

LA COMMISSIONE EUROPEA DETTA LA LINEA SULLE SOCIETÀ PARTECIPATE: GARA UNICA, PROCEDURA CONCORRENZIALE, ONERE DI PREVENTIVA INFORMAZIONE SU CLAUSOLE STATUTARIE E PATTI PARASOCIALI.

Nota del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 3, 2008]



COMUNICAZIONE interpretativa della COMMISSIONE (COM/2007/6661) del 5 febbraio 2008, sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)

Con questa Comunicazione la Commissione offre alcuni importanti chiarimenti in tema di società miste, figura che nella 'toponimia' comunitaria rientra nei cd. *partenariati pubblico - privati istituzionalizzati* (PPPI).

Si tratta di precisazioni importanti e attese (¹), soprattutto dagli operatori nazionali, i quali, in assenza di indicazioni normative, si trovavano alla *mercee* di orientamenti giurisprudenziali ondivaghi, con il rischio dar vita a strutture societarie secondo procedure non conformi al diritto comunitario. Di questa incertezza è rappresentativa la formula utilizzata dai giudici del Consiglio di Stato nell'Adunanza Plenaria del 3 marzo 2008 n. 1, i quali, intervenendo in tema di società miste ed in particolare sulle procedure necessarie per la scelta del socio privato e l'affidamento di servizi, hanno indicato quale soluzione la gara unica ma, al contempo, hanno dichiarato che *“allo stato attuale, in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non è elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo. Si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni “praeter legem”, che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia”* (pt. 12 sentenza) (²).

La Comunicazione definisce quelle che, secondo la Commissione, devono essere *“le modalità di applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni in caso di costituzione e gestione di partenariati pubblico - privati istituzionalizzati”*; tali modalità sono precisate in stretta aderenza alla giurisprudenza della Corte di Giustizia,

¹ Si consideri che fin dalla consultazione pubblica avviata con il Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (COM/2005/569 del 15 novembre 2005) era emersa la necessità concreta di chiarire l'applicazione di tali regole nel caso dei partenariati pubblico-privati cosiddetti "istituzionalizzati" (PPPI).

² È curioso rilevare che la sentenza del Consiglio di Stato, sebbene pubblicata il 3 marzo 2008 ovvero dopo la data della Comunicazione, è stata deliberata il 10 dicembre 2007 e quindi non ha potuto avvalersi delle indicazioni espresse dalla Commissione europea, la cui Comunicazione qui in commento è datata 5 febbraio 2008.

unico organo a cui spetta, in ultima istanza, l'interpretazione del diritto comunitario ⁽³⁾.

Le fattispecie prese in considerazione dalla Commissione riguardano:

- la **costituzione di una nuova società** con capitale detenuto congiuntamente della pubblica amministrazione e da uno o più soci privati e l'affidamento alla stessa di un appalto pubblico o di una concessione;
- **l'entrata di un socio privato in una società pubblica esistente** che sia affidataria diretta di appalti pubblici o concessioni (in house).

In entrambi i casi le procedure per la scelta del socio privato e l'aggiudicazione devono, secondo la Commissione, tenere conto dei principi comunitari (parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento) e, nel caso di affidamento di appalti pubblici, delle direttive in materia.

Va da sé, come viene precisato, che la soluzione di una doppia procedura di gara (la prima per la selezione del socio privato e la seconda per l'affidamento) è "*difficilmente praticabile*", mentre è conforme alle regole comunitarie l'ipotesi di una gara unica che abbia per oggetto tanto l'aggiudicazione (dell'appalto pubblico o della concessione), quanto la valutazione del contributo operativo / amministrativo del socio privato. Al termine del confronto concorrenziale, quindi, si avrà la costituzione della società mista e contestualmente l'aggiudicazione ⁽⁴⁾.

Altre indicazioni riguardano:

- **le procedure di aggiudicazione.** Secondo la Commissione nel caso di scelta del socio privato e affidamento di appalti pubblici le procedure *aperte* o *ristrette* previste dalla Dir. appalti 2004/18/CE non offrono

³ Quanto alla forza cogente della Comunicazione rileviamo che, in via generale, la Corte ha stabilito in altre occasioni l'obbligo per i giudici nazionali di prendere in considerazione questi atti atipici (le Comunicazioni), non vincolanti, ai fini della soluzione delle controversie "*qualora risultino essere loro di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate per implementare atti comunitari sui generis, oppure, per completare norme comunitarie vincolanti*". Cfr. MENGOZZI P., *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997, p. 257, il quale parla di un fenomeno di assimilazione giustificato dal fatto che in questo tipo di documenti "*i precedenti giurisprudenziali concretati dalla Corte di giustizia illuminano l'interpretazione del diritto scritto venendo ad assumere, rispetto ad esso, una posizione centrale e tendenzialmente prevalente*".

⁴ Sul punto, in assenza di precise indicazioni, gli orientamenti dei giudici nazionali portavano a soluzioni differenti, efficacemente sintetizzate nella sentenza del CdS, Ad. Pl., 3 marzo 2008 n. 1, nella quale viene rilevato che ad atteggiamenti di totale chiusura nei confronti della possibilità di affidare direttamente a società miste la gestione dei servizi (vd. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sent. n. 589/2006 secondo la quale sarebbe necessario l'esperimento di una specifica gara, diversa e successiva rispetto a quella per l'individuazione del socio privato di minoranza), fa da contraltare la tesi sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza, per la quale la società mista a prevalente partecipazione pubblica può essere sempre affidataria diretta dei servizi, alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive.

sufficienti margini di flessibilità, mentre sembra più adeguata la procedura del dialogo competitivo *“che ha il duplice scopo di salvaguardare la concorrenza tra gli operatori economici e di tener conto della necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell’appalto”*;

- **le informazioni da inserire nel bando e da pubblicare prima dell’avvio della procedura di selezione.** Tali informazioni, in attuazione ai principi di trasparenza e parità di trattamento, devono riguardare non solo il proposito dell’amministrazione di costituire una società mista cui affidare un appalto pubblico o una concessione, ma anche i criteri in base ai quali verranno valutate le capacità del socio privato (ad es. situazione personale, la capacità economica e finanziaria, l’abilitazione all’esercizio dell’attività professionale e le capacità tecniche e/o professionali etc.). A parere della Commissione devono essere indicate nel bando anche le possibilità di rinnovo o di modifica degli incarichi affidati e specificate le condizioni per l’assegnazione di nuovi compiti. Infine il bando deve prevedere chiarimenti in ordine allo statuto e all’atto costitutivo, ad eventuali accordi tra gli azionisti (cd. patti parasociali) e ai possibili rapporti futuri tra i soci.

Nella Comunicazione vien rilevata altresì l’importanza di adottare misure specifiche per garantire una netta separazione tra le persone che predispongono il bando di gara e decidono l’aggiudicazione dell’appalto e quelle a cui è affidata la gestione della società mista, ciò per impedire la trasmissione di informazioni riservate, dall’amministrazione alla società.

Per il diritto comunitario nulla osta a che la società mista, come qualsiasi altro operatore economico, possa partecipare a gare di appalto pubbliche anche se bandite dall’ente che è socio della società. Sul punto sembra essere conforme anche la giurisprudenza nazionale, si veda ad esempio la recente decisione del Consiglio di Stato (n. 3499, dell’11 luglio 2008) secondo la quale le garanzie offerte dalla procedura dell’evidenza pubblica valgono ad escludere che *“la partecipazione nella società da parte dell’ente pubblico che bandisce la gara possa rappresentare, di per sé, un fattore distorsivo della concorrenza e, quindi, offrire alla società partecipata un illegittimo vantaggio a scapito delle altre imprese”*.