

Sulla partecipazione a gare di appalto da parte di società miste regionali e locali
Consiglio di Stato, sez. V, decisione 25.08.2008 n. 4080 ([Francesco Logiudice](#))

La V Sezione è chiamata a delineare l'ammissibilità o meno della partecipazione delle società miste, costituite da enti locali per la gestione di servizi pubblici all'interno del territorio di riferimento, alle gare indette da altre amministrazioni.

Il regime delle norme e dei principi che regolano l'attività delle società miste regionali e locali è enunciato dall'art. 13, [d.l. n. 223/2006](#) (cd Bersani), sostituito dalla [legge di conversione n. 248/2006](#), novellato dall'art. 1, co. 720, della [l. n. 296/2006](#), in vigore dal 1 gennaio 2007, rubricato - *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza* - che così dispone:

"1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente 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, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.

2. Le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1 ...omissis..."

Il Consesso ritiene che, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 13 del decreto legge Bersani, le società miste, costituite da enti locali per la gestione di servizi pubblici all'interno del territorio di riferimento, non possono più partecipare a gare di appalto indette da altre Amministrazioni.

E', pertanto, illegittima l'aggiudicazione della gara in favore di una società mista costituita da diverso Comune, stante la vigenza del divieto in questione.

I Giudici, inoltre, richiamano la recente pronuncia dell'[Adunanza plenaria n. 1/2008](#), secondo cui, in particolare, il divieto sancito dall' art. 13 del dl Bersani rafforza la regola dell'esclusività evitando che, dopo l'affidamento del servizio pubblico, la società possa andare ad occuparsi di altro.

Il divieto *rimarca la differenza tra concorrenza «per» il mercato e concorrenza «nel» mercato disvelando le sue plurime rationes essendi: tutela dell'imprenditoria privata e della leale concorrenza, repressione della greppia partitica e burocratica.*

Invero, la Sezione V aggiunge che, nel sistema normativo anteriore alla [L. n. 166/02](#) (c.d. Merloni *quater* che aveva abrogato l'art. 2, co. 5 bis, [l. 109/94](#)), si doveva ritenere che né il TUEL, né l'art. 2, co. 5 bis, [l. n. 109/1994](#), nel testo introdotto dalla l. n. 415 del 1998 (c.d. Merloni *ter*), precludessero *ex se* agli enti aggiudicatori, e, segnatamente, alle società miste costituite dagli enti locali, di operare sul mercato in veste di esecutori di lavori pubblici per conto di stazioni appaltanti terze.

Nell'attuale quadro normativo, tuttavia, l'art. 13 dl Bersani - attuando l'art. 41 Cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà - esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a

tutte le stazioni appaltanti, tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento (valutazione dell'ammissibilità delle offerte, aggiudicazione provvisoria o definitiva, approvazione, stipula del contratto).

E' evidente, pertanto, che nel caso di specie la stazione appaltante non avrebbe dovuto procedere all'aggiudicazione della gara.

(Altalex, 12 settembre 2008. Nota di [Francesco Logiudice](#))

Consiglio di Stato

Sezione V

Decisione 25 agosto 2008, n. 4080

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso iscritto al NRG 6745\2007, proposto da Hera Luce s.r.l. in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con C.A.I.E.C. s.c.a.r.l. e C.O.I.E.C. elettrodotti s.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Carullo ed elettivamente domiciliata presso lo studio Grez in Roma, lungotevere Flaminio n. 46;

contro

Co.GE.I. - Compagnia Gestione Illuminazione s.r.l. - e Impianti Elettrici Telefonici - S.I.M.E.T. s.r.l. - in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Mauro Barberio, Paola Conticiani e Federico Tedeschini, domiciliate presso quest'ultimo in Roma, largo Messico n. 7;

e nei confronti di

Comune di Nuoro, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Arcangelo Guzzo ed elettivamente domiciliato in Roma, via L. Pisano n. 16;

Federutility - Federazione delle Imprese Energetiche e Idriche - in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Franco Gaetano Scoca ed elettivamente domiciliato in Roma, via G. Paisiello n. 55.

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, sezione I, n. 1209 dell'8 giugno 2007.

Visto il ricorso in appello;

visti gli atti di costituzione in giudizio di CO.GE.I. - Compagnia Gestione Illuminazione s.r.l. - e Impianti Elettrici Telefonici - S.I.M.E.T. s.r.l. e del comune di Nuoro;

visto l'atto di intervento *ad adiuvandum* di Federutility - Federazione delle Imprese Energetiche e Idriche -;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza del 10 giugno 2008 la relazione del consigliere Vito Poli, uditi gli avvocati Iaria su delega dell'avvocato Carullo, Guzzo, Tedeschini e Scoca;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Il comune di Nuoro ha indetto una gara di appalto concorso - da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 23, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 135 del 1995 - per la gestione del servizio integrato di acquisto di energia elettrica, esercizio e gestione degli impianti di illuminazione, manutenzione ordinaria, programmata e straordinaria.

Alla gara hanno partecipato, *inter alios*, l'a.t.i. fra Co.GE.I. - Compagnia Gestione Illuminazione s.r.l. - (mandataria) e Impianti Elettrici Telefonici - S.I.M.E.T. s.r.l. (in prosieguo Cogei) - e l'a.t.i. costituita fra Hera Luce s.r.l. (mandataria) con C.A.I.E.C. s.c.a.r.l. e C.O.I.E.C. elettrodotti s.c. (in prosieguo Hera Luce).

Giova fin d'ora precisare (sulla scorta di quanto espressamente affermato nell'atto di appello) che Hera Luce è controllata da enti locali dell'Emilia Romagna e da Hera s.p.a., a sua volta controllata in via maggioritaria dal comune di Bologna.

La gara è stata aggiudicata in via definitiva a Hera Luce con la determinazione dirigenziale n. 67 del 12 gennaio 2007, al secondo posto si è classificata la Cogei.

1.1. Avverso il bando e tutti gli atti di gara è insorta, davanti al T.a.r. per la Sardegna, la Cogei articolando, con ricorso principale e atti di motivi aggiunti, numerose censure, ed in particolare con le prime due:

1. eccesso di potere per carenza di istruttoria e per travisamento dei fatti, violazione del giusto procedimento; si lamenta che la commissione non abbia verificato che l'aggiudicataria, in quanto società mista operante *extra moenia*, non avesse distratto mezzi e risorse in modo tale da non arrecare pregiudizio alle collettività di riferimento;
2. violazione dell'art. 3, lett. n) del disciplinare e del punto III.2.1. del bando di gara nella parte in cui impongono a pena di esclusione, quale requisito di partecipazione, la «titolarità di almeno un contratto pluriennale in corso di regolare esecuzione nel triennio 2002 - 2004 della durata non inferiore a cinque anni, relativa ad un servizio tipologicamente identico a quello oggetto della gara»; si lamenta che Hera Luce abbia fatto riferimento ad un requisito non posseduto direttamente ma dalla sua controllante Hera s.p.a.

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Sardegna, sezione I, n. 1209 dell'8 giugno 2007 -:

1. ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso principale e degli atti di motivi aggiunti (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);
2. ha accolto, con dovizia di argomenti, il primo e secondo motivo;
3. ha assorbito le ulteriori censure;
4. ha respinto la domanda di risarcimento del danno (anche tale capo non è stato impugnato dalla Cogei);
5. ha condannato le parti intimare alla refusione delle spese processuali.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, Hera Luce ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza contestando i due capi sfavorevoli con altrettanti autonomi motivi.

4. Si sono costituiti la Cogei ed il comune di Nuoro, la prima per dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame in fatto e diritto, il secondo per aderire all'appello.

Ha proposto atto di intervento *ad adiuvandum* Federutility - Federazione delle Imprese Energetiche e Idriche - (in prosieguo Federutility).

5. Con ordinanza di questa sezione n. 5617 del 26 ottobre 2007 è stata dichiarata inammissibile l'istanza cautelare proposta da Hera.

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 10 giugno 2008.

6. In considerazione della infondatezza, nel merito, dell'appello proposto da Hera può prescindersi dall'esame delle eccezioni di inammissibilità del gravame e dell'atto di intervento di Federutility sollevate dalla difesa della Cogei.

Nell'atto di intervento si sollevano una serie di eccezioni di inammissibilità del ricorso originario di primo grado, che, oltre ad essere pretestuose in fatto e diritto, non possono essere esaminate perché sui vari punti deve ritenersi formato il giudicato implicito non avendo Hera Luce sollevato corrispondenti mezzi di gravame; è noto, infatti, che l'interventore *ad adiuvandum* in appello non può ampliare il perimetro del relativo *thema decidendum*.

7. Con il primo mezzo si contesta, da più angolazioni, che Hera avrebbe dovuto essere esclusa per la mancata dimostrazione di non aver sottratto risorse alle collettività di riferimento; in particolare si deduce che:

1. nessuna norma vieta alle società miste di partecipare a gare di appalto *extra moenia* in quanto le stesse sono soggetti muniti di piena capacità giuridica, salvo modesti limiti funzionali;
2. la dimostrazione della non distrazione di risorse non costituisce in senso proprio requisito di ammissione alla gara o presupposto per la stipulazione del contratto;
3. la società mista che partecipa alla gara *extra moenia* non è onerata della relativa prova;
4. il seggio di gara non è tenuto ad esplicitare sul punto particolare attività istruttoria;
5. in concreto nessun *vulnus* subiscono le comunità territoriali di riferimento a cagione della partecipazione della società da essi controllata alla gara per cui è causa.

7.1. Il mezzo è integralmente infondato.

La questione centrale sottesa al gravame consiste nello stabilire se le società miste costituite da enti locali per la gestione di servizi pubblici all'interno del territorio di riferimento, possano partecipare a gare di appalto (di servizi nel particolare caso di specie) indette da altre amministrazioni.

7.2. Per quanto concerne il tema generale della ammissibilità delle società miste, sono stati valorizzati al massimo (cfr. da ultimo Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; sez. II, 18 aprile 2007, n. 456/07) i recenti orientamenti dei giudici comunitari in ordine alla definizione del requisito del «controllo analogo» al fine di stagliare la differenza tra il modello della gestione *in house* rispetto a quello della società mista: il primo essendo oramai ammissibile solamente a condizione di una partecipazione pubblica totalitaria; il secondo presupponendo invece da sempre, per definizione, l'investimento di capitale privato. L'affermazione di compatibilità del modello della società mista, ai sensi della disciplina vigente, avviene però sulla base di due premesse di fondo e a condizione che siano presenti altrettante garanzie.

Le due premesse sono date:

a) dalla ricordata differenza tra i modelli dell'*in house* e della società mista, tale da consentire di valutare la compatibilità del secondo modello secondo criteri autonomi;

b) dall'esito paradossale — proprio «nella logica comunitaria della tutela della concorrenza» — cui si perverrebbe ove si dovessero ammettere solamente la soluzione (necessariamente) «tutta pubblica» dell'*in house* oppure quella «tutta privata» del ricorso integrale al mercato a norma dell'art. 113, 5° comma, lett. a), finendo per escludere un modello — quello delle società miste — (comunque) più orientato verso il mercato di quanto non sia quello dell'*in house*.

In ordine alle «garanzie», ai fini dell'ammissibilità del modello, si richiede:

1. che la società sia costituita per l'erogazione di servizi da rendere prevalentemente a favore del soggetto pubblico che l'ha costituita; in questo contesto la gara per la scelta del socio vale anche a definire il servizio operativo demandato allo stesso (la gara in pratica conferisce al privato, configurabile come socio industriale ed operativo, l'affidamento sostanziale del servizio svolto dalla società mista), escludendo di contro l'ammissibilità di società miste «aperte»;
2. che si preveda un termine di scadenza e la necessità di un rinnovo, evitando che il privato diventi socio stabile della società mista.

Al cospetto di queste garanzie si esclude la necessità di indire una seconda gara (oltre che per la scelta del socio privato) anche per l'affidamento del servizio, sottolineandosi come, altrimenti, l'amministrazione si troverebbe ad assumere la duplice veste di stazione appaltante e di socio di una delle società concorrenti, in palese conflitto di interessi.

Tanto più che con simili garanzie il modello finirebbe per corrispondere in massima parte a quello emergente dall'evoluzione legislativa più recente, testimoniata in particolare dall'art. 13, d.l. n. 223 del 2006 (sul quale ci si soffermerà meglio in prosieguo) volto a contenere l'attività delle società a capitale interamente pubblico o misto entro i limiti del soddisfacimento dello specifico bisogno territoriale. Quello stesso modello troverebbe, inoltre, la sua fonte di legittimazione comunitaria nel libro verde sul «partenariato pubblico-privato» pubblicato dalla commissione europea il 30 aprile 2004.

In definitiva il modello della società mista non avrebbe carattere ordinario nel nostro sistema, costituendo piuttosto un'eccezione alla regola dell'integrale ricorso al mercato da parte dell'amministrazione, dovendosi fare decisa applicazione, anche in questa materia, del principio di

sussidiarietà orizzontale (già invocato in precedenza, con riferimento all'*in house*, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella segnalazione del 28 dicembre 2006, n. AS 375).

Tutto ciò rappresenta una novità rispetto alla posizione delle istituzioni comunitarie, orientate — almeno finora — per la piena alternatività tra autoproduzione ed esternalizzazione (nella gestione) del servizio.

Questo approdo tiene conto in modo palese delle recenti tendenze legislative nazionali ed in particolare del ricordato art. 13 d.l. n. 223 del 2006, le cui norme stabiliscono, anzi, a carico delle società pubbliche che producono beni o servizi strumentali al funzionamento delle amministrazioni regionali e locali (non, quindi, le società di gestione dei servizi pubblici locali), un vero e proprio vincolo di esclusività e non di «semplice» prevalenza, attraverso il rigido divieto di svolgere prestazioni a favore di soggetti pubblici e privati diversi dagli enti costituenti ed affidanti e l'obbligo di cessare entro ventiquattro mesi le attività non più consentite.

Sotto il profilo soggettivo, infine, il riferimento alle amministrazioni locali è stato interpretato in chiave estensiva includendovi anche gli enti locali non territoriali, in particolare le camere di commercio nel presupposto esplicito che il modello della società mista sia eccezionale e dunque generale il divieto stabilito dall'art. 13 cit. (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 settembre 2007, n. 322/07).

7.3. Per quanto attiene al settore dei servizi pubblici locali è noto, in termini generali ed in estrema sintesi, che l'art. 22, l. n. 142 del 1990 individuasse in origine cinque diversi modelli di gestione, tra i quali (oltre alla gestione in economia, alla concessione, all'istituzione e all'azienda speciale) quello della società a partecipazione pubblica, dapprima costituita unicamente in forma di s.p.a. e a prevalente o totale partecipazione pubblica, quindi, per effetto di successivi interventi legislativi, anche in forma di s.r.l. e senza il vincolo del capitale pubblico maggioritario; e come, dopo l'adozione del t.u. enti locali - d.lgs. n. 267 del 2000 e a seguito delle modifiche del 2003 (art. 14 d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito con l. 24 novembre 2003 n. 326), per i servizi «di rilevanza economica» l'attuale art. 113, 5° comma, preveda che il servizio pubblico possa essere affidato a:

1. società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
2. società a capitale misto pubblico e privato dove la gara è espletata per la scelta del socio privato (ma non anche per l'affidamento del servizio, come era stato, invece, previsto dall'art. 35, l. n. 448 del 2001, prima della ricordata modifica del 2003);
3. società a capitale interamente pubblico, senza il ricorso alla gara ma in presenza della duplice condizione che l'ente eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività in favore dell'ente medesimo.

Il modello sub c), in particolare, deve la sua origine e l'attuale disciplina all'elaborazione della giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza Teckal del 18 novembre 1999, causa C-107/98, nella quale per la prima volta si è escluso — così derogandosi alle regole della concorrenza — che l'obbligo della gara nell'affidamento del servizio trovi applicazione in assenza di (un rapporto di) alterità-terzietà tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società erogatrice. Assenza rinvenibile nei casi in cui l'amministrazione esercita sul gestore un «controllo analogo» a quello (esercitato) sui propri servizi e la società svolga «la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano»; all'insegna quindi di un rapporto di strumentalità e nei termini di una vera e propria delegazione interorganica.

A questi principî è venuto uniformandosi anche il legislatore italiano in occasione della ricordata modifica dell'art. 113 t.u. enti locali apportata dall'art. 14, d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003 n. 326, dopo che era stata avviata dalla commissione europea una procedura d'infrazione nei confronti della Repubblica italiana con riferimento alla normativa previgente.

Nel sistema normativo anteriore alla l. n. 166/02 (c.d. Merloni *quater* che ha abrogato l'art. 2, co. 5 *bis*, l. 109/94), si doveva ritenere che né il t.u. enti locali, né l'art. 2, co. 5 *bis*, l. n. 109 del 1994, nel testo introdotto dalla l. n. 415 del 1998 (c.d. Merloni *ter*), precludessero *ex se* agli enti aggiudicatori, e, segnatamente, alle società miste costituite dagli enti locali, di operare sul mercato in veste di esecutori di lavori pubblici per conto di stazioni appaltanti terze.

Conseguentemente, non era inibito a detti soggetti il conseguimento dell'attestazione di qualità di cui all'art. 8, l. n. 109 del 1994 (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843).

Per quanto riguarda la questione della possibilità, per le società miste costituite da enti locali, di svolgere attività imprenditoriali c.d. extraterritoriali, assumendo il ruolo di esecutori di appalti pubblici indetti da altre stazioni appaltanti pubbliche (diverse dagli enti locali che hanno dato vita alle società miste), tale questione era stata risolta in senso affermativo dalla giurisprudenza, sia pure con paletti e limitazioni volti a non snaturare il ruolo istituzionale delle società miste.

Si è infatti ritenuto, già nel vigore dell'art. 113 t.u. enti locali nel testo anteriore alle innovazioni introdotte con la l. n. 448 del 2001, con il d.l. n. 269 del 2003, e con la l. n. 350 del 2003, che «l'attività extraterritoriale, per tutte le figure per le quali esiste un vincolo teleologico al soddisfacimento dei bisogni della collettività locale, si appalesa subordinata alla dimostrazione che in tal guisa viene soddisfatta una specifica esigenza della medesima collettività, che non si traduca in un mero ritorno di carattere imprenditoriale, e va ritenuta non ammissibile se vi sia una concreta incompatibilità con gli interessi della collettività di riferimento, determinata da una distrazione di risorse e mezzi effettivamente apprezzabile e realisticamente in grado di arrecare pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico locale» (Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586).

Tale soluzione era stata elaborata partendo dal principio basilare secondo cui la società mista costituita da enti locali è strumentale al perseguimento degli interessi della collettività locale, non si può a priori escludere la possibilità di svolgimento di attività c.d. extraterritoriali, ma occorre, caso per caso, verificare, con specifiche indagini e studi, che l'espletamento di tali attività, da un lato contribuisca al miglior perseguimento dell'interesse della collettività locale, e, dall'altro lato, non si traduca in un aumento di costi per tale collettività, in termini di aumento di tasse o tariffe, o peggioramento del servizio.

Solo a tali condizioni, infatti, si soddisfa la duplice esigenza che, da un lato, le attività extraterritoriali della società mista non si traducano in pregiudizio e aumento di costi della collettività territoriale, in contrasto con i principî di efficienza e di equa misura di tasse e tariffe, e che, dall'altro lato, la società mista, una volta immessa sul mercato, vi operi in condizioni di effettiva concorrenza e parità con gli imprenditori privati, senza costituzione di una posizione di privilegio derivante dalla possibilità di usufruire, in violazione delle norme comunitarie e nazionali sugli aiuti pubblici alle imprese, di una dote economico-finanziaria costituita da denaro pubblico e, dunque, in definitiva, a carico della collettività (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843).

Le innovazioni introdotte con l'art. 35, l. n. 448 cit. e con il d.l. n. 269 del 2003 militano, del pari, nel senso della possibilità, entro certi limiti (meglio precisati in prosieguo), che la società mista assuma appalti pubblici anche affidati da soggetti terzi rispetto a quelli che le hanno dato vita.

In particolare:

— l'art. 35 l. n. 448 del 2001 aveva vietato la c.d. extraterritorialità, ma solo al termine di un periodo transitorio (così statuendo: «A far data dal termine di cui al primo periodo, è comunque vietato alle società di capitali in cui la partecipazione pubblica è superiore al cinquanta per cento, se ancora affidatarie dirette, di partecipare ad attività imprenditoriali al di fuori del proprio territorio»);

— tale divieto è stato abrogato dall'art. 14 l. n. 326 del 2003 (recante conversione del d.l. n. 269 del 2003);

— la l. n. 350 del 2003 ha introdotto il divieto di extraterritorialità solo alla fine di un periodo transitorio (art. 113, commi 6 e 15 *quater*, t.u. enti locali).

7.4. Prima dell'entrata in vigore del più volte menzionato art. 13, d.l. n. 223 del 2006, la giurisprudenza amministrativa si è attestata sul principio in base al quale le società miste, pur legittimate in via di principio a svolgere la propria attività anche al fuori del territorio del comune dal quale sono state costituite, in quanto munite dal legislatore di capacità imprenditoriale, fossero pur sempre tenute, per il vincolo genetico-funzionale che le lega all'ente di origine, a perseguire finalità di promozione dello sviluppo della comunità locale di emanazione.

Si è chiarito che il vincolo funzionale che la norma istitutiva ha implicitamente imposto alle imprese miste va confrontato con l'impegno extraterritoriale richiesto in concreto e inibisce tale attività quando diventino rilevanti le risorse e i mezzi eventualmente distolti dalla attività riferibile alla collettività di riferimento senza apprezzabili utilità per queste ultime. Si tratta, in definitiva, di verificare che l'impegno da assumere non comporti una distrazione di mezzi e risorse tali da arrecare pregiudizio alla predetta collettività, in sostanza la necessità di una concreta verifica intesa ad accertare se l'impegno extraterritoriale eventualmente non distolga, e in caso positivo in che rilevanza, risorse e mezzi, senza apprezzabili ritorni di utilità (anch'essi da valutarsi in relazione all'impegno profuso e agli eventuali rischi finanziari) per la collettività di riferimento.

Tale verifica non può che ritenersi rimessa alle commissioni giudicatrici delle gare quando a queste chiedano di partecipare società miste.

La capacità, in termini di mezzi tecnici e finanziari, della società mista ad assumere, in aggiunta a quelle derivanti dal servizio svolto per l'ente di riferimento, anche il servizio oggetto della specifica gara alla quale chiede di partecipare, attiene alla legittimazione della società a partecipare alla gara ed assume quindi la valenza di un requisito soggettivo che, in quanto tale, deve essere assoggettato a verifica come avviene per altri requisiti soggettivi. La prova di tale requisito soggettivo, secondo i principi stessi della partecipazione alle gare, incombe sull'aspirante (cfr. Cons. giust. amm., 21 marzo 2007, n. 197).

Nella specie è pacifico che Hera Luce non abbia fornito tale prova (al momento della presentazione della domanda) e che la Commissione non abbia svolto la necessaria attività istruttoria.

7.5. In ambito comunitario la Corte UE ha mostrato di considerare le società miste un elemento di disturbo del mercato privato.

Al punto che per mitigare gli effetti della loro presenza ha forgiato due correttivi che corrispondono ai principi che, sincreticamente, sono indicati come quelli del "*controllo analogo*" e della "*attività prevalente*", vale a dire della tendenziale esclusività della attività economica a favore dell'azionista.

Emblematico su tale ultimo aspetto è il cammino percorso dalla Corte U.E. che ha sempre più ristretto il concetto espresso dalla locuzione *"parte più importante"*, lasciando prevedere che il traguardo definitivo della totale esclusività sia assai prossimo.

Si parte infatti dalla espressione *"parte più importante"* della sentenza Teckal, redatta in lingua italiana, e Stadt Halle, redatta in lingua tedesca, alla complessa motivazione della sentenza Parken Brixen, alla locuzione *"sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale in questione"*, nella sentenza 11 maggio 2006 C340/04, Carbotermo, che al punto 62 utilizza l'espressione *"sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale"*, e nel punto successivo afferma: *"solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione ed ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale"*.

Anche la giurisprudenza di questo Consiglio che più ha approfondito la questione ha evidenziato i medesimi pericoli paventati a livello europeo (cfr. Cons. giust. amm.Reg.ric., 4 settembre 2007, n. 719).

Si è sottolineato il rischio che si creino particolari situazioni di privilegio per alcune imprese, quando queste ultime usufruiscano, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi. Il privilegio economico non necessariamente si concretizza, brutalmente, nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese. Anche in questo senso, il privilegio non necessariamente si realizza in modo semplicistico introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche, ed in maniera più sofisticata, garantendo all'impresa una partecipazione sicura al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali, in sintesi: un minimo garantito. Non è necessario che ciò determini profitto, purché l'impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale. In una tale situazione, è fin troppo evidente che ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l'impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all'ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall'ammortamento delle spese generali. Nell'uno o nell'altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la *par condicio* delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorcente di una semplice elusione del sistema delle gare. Potenzialmente ciò induce ed incoraggia il capitalismo di Stato e conduce alla espulsione delle imprese private marginali.

7.6. Ad arricchire il quadro delle norme e dei principi che regolano l'attività delle società miste regionali e locali è sopraggiunto l'art. 13, d.l. n. 223 del 2006, sostituito dalla l. di conversione n. 248 del 2006, novellato dall'art. 1, co. 720, della l. n. 296 del 2006 in vigore dal 1 gennaio 2007, rubricato - Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza - che si riporta: *<<1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente 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, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che*

svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.

2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma.

4. I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data».

Le disposizioni in esame sono sicuramente applicabili alla vicenda che occupa sia *ratione temporis* - essendo intervenuta l'aggiudicazione definitiva successivamente all'entrata in vigore dell'art. 13 cit. - sia *ratione materiae* - venendo in rilievo non la concessione di un servizio pubblico ma l'aggiudicazione di un appalto di servizi.

Come rilevato dall'adunanza plenaria di questo Consiglio (n. 1 del 2008 cit.) il divieto sancito dalla norma in questione rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento del servizio pubblico la società possa andare a fare altro.

Esso rimarca la differenza tra concorrenza «per» il mercato e concorrenza «nel» mercato disvelando le sue plurime *rationes essendi*: tutela dell'imprenditoria privata e della leale concorrenza, repressione della greppia partitica e burocratica.

Tale norma, attuando l'art. 41 Cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà, esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte le stazioni appaltanti, tenute ad applicarlo quale che sia la fase del procedimento (valutazione dell'ammissibilità delle offerte, aggiudicazione provvisoria o definitiva, approvazione, stipula del contratto).

E' evidente, pertanto, che nel caso di specie la stazione appaltante, oltre che per le ragioni menzionate dal Ta.r., non avrebbe dovuto procedere all'aggiudicazione della gara in favore di Hera Luce stante la vigenza del divieto in questione.

8. Parimenti infondato è il secondo mezzo.

Dalla documentazione versata in atti emerge che Hera non è mai stata titolare di un contratto della medesima tipologia di quello oggetto della gara in contestazione come richiesto, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*.

A tal fine:

- è irrilevante il contratto intercorso nel 2000 tra il comune di Bologna e Seabo s.p.a. (poi divenuta Hera s.p.a. dal 1 novembre 2002), perché la titolarità deve essere riferita, secondo il tenore letterale

delle clausole del bando e del disciplinare, al soggetto che partecipa alla gara e non alla sua controllante;

- non giova il contratto stipulato fra Hera s.p.a. e Hera Luce in data 25 ottobre 2004 perché esso trasferisce la sola gestione tecnico operativa di tutti i contratti di gestione e di illuminazione pubblica facenti capo in origine a Seabo ma non influisce sulla titolarità del contratto;

- è irrilevante che con certificazione del giugno 2006 il comune di Bologna abbia attestato che Hera Luce fornisca, in via di fatto, anche l'energia elettrica, perché ancora una volta è evidenziato che la *lex specialis* richiedeva un requisito diverso e più specifico; inoltre dall'esame del contratto del 25 ottobre 2004 non si evince che ad Hera Luce sia stato affidato anche l'acquisto di energia elettrica.

9. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;

- condanna, in solido fra loro, Hera Luce s.r.l. in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con C.A.I.E.C. s.c.a.r.l. e C.O.I.E.C. elettrodotti s.c., il comune di Nuoro e Federutility - Federazione delle Imprese Energetiche e Idriche - a rifondere in favore della Co.GE.I. - Compagnia Gestione Illuminazione s.r.l. - e Impianti Elettrici Telefonici - S.I.M.E.T. s.r.l. - le spese del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro cinquemila/00 (oltre spese generali al 12,50%, I.V.A. e C.P.A.) in favore di ciascuna parte.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 10 giugno 2008, con la partecipazione di:

Domenico La Medica - Presidente

Marzio Branca - Consigliere

Vito Poli Rel. Estensore - Consigliere

Francesco Caringella - Consigliere

Adolfo Metro - Consigliere

ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Vito Poli f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 25-08-08.

(da www.altalex.it)