

ordinamento, l'amministrazione sarebbe tenuta a disapplicarla (secondo i principi affermati a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 389 dell'11 luglio 1989).

La suddetta verifica va condotta sia "in astratto", analizzando il modello generale delle società miste come oggi presente nell'ordinamento nazionale (cfr. *infra*, i punti 7 e 8 e i relativi sottopunti), sia "in concreto", guardando alla specifica disciplina prevista nel caso in esame e alla sua applicazione nella procedura di selezione del contraente privato (cfr. *infra*, il punto 9 e i relativi sottopunti).

7. Come è noto, il modello delle "società miste" è presente da tempo nel nostro ordinamento, ed è oggi previsto in via generale dall'art. 113, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 267 del 2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali – t.u.e.l.), introdotto dall'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, come modificato dalla relativa legge di conversione. Tale previsione può essere assunta a paradigma del modello anche ai fini della soluzione del quesito in oggetto, che pure si caratterizza per una disciplina *ad hoc*.

Sempre in via generale, il codice dei contratti pubblici, se non prevede più una generalizzazione del modello dell'*in house* a qualsiasi forma di affidamento (come si è detto *retro*, al punto 5.2), contiene invece, all'art. 1, comma 2, una previsione di carattere generale sulle società miste, secondo la quale, "*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*". Anche in questo caso, la norma non intende affermare la generale ammissibilità delle società miste, che devono intendersi consentite nei soli casi già previsti da una disciplina speciale, nel rispetto del principio di legalità: si codifica soltanto il principio secondo il quale, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire "*con procedure di evidenza pubblica*" (non necessariamente, quindi, ai sensi della disciplina dello stesso codice).

La figura delle società miste compare anche nell'art. 32, al comma 1, lett. c), e al comma 3 (tale ultima disposizione è stata confermata nel testo definitivo nonostante i rilievi di questo Consiglio di Stato espressi nel parere della Sezione per gli atti normativi n. 355/06 del 6 febbraio 2006, relativo allo schema di codice dei contratti pubblici: cfr. *infra*, il punto 8.4).

7.1. L'art. 113, comma 5, lett. b), del t.u.e.l. dispone che l'erogazione dei servizi per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali "*avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio ...*", tra l'altro, "*... b) a società a capitale misto*

pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche". Tale norma costituisce, in qualche modo, il paradigma del modello cui si ispira anche la normativa speciale per il SIAN che è oggetto del quesito in esame.

Lo stesso art. 113 prevede, nella distinta lettera c), in alternativa al ricorso alla società mista, il modello della società *in house* a capitale interamente pubblico, richiedendo solo per tale caso i requisiti del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività" in favore dell'ente pubblico di appartenenza identificati dalla sentenza Teckal. Ciò sembra confermare quanto affermato *retro* (al punto 5 e ai relativi sottopunti) a proposito della differente disciplina dei due modelli della società mista e della società *in house*, anche con riguardo ai requisiti richiesti dal diritto europeo.

7.2. La figura delle società a capitale misto è stata configurata da autorevole dottrina come una forma di "collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori nella gestione di un pubblico servizio"; tale figura, costituendo una modalità organizzativa ulteriore per la soddisfazione delle esigenze generali, rende più flessibile la risposta istituzionale a determinate esigenze e può risultare – se ricondotta nei canoni del pieno rispetto dei principi comunitari – di particolare efficacia, almeno in certi casi (cfr., nello stesso senso, il Libro Verde della Commissione europea del 30 aprile 2004 e la Risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006, richiamati *amplius infra*, al punto 8.5).

Inoltre, la necessità di una gara per la scelta del socio – oltre a confermare l'esclusione della riconducibilità alla figura dell'*in house* – ha condotto a ritenere non corretto annoverare tale figura tipo di affidamento tra quelli "diretti".

Tuttavia, la stessa dottrina – alla luce dell'evoluzione in senso restrittivo della giurisprudenza comunitaria – ha messo in evidenza la debolezza della tesi della equiparazione automatica fra la procedura di scelta del socio e la gara per l'affidamento del servizio. Pur riconoscendo la funzionalità del modello, si afferma come ci si trovi di fronte ad una "figura peculiare che potrà presentare non pochi problemi attuativi e che, per non essere censurata, dovrà ricevere una applicazione attenta".

7.3. Sempre in relazione al modello generale, si ricorda l'intervento dell'art 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006, il quale ha introdotto una

articolata disciplina che, in linea con i più recenti orientamenti comunitari volti a limitare l'*in house providing*, ma anche in relativa autonomia da essi, mira a evitare il fenomeno della c.d. *cross subsidization* delle società pubbliche, per cui esse operano al di fuori degli ambiti territoriali di appartenenza, acquisendo commesse da enti pubblici diversi da quelli controllanti od affidanti i contratti *in house*. In tale nuovo regime il d.l. n. 223 del 2006 ha equiparato i due diversi modelli delle società *in house* e del partenariato pubblico-privato.

In particolare, si è disposto che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali (non da quelle statali, come invece avviene nel caso di specie) per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali:

- devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (viene fissata, quindi, la regola dell'esclusività, in luogo di quella della prevalenza);

- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti;

- sono ad oggetto sociale esclusivo (l'oggetto sociale esclusivo – è stato affermato – non sembra debba essere inteso come divieto delle c.d. *multiutilities*, ma appare preferibile ritenere che rafforzi regola dell'esclusività evitando che dopo affidamento la società possa andare a fare altro).

Si ricorda come alcune Regioni (in particolare, Valle d'Aosta e Friuli Venezia Giulia) hanno impugnato la norma dinanzi alla Corte Costituzionale, ritenendola discriminatoria delle società regionali e locali, rispetto a quelle statali e limitativa della capacità contrattuale delle società con riferimento a partecipazioni ulteriori.

7.4. Dell'esigenza, *de iure condendo*, di un contesto normativo generale più organico e restrittivo a favore della concorrenza si è fatto carico il recente disegno di legge governativo recante “*Delega al governo per il riordino dei servizi pubblici locali*” (atto Senato n. 772 della XV legislatura, presentato il 7 luglio 2006), il quale prevede che “l'affidamento delle nuove gestioni ed il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba avvenire mediante procedure competitive ad evidenza pubblica di scelta del gestore”, consentendo soltanto “eccezionalmente” l'affidamento a società totalitarie in presenza dei noti presupposti comunitari e alle società miste locali.

Il d.d.l. AS 772 (all'art. 2, comma 1, lettere c) e d)) condiziona il ricorso a queste ultime alla “stretta ineranza delle modalità di selezione e di partecipazione dei soci pubblici e privati agli specifici servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento, ferma

restando la scelta dei soci privati mediante procedure competitive” (come recita la relazione di accompagnamento al d.d.l.). Si prevede, inoltre, la necessità di “norme e clausole volte ad assicurare un efficace controllo pubblico della gestione del servizio e ad evitare possibili situazioni di conflitto di interessi”.

La possibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quelli di appartenenza viene esclusa dal d.d.l. per i soggetti già affidatari in via diretta di servizi pubblici locali, nonché per le imprese partecipate da enti locali, che usufruiscano di finanziamenti pubblici diretti o indiretti, salvo che si tratti del ristoro degli oneri di servizio relativi ad affidamenti effettuati mediante gara, sempreché l’impresa disponga di un sistema certificato di separazione contabile e gestionale.

Inoltre, si prevede che l’ente locale debba “adeguatamente motivare le ragioni che, alla stregua di una valutazione ponderata, impongono di ricorrere” alle modalità di affidamento diretto, anziché alle modalità di affidamento tramite procedure competitive ad evidenza pubblica, e “che debba adottare e pubblicare secondo modalità idonee il programma volto al superamento, entro un arco temporale definito, della situazione che osta al ricorso a procedure ad evidenza pubblica, comunicando periodicamente i risultati raggiunti a tale fine”.

8. In conclusione, può affermarsi che il modello della “società a capitale misto pubblico privato” esiste – come distinto dall’*in house* – nell’ordinamento nazionale, sia nella disposizione generale dell’art. 113 t.u.e.l. che in varie disposizioni speciali (come quella per il SIAN nel caso di specie). D’altro canto, però, tale disciplina è in evoluzione, sia *de iure condito* (art. 1, comma 2, e art. 32 del d.lgs. n. 163 del 2006; art. 13 del d.l. n. 223 del 2006) che *de iure condendo* (AS n. 772), poiché continua a suscitare perplessità la piena compatibilità di tale modello con il sistema comunitario, alla stregua della recente e rapida evoluzione giurisprudenziale (che sembra ancora in corso) e stante l’assenza di decisioni specifiche sul punto.

La Sezione – nei limiti del quesito in esame – ritiene possibile affermare che tale compatibilità possa essere rinvenuta, alla stregua dei principi espressi, direttamente o indirettamente, dalla Corte di giustizia, quantomeno in un caso: quello in cui – avendo riguardo alla sostanza dei rapporti giuridico-economici tra soggetto pubblico e privato e nel rispetto di specifiche condizioni, di cui si dirà *infra*, al punto 8.3 – non si possa configurare un “affidamento diretto” alla società mista ma piuttosto un “affidamento con procedura di evidenza pubblica” dell’attività “operativa” della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest’ultimo.

In altri termini, in questo caso, indicato di regola come quello del “socio di lavoro”, “socio industriale” o “socio operativo” (come contrapposti al “socio finanziario”), questo Consiglio di Stato ritiene 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 che abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l’attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio.

La peculiarità rispetto alle ordinarie procedure di affidamento sembra allora rinvenirsi, in questo caso, non tanto nell’assenza di una procedura di evidenza pubblica (che, come si è detto, esiste e opera uno specifico riferimento all’attività da svolgere) quanto nel tipo di controllo dell’amministrazione appaltante sul privato esecutore: non più l’ordinario “controllo esterno” dell’amministrazione, secondo i canoni usuali della vigilanza del committente, ma un più pregnante “controllo interno” del socio pubblico, laddove esso si giustifichi in ragione di particolari esigenze di interesse pubblico (che nell’ordinamento italiano sono comunque individuate dalla legge).

A tale conclusione sembra doversi giungere alla stregua delle argomentazioni che seguono.

8.1. Non appare, in primo luogo, condivisibile alla Sezione la posizione “estrema” secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l’affidamento diretto.

Soprattutto, 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.

Esula, però, dall’oggetto specifico del quesito in esame l’approfondimento di tale ipotesi, poiché, come si vedrà, essa non sussiste nel caso di specie (cfr. *infra*, il punto 9 e relativi sottopunti).

8.2. Non sembra alla Sezione condivisibile neppure l’opposta ipotesi “estrema” (che potrebbe avere, invece, dei riflessi diretti sulla soluzione del quesito in oggetto), secondo la quale la giurisprudenza comunitaria in materia di *in house* – e in particolare quella secondo la quale il “controllo analogo” è escluso quando la società è partecipata da privati (cfr. la più volte citata sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - Stadt Halle e RPL

Lochau) — comporta anche l'incompatibilità assoluta con i principi comunitari, *in qualunque caso*, dell'affidamento a società miste.

8.2.1. In tal senso si è di recente pronunciato anche il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia (decisione 27 ottobre 2006 n. 589), che ha ritenuto “doversi pervenire ad una interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5, lett. b), nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio”. Se nessuno sembra porre in discussione la necessità della gara per la scelta del socio (ribadita in via generale, come si è detto, dal codice dei contratti pubblici all'art. 1, comma 2), si rileva, a sostegno di tale tesi estrema che, pur “in un quadro giurisprudenziale in generale incline ad escludere la necessità della seconda gara (cfr. da ultimo Consiglio Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272) sembrano emergere opinioni dottrinali di segno contrario”, secondo le quali:

- configura una restrizione del mercato e della concorrenza l'obbligo per l'imprenditore di conseguire l'affidamento di un servizio, solo entrando in una società, per molti versi anomala, con l'amministrazione;

- la procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio non è sovrapponibile, quanto ai contenuti e alle finalità, a quella per l'affidamento del servizio; la prima è preordinata alla selezione del socio privato in possesso dei requisiti non solo tecnici ed organizzativi, ma anche e soprattutto finanziari, tali da assicurare l'apporto più vantaggioso nell'ingresso nella compagine sociale; la seconda è invece esclusivamente diretta alla scelta del soggetto che offra maggiori garanzie per la gestione del servizio pubblico;

- il sistema di affidamento diretto alla società mista (sia pure dopo scelta tramite procedura ad evidenza del socio privato) concreterebbe nella sostanza un affidamento *in house* al di fuori dei requisiti richiesti dal diritto comunitario;

- se, infatti, un'impresa privata detiene delle quote nella società aggiudicataria occorre presumere che l'autorità aggiudicatrice non possa esercitare su tale società “un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi”; una partecipazione minoritaria di un'impresa privata è quindi sufficiente ad escludere l'esistenza di un'operazione interna (cfr., anche per i richiami in essa contenuti, Corte di giustizia delle Comunità europee, sez. I, 10 novembre 2005, causa C-29/04 04 - Mödling o Commissione c/ Austria).

In conclusione, secondo tale ipotesi estrema, la costituzione di una società mista (con partner scelto dopo una gara) non esimerebbe in nessun caso dalla evidenza pubblica le procedure di affidamento del servizio.

8.2.2. La Sezione ritiene che le ragioni poste a sostegno di tale tesi – pur se tutte condivisibili – possano tuttavia condurre a conclusioni differenti da quella dell’obbligo, in ogni caso, di una seconda gara.

Occorre, infatti, evitare – ad avviso della Sezione – di interpretare i *dicta* della Corte di giustizia in modo da far loro conseguire affermazioni che, al di fuori dei casi di specie esaminati in quella sede, potrebbero portare, paradossalmente, ad effetti opposti, e addirittura contrari allo spirito dei principi sempre affermati dalla Corte di giustizia.

Come già ricordato in precedenza, nelle fattispecie che hanno condotto alle decisioni più spesso richiamate in materia, la Corte di giustizia ha escluso che si potesse applicare il modello dell’*in house*, ma non si è pronunciata espressamente sulle condizioni di applicabilità di altri modelli (come sono, appunto, le società miste) nei quali fosse comunque presente un’applicazione dei principi dell’evidenza pubblica. Difatti, in quei casi il soggetto privato non era stato scelto con gara: sussisteva, quindi, una totale pretermissione delle procedure di evidenza pubblica.

A titolo di mero esempio, nella causa C-458/03 - Parking Brixen la gestione del parcheggio, già affidata ad un operatore, era stata revocata per trasferirla *direttamente* alla società partecipata, con evidente lesione dei principi di tutela della concorrenza; la causa C-26/03 - Stadt Halle si riferiva ad un affidamento *diretto* disposto nel 2001 a favore di una società mista, costituita nel 1996 senza alcuna connessione con l’esercizio dello specifico servizio. Anche nel caso C-340/04 - Carbotermo la procedura selettiva per l’affidamento del servizio era stata sospesa e poi revocata dalla stazione appaltante (lo stesso è avvenuto per la causa C-410/04 - ANAV), al solo scopo di affidare *direttamente* le prestazioni alla società mista da questa controllata.

La giurisprudenza comunitaria sopra richiamata appare dunque riferirsi, secondo il Collegio, a violazioni conclamate del diritto degli appalti, dal momento che l’affidamento dei relativi servizi era stato disposto senza alcuna possibilità per gli operatori di settore di concorrere per la sua aggiudicazione.

La Sezione ritiene che non si possa far derivare da tale giurisprudenza anche la conseguenza – che appare estranea ai casi in quella sede esaminati – secondo la quale sarebbe necessaria l’indizione, da parte dell’amministrazione, di una gara nella quale lo

stesso soggetto pubblico aggiudicatore possa anche partecipare come socio (addirittura maggioritario) della società mista aspirante aggiudicataria.

La negazione dei principi della concorrenza varrebbe, in questa ipotesi, non solo nel caso in cui il socio privato fosse stato scelto senza gara, ma anche nel caso in cui esso fosse stato scelto con una diversa e precedente procedura di evidenza pubblica: in entrambi i casi, sembrano comunque ravvisarsi elementi di conflitto di interessi e di distorsione del mercato, senza risolvere la pretesa “anomalia” della società mista ma anzi consentendole di conservare, nel confronto con le altre imprese “solo” private, la sua “situazione privilegiata” dell’essere partecipata dalla stessa amministrazione che indice l’appalto.

8.2.3. La difficile sostenibilità di un affidamento tramite una procedura di evidenza pubblica nella quale l’amministrazione abbia la duplice veste di stazione appaltante e di socio della società che aspira all’affidamento condurrebbe di fatto, ad avviso della Sezione, alla totale negazione del modulo. Ciò avverrebbe anche nei casi in cui la legge consente, perché le ritiene funzionali, ulteriori forme di intervento rispetto alle due ipotesi alternative “tutta pubblica” e “tutta privata”.

Ma allora, nella visione estrema sopra descritta, la condivisa inconfigurabilità del modello dell’*in house* per le società miste rischierebbe di condurre, ad avviso della Sezione, a far valere gli indirizzi della Corte di Lussemburgo come una sorta di “incoraggiamento” alla costituzione di società pubbliche al 100%, senza alcuna procedura selettiva e senza alcun ricorso al mercato. Questa Sezione ritiene, invece, che l’affidamento a soggetti pubblici al 100% costituisca, in qualche modo, la negazione del mercato: non si può immaginare che la Corte di giustizia preferisca tale soluzione rispetto ad un modello che faccia invece rientrare in gioco il mercato e i privati, tramite regolari procedure di gara e con garanzie precise che possono comunque delimitare (come si dirà *infra*, al par. 7.5.3) l’affidamento nell’oggetto e, soprattutto, nel tempo.

Risulterebbe allora paradossale, nella logica comunitaria della tutela della concorrenza, limitare le opzioni di intervento ai soli due estremi assoluti e quindi consentire – sia pure con criteri interpretativi molto restrittivi – una soluzione “tutta pubblica” come unica alternativa a quella, del tutto opposta, del ricorso “pieno” al mercato.

Appare, infatti, illogico ammettere, in alternativa all’affidamento del 100% del servizio all’esterno, la (sola) rinuncia totale al mercato con la società pubblica *in house* e non consentire, invece – in settori specifici, individuati dalla legge considerando la peculiarità di una data materia e quindi l’inopportunità di una totale devoluzione ai privati, ma anche l’impossibilità tecnica di lasciar gestire il servizio interamente alla “parte

pubblica” – un’apertura parziale a più flessibili “forme di collaborazione” pubblico-privato, laddove tale apertura si giustifichi razionalmente con l’esigenza di un controllo più stringente sull’operatore, in quanto svolto non nella veste di committente ma in quella di socio e – soprattutto – sia delimitata da tutte quelle garanzie di definitezza dell’oggetto e della durata dell’affidamento che sole possono ricondurre, ad avviso della Sezione, il modello ad un affidamento all’esterno (sia pure per certi aspetti peculiare) e non come un affidamento *in house*.

In altri termini, se è vero che la società mista, in quanto tale, non è sottoposta al controllo analogo, è dirimente la circostanza che proprio la componente esterna che esclude la ricorrenza dell’*in house* è selezionata con procedure di evidenza pubblica: la quota esterna alla pubblica amministrazione è, cioè, reperita con il ricorso ad un mercato che è certamente premiato, diversamente da quanto avviene nel caso della “chiusura in se stessa” dell’amministrazione in un modello di pura autoproduzione. E ciò avviene coniugando l’interesse alla valorizzazione delle risorse del mercato, che altrimenti resterebbero disattese da una logica di monopolio pubblico, con l’interesse dell’amministrazione pubblica alla scelta di moduli organizzatori che le consentano di esercitare un controllo non solo esterno (come soggetto affidante) ma interno ed organico (come partner societario) sull’operato del soggetto privato selezionato per la gestione.

8.3. Alla stregua di quanto esposto, sembra allora 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.

Peraltro, si ricorda che il suddetto modello non è ordinario nel nostro sistema e che – salvi i non frequenti casi (come quello di specie) in cui il legislatore lo impone senza alternative – l’amministrazione deve comunque motivare in modo adeguato perchè si avvale di una società mista invece di rivolgersi integralmente al mercato.

Inoltre, 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 del 2006 – garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza.

In particolare, appare possibile l’affidamento diretto ad una società mista che sia costituita appositamente per l’erogazione di uno o più servizi determinati, da rendere

almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche – tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in parternariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa – allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di parternariato, prevedendo allo scadere una nuova gara.

In altri termini, laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale, appare 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”, che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso;

2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione “alla scadenza del periodo di affidamento” (in tal senso, soccorre già una lettura del comma 5, lett. b), dell'art. 113 t.u.e.l. in stretta connessione con il successivo comma 12), evitando così che il socio divenga “socio stabile” della società mista, possibilmente prevedendo 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.

Almeno nella specifica ipotesi sopra descritta (ma di altre eventuali possibilità, come si è detto, la Sezione non deve occuparsi, stante l'oggetto del quesito) sembra potersi affermare il rispetto dei principi comunitari anche alla stregua della giurisprudenza più rigorosa e delle perplessità dottrinarie sopra richiamate (cfr. *retro*, il punto 7.2 e lo stesso punto precedente 8.2) le quali, come si è detto, sono pienamente condivise dalla Sezione.

In particolare, in questo caso, grazie alla esistenza di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio “operativo”, non sembrerebbe doversi temere quanto affermato nella più volte citata sentenza C-26/03 - Stadt Halle e RPL Lochau, secondo la quale “l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttive 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti”.

Allo stesso modo, sembra non riferirsi al caso in esame anche l'altra importante affermazione della stessa sentenza, secondo la quale “il rapporto tra un'autorità pubblica,

che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente". Ad avviso della Sezione, la presenza di un "interesse privato" appare, nel caso in esame, ricondotta entro limiti corretti (e propri di tutti gli affidamenti in appalto) se la gara definisce con sufficiente precisione anche il ruolo "operativo" e non "finanziario" del socio privato da scegliere.

In tal caso dovrebbe, quindi considerarsi rispettato il precetto conclusivo di quella sentenza, laddove dichiara "che, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate": la stretta connessione, in una sola gara, della scelta del socio con l'affidamento dell'appalto sembra ottemperare all'obbligo di applicazione della direttiva statuito dalla Corte di Lussemburgo.

Parimenti insussistente appare, nel caso qui ipotizzato, l'altro rischio paventato dalla recente sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05 - Jean Auroux (e in particolare dalle conclusioni dell'Avvocato Generale), a proposito del ricorso al subappalto da parte della società mista. Nel caso di subappalto, ben può verificarsi il pericolo che "l'oggetto di ogni appalto successivo rappresenti soltanto una quota dell'appalto totale. Ne può derivare che il valore degli appalti susseguenti aggiudicati da una seconda amministrazione aggiudicatrice sia inferiore a quello previsto all'art. 6, n. 1, lett. a), della direttiva. Così, attraverso l'attuazione di una serie di appalti successivi, l'applicazione della direttiva potrebbe essere elusa". Nell'ipotesi, qui profilata, del "socio di lavoro" scelto con gara sembra avvenire l'opposto: la società mista non "subappalta" alcunché, mentre il servizio "operativo" viene affidato direttamente in appalto, per tutto il suo valore, al socio "industriale" che opera sotto il controllo del "socio pubblico".

8.4. La Sezione è dell'avviso che tale assetto – che sembra essere molto vicino a quello che verrebbe, auspicabilmente, meglio chiarito e codificato con l'approvazione dell'iniziativa legislativa in corso (atto Senato n. 772, descritto *retro*, al punto 7.4) – già oggi non può dirsi escluso dalla normativa vigente, che non va quindi necessariamente "disapplicata" ma, ove possibile, adeguata anche in via interpretativa, alla luce dei principi comunitari definiti dalla Corte di Lussemburgo.

Peraltro, in senso pressoché analogo si era espresso anche il parere (citato *retro*, al punto 7) n. 355/06 del 6 febbraio 2006 della Sezione per gli atti normativi di questo Consiglio, relativo allo schema di codice dei contratti pubblici. In quella sede, oltre a richiedere una modifica (non recepita dal Governo) della disposizione oggi ancora contenuta nell'art. 32, comma 3, del codice, si era anche affermato che “in ogni caso, ove si intenda mantenere la previsione, sul presupposto di una portata ampia della legge delega, che in ogni caso chiama il Governo alla definizione di un nuovo quadro giuridico per il recepimento, dovrebbe risultare chiaro che la gara per la scelta del socio è stata svolta in vista proprio della realizzazione dell'opera pubblica o del servizio che successivamente si affida senza gara, con menzione delle caratteristiche dell'opera e del servizio nel bando della gara celebrata per la scelta del socio. Ciò al fine di assicurare che il mercato sia stato messo in grado di conoscere la serie di atti che vengono poi posti in essere con l'affidamento diretto.”.

Si veda pure, sempre nel senso anzidetto, la decisione della V sez. di questo Consiglio di Stato n. 3672/05 – che si riferisce ad un caso in cui un comune pugliese aveva bandito una gara per la costituzione di una società alla quale *contestualmente* affidare la gestione dell'anagrafe tributaria comunale – laddove afferma che, ovviamente, tale modello è ben diverso da quello dell'*in house*, ma soprattutto che “tale tipo di partenariato pubblico-privato altro non è che una “concessione” esercitata sotto forma di società, attribuita in esito ad una selezione competitiva che si svolge a monte della costituzione del soggetto interposto” (cfr. anche, nello stesso senso, V sez., n. 272/05 e n. 2297/02).

8.5. L'esistenza di una gara che conferisca, di fatto, al socio privato l'“affidamento sostanziale” del servizio svolto dalla società mista consente di ricondurre l'ipotesi in questione a quel legittimo fenomeno di “partenariato pubblico-privato” (PPP) già da tempo affrontato dalle istituzioni comunitarie.

Si fa riferimento al Libro Verde pubblicato dalla Commissione europea il 30 aprile 2004 (cfr., in particolare, il par. 3, punti 53 ss.), laddove si afferma che la “cooperazione diretta tra il partner pubblico ed il partner privato nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria ...”, tra l'altro, “permette al partner pubblico di conservare un livello di *controllo* relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni ...”.

Tali tipologie di partenariato – prosegue la Commissione europea – non essendo disciplinate direttamente dal diritto comunitario degli appalti, dovrebbero comunque essere assoggettate al rispetto delle norme e dei principi in materia, non potendo “la scelta del

partner privato destinato a svolgere tali incarichi nel quadro del funzionamento di un'impresa mista ... essere dunque basata esclusivamente sulla qualità del suo contributo in capitali o della sua esperienza, ma dovrebbe tenere conto delle caratteristiche della sua offerta – che economicamente è la più vantaggiosa – per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire” (Libro Verde, cit., punto 58; cfr. pure i successivi punti 61, 62 e 63, che appaiono in linea con le affermazioni sin qui svolte dalla Sezione).

Le medesime conclusioni sono state fatte proprie dal Palamento europeo nella recente “Risoluzione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” del 26 ottobre 2006 (2006/2043 (INI)), dove si afferma, tra l'altro, che “se il primo bando di gara per la costituzione di un'impresa mista è risultato preciso e completo, non è necessario un ulteriore bando di gara” (punto 40).

9. Una volta ritenuta configurabile in via generale, sia pure nei limiti e alle condizioni sopra esposti, l'ammissibilità del ricorso a una società mista, occorre ora verificare se tali limiti e condizioni siano riscontrabili nel peculiare caso di specie, alla stregua della disciplina speciale ivi prevista e della più precisa descrizione fornita dalla referente amministrazione con la richiesta di riesame del quesito.

9.1. Dalla descrizione dell'assetto della specifica disciplina del caso di specie si evince non tanto un “interesse dell'amministrazione” a ricorrere al modello in esame (che, di per sé, nonostante l'espressa previsione legislativa, potrebbe non rivelarsi sufficiente, come si è detto *retro*, al punto 6) ma piuttosto quasi una necessità, in considerazione della stretta connessione del SIAN con l'esercizio di funzioni pubbliche (che appaiono ben definite dall'art. 15 del d.lgs. n. 173 del 1998, riportato *retro*, al punto 3.1).

Tale connessione – adeguatamente evidenziata dalla nuova ricostruzione del Ministero referente (riportata *retro*, ai punti 3.3 e 3.4) – non sembra consentire un integrale affidamento all'esterno del Sistema Informativo Agricolo Nazionale, pur rinvenendosi, per converso, l'esigenza di una peculiare professionalità e specializzazione tecnologica nella gestione del sistema medesimo che richiede, a condizioni ben definite, la “collaborazione” di un soggetto privato, altamente qualificato, che predisponga e mantenga l'infrastruttura tecnica necessaria a consentire lo svolgimento di quelle funzioni sul Servizio Informativo.

Nel caso di specie, in effetti, non si può parlare di vero e proprio “affidamento di un appalto” alla società mista SIN, che difatti svolge funzioni pubbliche affidatele *ope legis*, ma di necessità di individuare, con gara, un partner privato che svolga un servizio di supporto tecnologico (servizio ben definito in concreto e a tempo determinato, come si

vedrà), con la sola particolarità che – alla stregua delle particolari esigenze di interesse pubblico del caso di specie – questo servizio di supporto (come si è detto, in via generale, *retro*, al punto 8) non viene svolto con un “controllo esterno” da parte dell’amministrazione appaltante, ma con un più pregnante “controllo interno” del socio pubblico, nel caso di specie anche maggioritario.

In altri termini, sembra potersi rinvenire, ad avviso della Sezione, una connessione inscindibile tra la costituzione della società e l’esercizio delle funzioni del Sistema Informativo Agricolo Nazionale, molte delle quali – come si è detto – appaiono di tipo amministrativo e non delegabili ai privati. Ciò consente di fugare, in concreto, i dubbi di violazione della concorrenza che potrebbero invece insorgere laddove tali due momenti fossero separati ponendo l’accento su un “affidamento diretto” alla società mista, considerata come un soggetto privo di compiti amministrativi.

In questo caso, invece, l’affidamento vero e proprio appare in qualche modo traslato dall’AGEA alla società *ad hoc* prevista dalla legge, per intervenire nell’unico momento in cui occorre istituire un “interfacciamento” tra pubblico e privato e far ricorso a un “patrimonio di conoscenze tecniche e tecnologie specializzate ed aggiornate tipiche delle imprese private”: il momento della scelta del “socio di lavoro” con una gara che, al tempo stesso, ne definisca specificamente il ruolo (e, quindi, il servizio da rendere), ne chiarisca le forme di controllo “interno” da parte dell’amministrazione e ne delimiti temporalmente la durata.

9.2. Una volta rilevata la peculiarità del caso in esame – che consente quantomeno di rinvenire l’esistenza di particolari ragioni che inducono a ritenere funzionale il ricorso alla figura della società mista come “forma di collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori” – appare altresì sussistere, in capo al socio privato, la prima delle condizioni individuate *retro*, al punto 8.3, ovvero quel ruolo di “socio operativo, o di lavoro”, munito delle necessarie conoscenze tecnico-informatiche per consentire alla società pubblico privata di prestare il servizio informatico previsto dalla legge.

Nella fattispecie, come si ricava dagli ulteriori chiarimenti forniti alla Sezione nella richiesta di riesame, la procedura di selezione non ha mirato soltanto alla scelta di un socio privato, ma ha anche delineato in modo chiaro i compiti che il socio privato è chiamato a svolgere e il ruolo di controllore del socio pubblico rispetto alle attività “operative” del socio privato.

Come si ricava da più aspetti degli atti di gara (dal peso preponderante fornito alla parte tecnica dell'offerta al contratto di servizio quadro che costituiva parte integrante della disciplina dell'appalto, ai patti parasociali resi pubblici negli atti di scelta del contraente), la procedura selettiva era stata apertamente finalizzata all'individuazione di un "socio industriale", il cui apporto non si sarebbe esaurito nel conferimento di capitali, ma sarebbe principalmente consistito nell'assunzione in proprio delle prestazioni affidate alla società nel suo complesso, con l'accollo di tutti i rischio connessi alla gestione tecnico-finanziaria. L'AGEA, insomma, ha predisposto una procedura concorsuale finalizzata non alla selezione di un semplice socio finanziario, bensì alla individuazione di un partner "operativo" chiamato a svolgere le prestazioni strumentali alla gestione e sviluppo del SIAN all'interno della società mista.

In altri termini, nel caso di specie non sembrano rinvenirsi possibilità di elusione della normativa comunitaria, poiché, come richiesto dall'ipotesi generale identificata *retro*, al punto 8 e ai relativi sottopunti, lo stesso bando ha mirato non solo alla scelta del socio, ma anche all'affidamento del servizio "operativo" da svolgere.

9.3. Oltre alla precisa definizione dell'oggetto dell'affidamento al privato che sarebbe stato prescelto come socio della SIN, la gara ha altresì soddisfatto la seconda condizione sopra indicata: quella della durata temporalmente limitata del partenariato.

Come si evince dagli atti, la partecipazione del socio privato al capitale della società ha carattere temporaneo e limitato nel tempo, con una durata di nove anni (tale elemento non ha, peraltro, limitato la partecipazione alla gara, atteso il considerevole numero di partecipanti).

Altrettanto definite appaiono, nel caso di specie, le modalità di "uscita" del socio privato alla scadenza del termine: dopo i nove anni, infatti, è previsto che le quote del socio private siano trasferite al socio pubblico al prezzo che sarà determinato, in base a regole già fissate e contenute nei documenti di gara, da un *advisor* nominato da entrambi i soci. L'importo in questione costituirà la nuova base d'asta per il successivo periodo, ed in tal modo l'AGEA non sarà neppure gravata da oneri per il riacquisto delle quote.

Tale dettagliata disciplina appare alla Sezione particolarmente importante, poiché in tal modo non si può neanche astrattamente configurare, nel caso di specie, una situazione — che certamente avrebbe destato perplessità in ordine alla compatibilità con il sistema europeo degli appalti pubblici — in cui il privato, pur se scelto con gara pubblica, potrebbe divenire parte integrante, a tempo indeterminato, del soggetto pubblico che svolge determinate funzioni, fruendo così di una distorsiva rendita di posizione.

9.4. Non sembra, infine, che si possa rinvenire una residuale incompatibilità della situazione in esame con la nuova (e per certi versi più restrittiva degli stessi principi comunitari) disciplina di cui all'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006.

Difatti, l'ambito di applicazione soggettivo del d.l. riguarda (salve ovviamente le contestazioni delle Regioni dinanzi alla Corte costituzionale) le società "costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali", mentre qui si verte di una società costituita da un ente statale, e in ogni caso la normativa in questione si potrebbe configurare come *lex specialis* (poiché relativa specificamente al Sistema Informativo Agricolo Nazionale), derogatoria rispetto alla previsione generale del d.l. n. 223, ancorché antecedente ad essa.

Ma, anche a prescindere da ciò e a far assurgere il contenuto dell'art. 13 a norma di principio, integrativa della disciplina di tutte le società miste, si rileva come la SIN appaia rispettare, in concreto, anche tale nuova e più restrittiva disciplina. Difatti, secondo le attestazioni della referente amministrazione, essa "svolge le attività solo nel settore assegnato dallo Statuto in coerenza con la legge che prevede la sua istituzione e solo con riferimento ai soggetti pubblici interessati al servizio stesso, così come precisamente individuati nell'art. 15 del d.lgs. 30 aprile 1998, n. 173".

9.5. Alla stregua di quanto esposto, il caso di specie sembra quindi rientrare, sotto tutti i suoi aspetti, nel caso generale di cui si è detto *retro*, al punto 8 e ai relativi sottopunti: può quindi affermarsi la sua complessiva compatibilità con la normativa comunitaria e nazionale.

La ammissibilità della scelta legislativa del modello della società mista nel caso di specie non esime, ovviamente, l'amministrazione dal perseguimento di tutte le ulteriori cautele che si impongono in una situazione di così stretta commistione tra l'esercizio di funzioni pubbliche e l'attività del socio "operativo" privato.

Esse non costituiscono oggetto del quesito e vertono, peraltro, su aspetti non esaurientemente trattati dalla referente amministrazione. Tuttavia, la Sezione ritiene opportuno, comunque, richiamare l'attenzione del Ministero sull'esigenza di considerare tale aspetto: si pensi, ad esempio, alla necessità che nell'ambito della società SIN sia ben definito il regime del trattamento dei dati riservati relativi ad amministrazioni pubbliche e dei dati personali dei soggetti privati (come si è detto, il SIAN è interconnesso, tra l'altro, con l'Anagrafe tributaria del Ministero delle finanze, con i Nuclei antifrode specializzati

della Guardia di finanza e dell'Arma dei carabinieri, con l'INPS, con le camere di commercio, etc.).

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere della Sezione.

IL PRESIDENTE DELLA SEZIONE
(Livia Barberio Corsetti)

L'ESTENSORE
(Luigi Carbone)

IL SEGRETARIO D'ADUNANZA
(Anna Vitale)

Allegato 6**Lista completa CPV (richiamata nel paragrafo 3.3)**

CPV	OGGETTO
32524000-2	SISTEMA DI TELECOMUNICAZIONI
32571000-6	INFRASTRUTTURE PER COMUNICAZIONI
48180000-3	PACCHETTI SOFTWARE MEDICI
48210000-3	PACCHETTI SOFTWARE PER RETI
48218000-9	PACCHETTI SOFTWARE PER LA GESTIONE DI LICENZE
48321000-4	PACCHETTI SOFTWARE PER DISEGNO ASSISTITO DAL CALCOLATORE (CAD)
48461000-7	PACCHETTI SOFTWARE ANALITICI O SCIENTIFICI
48462000-4	PACCHETTI SOFTWARE MATEMATICI O PREVISIONALI
48510000-6	PACCHETTI SOFTWARE DI COMUNICAZIONE
48511000-3	PACCHETTI SOFTWARE DI COMUNICAZIONE DESKTOP
48517000-5	PACCHETTI SOFTWARE IT
48520000-9	PACCHETTI SOFTWARE MULTIMEDIA
48611000-4	PACCHETTI SOFTWARE PER BASE DATI
48612000-1	SISTEMA DI GESTIONE DI BASE DATI
48613000-8	GESTIONE ELETTRONICA DATI
48614000-5	SISTEMA DI ACQUISIZIONE DATI
48621000-7	PACCHETTI SOFTWARE DI SISTEMI OPERATIVI PER UNITÀ CENTRALE
48771000-3	PACCHETTI SOFTWARE GENERALI
48783000-0	PACCHETTI SOFTWARE DI GESTIONE DEI CONTENUTI
48810000-9	SISTEMI DI INFORMAZIONE
48920000-3	PACCHETTI SOFTWARE DI OFFICE AUTOMATION

48941000-6	PACCHETTI SOFTWARE PER MODELLI
48981000-8	PACCHETTI SOFTWARE DI COMPILAZIONE
48983000-2	PACCHETTI SOFTWARE DI SVILUPPO
48991000-1	PACCHETTI SOFTWARE PER FOGLI DI CALCOLO
50320000-4	SERVIZI DI RIPARAZIONE E MANUTENZIONE DI COMPUTER PERSONALI
51212000-1	SERVIZI DI INSTALLAZIONE DI ATTREZZATURE DI REGISTRAZIONE DELLE PRESENZE
64210000-1	SERVIZI TELEFONICI E DI TRASMISSIONE DATI
64211000-8	SERVIZI TELEFONICI PUBBLICI
64216120-0	SERVIZI DI POSTA ELETTRONICA
72150000-1	SERVIZI DI CONSULENZA PER VERIFICHE DI SISTEMI E ATTREZZATURE INFORMATICHE
72212218-0	SERVIZI DI PROGRAMMAZIONE DI SOFTWARE DI GESTIONE DELLE LICENZE
72224000-1	SERVIZI DI CONSULENZA PER LA GESTIONE DI PROGETTI
72230000-6	SERVIZI DI SVILUPPO DI SOFTWARE PERSONALIZZATI
72253000-3	SERVIZI DI ASSISTENZA INFORMATICA E DI SUPPORTO
72260000-5	SERVIZI CONNESSI AL SOFTWARE
72261000-2	SERVIZI DI ASSISTENZA SOFTWARE
72262000-9	SERVIZI DI SVILUPPO DI SOFTWARE
72266000-7	SERVIZI DI CONSULENZA DI SOFTWARE
72267000-4	SERVIZI DI MANUTENZIONE E RIPARAZIONE DI SOFTWARE
72267100-0	MANUTENZIONE DI SOFTWARE DI TECNOLOGIA DELL'INFORMAZIONE
72268000-1	SERVIZI DI FORNITURA DI SOFTWARE
72310000-1	SERVIZI DI TRATTAMENTO DATI
72315200-8	SERVIZI DI GESTIONE DI RETI DI TRASMISSIONE DATI
72316000-3	SERVIZI ANALISI DI DATI
72318000-7	SERVIZI DI TRASMISSIONE DATI
72320000-4	SERVIZI DI BANCHE DATI
72321000-1	SERVIZI DI BANCHE DATI A VALORE AGGIUNTO

72330000-2	SERVIZI DI STANDARDIZZAZIONE E CLASSIFICAZIONE DI CONTENUTI O DATI
72411000-4	FORNITORI DI SERVIZI INTERNET (ISP)
72420000-0	SERVIZI DI PROGRAMMAZIONE DI INTERNET
72421000-7	SERVIZI DI PROGRAMMAZIONE DI APPLICAZIONI CLIENTE DI INTERNET O INTRANET
72510000-3	SERVIZI DI GESTIONE CONNESSI ALL'INFORMATICA
72514100-2	SERVIZI DI GESTIONE DI IMPIANTI MEDIANTE ATTREZZATURE INFORMATICHE
72514200-3	SERVIZI DI GESTIONE DI ATTREZZATURE INFORMATICHE PER LO SVILUPPO DI SISTEMI INFORMATICI
72590000-7	SERVIZI PROFESSIONALI CONNESSI AL COMPUTER
72610000-9	SERVIZI DI ASSISTENZA INFORMATICA PER COMPUTER
72611000-6	SERVIZI DI ASSISTENZA TECNICA INFORMATICA
72720000-3	SERVIZI DI RETE AD ESTENSIONE GEOGRAFICA
72810000-1	SERVIZI DI AUDIT INFORMATICO
73110000-6	SERVIZI DI RICERCA
73111000-3	SERVIZI DI LABORATORIO DI RICERCA
73220000-0	SERVIZI DI CONSULENZA NEL CAMPO DELLO SVILUPPO
73300000-5	PROGETTAZIONE E REALIZZAZIONE DI RICERCA E SVILUPPO
79417000-0	SERVIZI DI CONSULENZA IN MATERIA DI SICUREZZA
79710000-4	SERVIZI DI SICUREZZA
79993100-2	SERVIZI DI GESTIONE IMPIANTI

In aggiunta a questi CPV sono state filtrate tutte quelle gare nel cui lotto è presente almeno una delle seguenti parole chiave: "hardware", "software", "anagrafica" o "servizi demografici".