quelli affidanti) pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Tale divieto, che impone sostanzialmente l’obbligo di attività esclusiva anche ai concessionari di

(30) E ciò, in quanto l’oggetto del divieto previsto dal cit. comma 9 assume una portata decisamente più estesa rispetto a quella del corrispondente divieto individuato dal cit. comma 6 dell’art. 113 TUEL, che, invece, riguardava esclusivamente la partecipazione alle gare per l’affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

(31) In verità, la portata delle restrizioni imposte dalla disposizione in esame è talmente ampia da aver indotto talune società titolari di affidamenti diretti a rifiutare la prosecuzione del servizio in regime di proroga. Si segnala, al riguardo: TAR Veneto, Venezia, sez. I, 9 luglio 2010, n. 2906, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2010, p. 7.

(32) TAR Toscana, Firenze, sez. I, 2 febbraio 2010, n. 169, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2010, p. 2.

servizi pubblici locali titolari di affidamenti diretti, opera per tutta la durata dell'affidamento. Alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla manovra correttiva di cui al d.l. 135/2009 cit., volte a ricondurre la società mista alla forma "indiretta" di gestione del servizio (sostanzialmente equiparandola all'esternalizzazione; al riguardo, si veda il comma 2 del cit. art. 23-*bis*, come anch'esso sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. *d*), del d.l. 135/2009, convertito, con modificazioni, dalla legge 166/2009; ed oggi, l'art. 4, commi 8 e 12, del d.l. 138/2011), si comprende la ragione dell'esclusione del socio privato di cui al cit. comma 2, lett. *b*), dell'art. 23-*bis* dall'ambito di applicazione del comma 9 (una diversa previsione avrebbe, infatti, disincentivato la partecipazione di potenziali partner privati alle gare per la selezione del socio di società mista).

Di converso, la società mista, costituita ai sensi del cit. comma 2, lett. *b*), (attualmente, comma 12 dell'art. 4 d.l. 138/2011) quale modulo (misto) di gestione (esclusivamente) dello specifico servizio individuato dalla procedura competitiva ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato, almeno in via di prima approssimazione, parrebbe soggetta all'obbligo di attività "esclusiva", imposto dalla disposizione in esame. Tuttavia, si segnala, in proposito, una articolata pronuncia del TAR Calabria³³, da cui potrebbe scaturire un orientamento di avviso contrario. Invero, la pronuncia in esame si fonda sul presupposto secondo cui, per procedere nella direzione intrapresa dal legislatore nazionale e comunitario in materia di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, occorre optare per il percorso più agevole e meno vincolato per le società miste conformi al modello di cui al cit. comma 2, lett. *b*), dell'art. 23-*bis* – attualmente riproposto dall'art. 4, comma 12, del d.l. 138/2011 – ormai inserite, a pieno titolo, nel contesto della modalità ordinaria di affidamento di

(33) TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 16 giugno 2010, n. 561, con note di S. DI GIOVANNI e R. FAVOINO, *L'art. 23-bis, comma 9, non si applica alle società miste pubblico-private costituite ai sensi del comma 2, lett. b)*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2010, 6 e M. SCARPINO, *Le società miste e i divieti previsti dall'art. 23-bis, comma 9, d.l. n. 112 del 2008*, in *Giur. merito*, 2010, 11, p. 2870. Nel medesimo filone interpretativo si inserisce, altresì, TAR Calabria, Reggio Calabria, 11 aprile 2011, n. 298.

tali servizi. Sulla scorta di tali premesse, il giudice amministrativo ha, quindi, respinto l'indirizzo interpretativo che assimila, sotto il profilo dei limiti operativi, l'affidamento di servizi a società costituite ai sensi del più volte cit. comma 2, lett. *b*), (ora, art. 4, comma 12, del d.l. 138/2011) a quello operato direttamente o attraverso procedure non ad evidenza pubblica. All'opposto, il TAR reggino ha ritenuto il modello gestionale delle società miste, costituite con gara a doppio oggetto, del tutto equivalente allo schema di affidamento mediante gara pubblica. Pertanto, superati i dubbi interpretativi, relativi al comma 9 cit., attraverso l'impiego congiunto del canone ermeneutico letterale e di quello sistematico, il giudice amministrativo ha risolto il caso di specie, affermando che, nonostante il comma 9 in parola si presti ad una duplice lettura, in sede di attuazione deve essere interpretato nel senso che alle società *ex* comma 2, lett. *b*), (attualmente, art. 4, comma 12, del d.l. 138/2011) non si applicano i divieti previsti in relazione all'affidamento di servizi diversi da quello in esecuzione. Ad analoghe conclusioni è successivamente approdato anche il Consiglio di Stato, laddove ha affermato che l'affidamento ad una società mista pubblica e privata, costituita secondo le modalità indicate dal più volte cit. comma 2, lett. *b*), deve essere equiparato, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, anche alla luce dei principi dettati dall'Unione europea in materia, all'affidamento a terzi mediante pubblica gara; con la conseguenza che il divieto, di cui al cit. comma 9, si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o, comunque, a seguito di una procedura non ad evidenza pubblica³⁴. Dette osservazioni possono, ovviamente, essere estese, per analogia, anche al comma 33 del d.l. 138/2011, considerato che tale ultima disposizione rappresenta la pedissequa trasposizione del precedente comma 9 dell'(abrogato) art. 23-*bis*.

Una rilevante questione interpretativa relativa alla portata del divieto previsto dalla disposizione in esame involge la locuzione "tramite", che pone in connessione i soggetti menzionati nella prima parte del

(34) Cons. St., sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222.

periodo (le società affidatarie dirette, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante) con quelli interessati dalla seconda parte (loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate). La tesi più accreditata è quella che sostiene che i limiti e le preclusioni di cui al comma 9 cit. (ora, comma 33 del più volte cit. art. 4) si applichino solo indirettamente a tale ultima categoria di soggetti, ossia solo qualora questi ultimi intendano operare “per conto” dei soggetti individuati dalla prima parte della disposizione³⁵. Inoltre, la disposizione in parola suscita qualche perplessità in ordine al rispetto del principio di certezza del diritto, dal momento che penalizza fortemente (*rectius*: pregiudica totalmente) i soggetti titolari di affidamenti diretti, che hanno conseguito del tutto legittimamente la gestione del servizio, esclusivamente sul presupposto che detti affidamenti, sebbene rispettosi della normativa applicabile *ratione temporis*, in base ad una rimeditata concezione (maggiormente aderente alla declinazione comunitaria del principio di concorrenza e, quindi, più rigorosa) delle esigenze di promozione della concorrenza nel mercato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, sarebbero suscettibili (almeno potenzialmente) di produrre effetti distorsivi della competizione concorrenziale. Ulteriormente, ci si chiede se il sistema di limiti e preclusioni, introdotto dal comma 9 in parola e, da ultimo, confermato dall’art. 4, comma 33, del d.l. 138/2011, soprattutto se applicabile anche a soggetti formalmente e sostanzialmente privati, sia rispettoso del principio di proporzionalità che, secondo consolidata giurisprudenza costituzionale³⁶, presiede all’introduzione di misure limitative della libera iniziativa economica³⁷. Da ultimo, residuano dubbi di costituzionalità in ordine alla possibilità, per il legislatore statale, di ingerirsi, dettando peraltro regole particolarmente severe e dettagliate, in un ambito (quello della capacità di azione delle società pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali) che parrebbe ricade-

(35) In questo senso si è espresso R. BIANCHINI, *I divieti previsti dal comma 9 dell’art. 23-bis della legge 133/2008 dopo il d.l. n. 135/2009*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2007, 9.

(36) Corte cost., sentenze 401/2007 e 452/2007.

(37) Corte cost., sentenza 326/2008, cit.

re nella competenza legislativa regionale (riguardando materie quali i servizi pubblici locali e l'organizzazione amministrativa)³⁸.

Non par dubbio, peraltro, che il legislatore nazionale, nell'individuare i limiti di cui si discute, abbia introdotto una disciplina maggiormente restrittiva e rigorosa rispetto al paradigma indicato dal diritto comunitario con specifico riferimento ai soggetti societari a partecipazione pubblica³⁹. Infatti, l'obbligo di attività esclusiva, imposto ai concessionari di servizi pubblici locali di rilevanza economica titolari di affidamenti diretti, dal cit. comma 9 (attualmente, comma 33 dell'art. 4, d.l. 138/2011), esorbita dai limiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria e costituzionale con riferimento al concetto di "attività prevalente" nei confronti degli enti affidanti, che deve caratterizzare l'ambito operativo dei soggetti *in house provider*⁴⁰, per non dire che si pone su un piano di tutela della concorrenza assolutamente sconosciuto al diritto comunitario rispetto alle società miste (relativamente all'ambito di operatività delle quali il diritto UE rimane sostanzialmente indifferente).

(38) Invero, la Regione Emilia-Romagna ha sollevato la questione di costituzionalità del cit. comma 9, ritenendo che detta disposizione contrasti: *a*) con l'art. 117, primo comma, Cost., perché il diritto comunitario prevede che la società *in house* sia tenuta a svolgere a favore degli enti di riferimento solo l'attività prevalente, ben potendo destinare l'attività residua anche al mercato, mentre "la norma in questione trasforma il concetto di prevalenza dell'attività in attività esclusiva"; *b*) con l'art. 117, quarto comma, Cost., perché reca interventi irragionevoli e non proporzionali agli scopi di tutela della concorrenza prefissati. Tuttavia, la Corte costituzionale, pronunciandosi con sentenza 325/2010, ha ritenuto la questione inammissibile per genericità, "perché la ricorrente non chiarisce le ragioni per cui la disciplina contenuta nella disposizione censurata sarebbe irragionevole e non proporzionale alla tutela della concorrenza".

(39) La giurisprudenza amministrativa di *prime cure* ha rilevato tale circostanza, ritenendo che "il divieto di cui al cit. art. 23-bis, comma 9, non è direttamente imposto dal legislatore comunitario ma frutto di una scelta del legislatore nazionale per limitare gli effetti anticoncorrenziali, anche indiretti, del fenomeno dell'affidamento diretto; tale divieto non può quindi che essere letto alla luce della sua *ratio* e del contesto della disciplina della concorrenza cui afferisce" (Tar Piemonte, Torino, sez. I, 26 novembre 2010, n. 4214, reperibile su www.dirittodeiservizipubblici.it).

(40) In proposito, si segnala Corte cost., sentenza 439/2008 che, nell'individuare i limiti qualitativi e quantitativi del requisito dell'attività prevalente, implicitamente ammette che una parte marginale dell'attività del concessionario si possa esplicare in altri mercati.

Un cenno a parte merita la nuova formulazione dell'ultimo periodo del comma 9 cit., peraltro pedissequamente ripresa dal vigente comma 33 dell'art. 4 d.l. 138/2011, a mente della quale "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". È interessante notare che detta disposizione, nella originaria versione (introdotta dalla legge 133/2008, di conversione del d.l. 112/2008), recitava: "i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato". Ebbene, rispetto alla formulazione storica, nella versione vigente (oggi contenuta nel più volte cit. comma 33) è svanito il riferimento allo "specifico servizio già a loro affidato", sostituito con "servizi da essi forniti", ed è stato aggiunto il riferimento alla possibilità di "concorrere su tutto il territorio nazionale". È giocoforza osservare che la prima versione era indubbiamente più chiara di quella introdotta dal d.l. 135/2009, in quanto consentiva la partecipazione della società alla prima gara per il conferimento del solo servizio già gestito in virtù di affidamento diretto. Sicché, se si vuole attribuire significato alla modifica legislativa, sembra doversi ritenere che essa valga a consentire a tutti gli operatori (anche titolari di affidamenti diretti) di un determinato settore di partecipare, su tutto il territorio nazionale, alla prima gara indetta per l'affidamento di un servizio pubblico locale, dopo la cessazione dell'affidamento diretto che aveva riguardato il servizio stesso. Ogni diversa opzione ermeneutica vanifica la portata semantica della modifica legislativa. Al riguardo, si registrano peraltro due recenti precedenti giurisprudenziali che, sebbene riferiti all'originaria formulazione del cit. comma 9, sembrano avvalorare la suesposta tesi. Con un primo arresto⁴¹, i giudici di Palazzo Spada hanno precisato che, mentre l'ormai abrogato comma 15-*quater* dell'art. 113 TUEL⁴²

(41) Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7401, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2010, 10.

(42) È importante ricordare che la disposizione in parola costituisce l'antesignano giu-

aveva lo scopo di consentire alle imprese titolari di affidamenti diretti la partecipazione alle gare nei soli casi in cui vi fosse una perfetta identità territoriale, oltre che settoriale, dell'oggetto della gara e del previo affidamento diretto⁴³, la ragion d'essere del comma 9 del cit. art. 23-*bis* è plausibilmente quella di evitare che le società che forniscono servizi ad un'amministrazione ed hanno, pertanto, acquisito esperienza sul territorio siano automaticamente estromesse dalle gare per l'affidamento concorrenziale di quei servizi. Nonostante il tenore delle premesse sembrasse tutto orientato a supportare l'interpretazione estensiva della deroga, di cui sopra si è detto, i giudici della Quinta Sezione hanno, da ultimo, ritenuto prevalente l'esigenza di non privilegiare i soggetti affidatari diretti, finendo per concludere nel senso che le deroga deve intendersi riferita esclusivamente alla precedente affidataria diretta del medesimo servizio oggetto della gara. Tuttavia – anche alla luce dell'orientamento assunto dal giudice amministrativo di primo grado, secondo cui il divieto previsto dal cit. comma 9 non è e, comunque, non può essere finalizzato ad espellere dal mercato dei soggetti che hanno la potenzialità di operarvi in termini concorrenziali, ma solo a limitare i vantaggi indiretti che un affidamento diretto può consentire, ferma l'attribuzione di una via di “transito” verso il mercato⁴⁴ – il *revirement* non si è fatto attendere. A poco più di un

ridico della “deroga prima gara” prevista dal più volte cit. comma 9, considerato che disponeva l'esonero delle prime gare dall'applicazione del divieto previsto dal precedente comma 6 del medesimo art. 113 TUEL.

(43) In tal guisa rispondendo all'esigenza di consentire alle imprese affidatarie dirette, che si erano date una struttura per porsi in concorrenza sul libero mercato, di non dissipare i notevoli investimenti cui avevano dato luogo.

(44) In base a tali considerazioni, secondo il giudice di prime cure, “la circostanza che il servizio, di cui la prima classificata era già affidataria diretta in taluni Comuni, sia stato – all'atto della prima gara successiva alla cessazione dell'affidamento diretto – accorpato per legge ad altri, non gli fa perdere la caratteristica di essere, appunto, l'unica via di transito verso il mercato dell'affidatario diretto; altrimenti opinando, l'affidatario diretto dovrebbe attendere l'inesorabile cessazione di tutti i propri affidamenti in corso, per poter partecipare ad una gara, nella sostanza sarebbe, quindi, costretto a cessare l'attività per un significativo lasso di tempo, soluzione che non può essere ritenuta imposta dall'ordinamento. Si verificherebbe un effetto anticoncorrenziale quantomeno sproporzionato, poiché, nell'intento di non far acquisire particolare benefici all'affidatario diretto, se ne imporrebbe la totale eliminazione dal mercato” (Tar Piemonte, n. 4214/2010, cit.).

mezzo di distanza, la medesima Quinta Sezione del Consiglio di Stato, nell'interpretare, ancora una volta, la deroga "prima gara", prevista dal cit. comma 9, nella sua originaria formulazione, è giunta ad affermare che la norma – con l'impiego della congiunzione "comunque" in funzione avversativa – sembra escludere l'operatività del divieto (anche) nei confronti degli affidatari diretti di servizi pubblici locali in ambiti territoriali diversi, purché la procedura di gara abbia per oggetto l'affidamento del servizio in precedenza gestito dalla società (affidataria diretta). Ebbene, alla luce di tali premesse e, soprattutto, in considerazione delle modifiche apportate dal d.l. 135/2009, da ultimo riprodotte dal vigente comma 33 dell'art. 4 del d.l. 138/2011, è plausibile ritenere che la giurisprudenza amministrativa possa, in futuro, aderire all'interpretazione estensiva sopra illustrata.

4. I limiti alla capacità di azione delle società cd. multiutilities

Da ultimo, si evidenzia un significativo arresto giurisprudenziale relativo ai limiti applicabili alle società pubbliche con duplice scopo (servizi strumentali e servizi pubblici locali)⁴⁵. In tale occasione, il giudice amministrativo di primo grado, dopo aver svolto considerazioni non del tutto condivisibili con riferimento alle finalità dell'art. 13 del decreto "Bersani" e alle relative modalità applicative, ha concluso nel senso di ritenere applicabile il divieto di cui all'art. 13 cit. ad una società operativa sia nel settore dei servizi pubblici locali, sia in quello dei servizi strumentali⁴⁶. Il precedente merita di essere segnalato in quanto affronta un tema che inevitabilmente riguarderà, in prospettiva, la delicata questione del rapporto tra l'art. 13 del decreto "Bersani" e il comma 33 dell'art. 4 del d.l. 138/2011. Tuttavia, le conclusioni cui perviene non sono esenti da critiche, anche alla luce dell'orientamento assunto, in argomento, dal Consiglio di Stato. Invero, il Supremo Consesso amministrativo, nel verificare l'applicabilità del cit. art. 13

(45) In relazione a tale argomento, si veda in dottrina A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del d.l. 112/2008*, in *Urb. e app.*, 2009, 6, p. 741.

(46) TAR Lombardia, Milano, sez. I, 11 gennaio 2010, n. 8, in *Foro amm. Tar*, 2010, 1, p. 36.

alle società *multiutilities*, ha affermato che le società “strumentali” costituiscono una *longa manus* delle amministrazioni, tant’è che l’affidamento delle attività “strumentali” avviene, in deroga al principio di concorrenza, in via diretta (ovvero secondo il cd. *in house providing*), diversamente, le società miste per la gestione di servizi pubblici locali sono un soggetto imprenditoriale di diritto privato, operante sul mercato in regime di concorrenza, cosicché la totale diversità delle attività svolte dalle predette società esclude che esse debbano avere un oggetto sociale esclusivo. Se questo appare giustificato per le società “strumentali”, non altrettanto avviene per le società miste che, oltre ai servizi pubblici, possono svolgere altre attività imprenditoriali, sia pure con limitazioni volte a non snaturarne il ruolo istituzionale⁴⁷. Peraltro, già in precedenti occasioni, i giudici di Palazzo Spada avevano precisato che l’obbligo di “oggetto sociale esclusivo”, imposto dal più volte cit. art. 13 alle società “strumentali”, non va inteso come divieto delle società cd. *multiutilities*, ma rafforza la regola dell’esclusività evitando che dopo l’affidamento la società possa andare a fare altro⁴⁸. Conseguentemente, pare corretto ritenere che il cit. art. 13 si applichi esclusivamente alle società “strumentali” (con la precisazione che tale caratteristica deve connotare tanto la natura dell’attività svolta dalla società, quanto il rapporto intercorrente tra il soggetto societario stesso e l’amministrazione costituente o partecipante⁴⁹), di converso, dovrebbero essere escluse dal relativo ambito applicativo sia le società costituite unicamente per la gestione di servizi pubblici locali

(47) Cons. St., sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346, in *Foro amm. CdS*, 2009, 7-8, p. 1727. In tal senso, più recentemente, si segnala: Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77, con commento di L. LO BIUNDO, *Per il Consiglio di Stato le società strumentali possono anche gestire servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2011, 2.

(48) Cons. St., sez. IV, n. 322/2007, cit.; Cons. St., ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, con note di: C. ACOCCELLA e F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste ed in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 3, p. 770; R. ROTIGLIANO, *Le società miste secondo la Plenaria e l’Unione europea*, in *Urb. e app.*, 2008, 8, p. 1008; R. CARANTA, *Ancora in salita la strada per le società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, p. 1120; G. PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all’insegna dell’incertezza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, p. 1126.

(49) Cons. St., sez. V, n. 1282/2010, cit.

(in forza dell'inequivoca disposizione in tal senso del cit. art. 13), che le società cd. *multiutilities*, in considerazione della circostanza che è da presumere che tale ultima categoria di soggetti non possieda le caratteristiche legittimanti, allo stato, l'affidamento diretto di servizi da parte degli enti affidanti, e, pertanto, rappresenti un genere di società pubbliche votate a competere nel mercato. Fermo restando che, a legislazione vigente, la sola titolarità di un affidamento diretto di un servizio pubblico locale di rilevanza economica, indipendentemente dalla caratterizzazione della società che lo gestisce, parrebbe determinare l'applicazione del sistema di limiti e divieti delineati dal comma 33 dell'art. 4 del d.l. 138/2011 (riproduttivo del previgente comma 9 dell'abrogato art. 23-*bis* del d.l. 112/2008).