

Appalti. I limiti del divieto per le controllate a gestire servizi in territori diversi

Il no alle gare in trasferta blocca solo le «in house»

Le istruzioni dell'Authority dopo la riforma degli affidamenti

Alberto Barbiero

Il divieto di partecipazione alle gare si applica solo a società partecipate in base a un rapporto diretto con gli enti locali.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (con il parere 3/2009) ha affrontato per la prima volta il tema critico del divieto posto dall'articolo 23-bis, comma 9 della legge 133/2008.

Secondo la norma i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati con gara, e i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né diretta-

mente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.

L'Authority ha rilevato che lo scopo del divieto è di evitare che soggetti particolarmente qualificati, già titolari di affidamenti diretti e di un rapporto privilegiato con l'ente di riferimento, proprio in relazione alla stretta contiguità di questo rapporto possano lucrare, nella loro veste di enti strumentali, ulteriori rendite di posizione in altri mercati o servizi pubblici locali a danno della concorrenza.

Nel parere sono tuttavia individuate due condizioni che rendono inapplicabile il divieto. Anzitutto, in chiave soggettiva la disposizione non riguarda società che non siano affidatarie in house, secondo un rapporto nel quale gli enti locali non esercitano poteri di influenza determinante su obiettivi strategici e decisioni societarie. Il parere esclude che il divieto riguardi società con partecipazione indiretta, in quanto prive di elementi attestanti rapporti di re-

lazione necessaria con le amministrazioni comunali. Sotto il profilo oggettivo, il riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica determina che le attività non rientranti in tale novero non siano assoggettate al divieto.

Il divieto previsto dall'articolo 23-bis, comma 9, opera quindi solo nei confronti dei titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali e delle società affidatarie di reti.

L'Autorità è intervenuta anche sui divieti previsti dall'articolo 13 della legge 248/2006, riaffermando la propria consolidata posizione interpretativa, in base alla quale il divieto a partecipare a gare extraterritoriali o extra moenia si applica alle società a capitale interamente pubblico o misto, aventi ad oggetto lo svolgimento di servizi strumentali all'attività dell'ente locale di riferimento, nonché alle società indirettamente possedute o controllate da società a capitale interamente pubblico o misto. Proprio su questo si sta però formando

un'interpretazione giurisprudenziale parzialmente diversa sulle società di "terzo livello".

Il Tar Lazio-Roma, sezione II, con la sentenza 36/2010 ha affermato che le società indirettamente partecipate dagli enti locali non sono assoggettate al divieto di svolgere attività extra moenia previsto dalla legge 248/2006. La norma si riferisce ad organismi a capitale interamente pubblico o misto, costituiti o partecipati dalle Pa locali, per i quali il richiamo al capitale sociale e alla figura della costituzione e partecipazione evoca la necessità che l'ente locale sia socio. Il carattere eccezionale della norma richiede un'interpretazione letterale, che non risulta estensibile alle società indirettamente partecipate dagli enti locali. A supporto della propria tesi il Tar evidenzia che l'articolo 13 non contiene riferimenti al controllo e al collegamento societario previsti dall'articolo 2359 del codice civile, che sarebbero stati idonei a comprendere anche le società di terza generazione.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

