



# Servizi pubblici locali: ammesse anche le società di persone

Dopo la pronuncia di fine 2007 della Corte di giustizia europea che ha ritenuto illegittima l'esclusione dalle gare per i servizi pubblici locali di una società di persone diventa possibile disapplicare la norme del Tuel che restringe questi affidamenti alle sole società di capitali.

**C**on la sentenza della Corte di giustizia europea del 18 dicembre 2007 (C-357/2006) si pone fine all'applicazione di una norma chiave per il sistema dei servizi pubblici locali, ovvero la limitazione della partecipazione degli operatori economici agli appalti pubblici sotto l'unica forma giuridica di «società di capitali».

Secondo la Corte, «l'articolo 26, nn. 1 e 2 della direttiva 92/50/Cee osta a disposizioni nazionali, come, quelle costituite dagli articoli 113, comma 5, del Dlgs 267/2000, 198, comma 1, del Dlgs 152/2006 e 2, comma 6, della legge regionale Lombardia 26/2003, che impediscono a operatori economici di presentare offerte, soltanto per il fatto che tali offerenti non hanno la forma giuridica corrispondente a una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali. Il giudice nazionale, in tal caso, è obbligato a dare un'interpretazione e un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario, e qualora siffatta interpretazione conforme non sia possibile, a disapplicare ogni disposizione di diritto interno contraria a tali prescrizioni». In altre parole per la Corte europea è in contrasto con il diritto comunitario qualsiasi

disciplina, compresa la nostra, che limiti la partecipazione alle gare alle sole società di capitali.

La vicenda era partita da una questione pregiudiziale sollevata dal Tar Lombardia che chiedeva di verificare la compatibilità con il diritto comunitario della nostra normativa in materia di affidamento dei servizi pubblici locali. Nello specifico era stata esclusa una società in nome collettivo dalla gara per l'affidamento del servizio di igiene ambientale in favore dell'azienda pubblica Asmi Spa della Regione Lombardia.

Al riguardo, il Testo unico degli enti locali (Dlgs 267/2000), all'articolo 113 comma 5, stabilisce che «il conferimento del servizio può avvenire, esclusivamente, in favore di:

a) società di capitali, individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure a evidenza pubblica;

b) società a capitale misto pubblico privato, nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure a 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;

c) società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla

Il vincolo della forma giuridica non rispetta il principio di massima apertura alla concorrenza contenuto nei Trattati comunitari.



società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano (cd. affidamento in house providing)».

Il dettato della norma, specifica i requisiti principali ai fini della partecipazione agli appalti pubblici, ma con qualche limitazione di non poco rilievo. In particolare, la norma precisa la forma giuridica ammissibile, quale per l'appunto quella giuridica di società di capitali.

La forma delle società di capitali ha, fra le varie caratteristiche, il beneficio della responsabilità limitata in favore dei soci, i quali rispondono solo con i beni conferiti in azienda. Inoltre il potere di amministrazione delle società è separato e disgiunto da quello del socio, il quale può soltanto concorrere alla nomina degli amministratori della società.

Queste prescrizioni normative, secondo l'ordinamento degli enti pubblici locali, sarebbero le uniche a offrire chance e opportunità alle aziende di partecipare e concorrere nel mercato con i mezzi e i beni, o servizi per conto della pubblica amministrazione.

E solo con queste società si potrebbe ottenere una maggiore affidabilità, flessibilità e garanzie economiche, finanziarie e tecniche, utili per il nostro Paese. Secondo il legislatore, questa interpretazione, seppur molto restrittiva, e la scelta della esclusività delle forme societarie ammesse alle procedure a evidenza pubblica risulta essere ampiamente esaustiva sia per gli enti locali che per il mercato dei servizi pubblici. Ciò è stato confermato anche dal codice dell'ambiente (Dlgs 152/2006), il cui articolo 198, comma 1, rinvia all'articolo 113 del Tu enti locali, secondo il quale «i Comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267».

La stessa linea si rintraccia nella legge regionale della Lombardia (legge n. 26/2003). L'articolo 2, comma 6, recita: «l'erogazione dei servizi è affidata a società di capitali, scelte mediante procedure di evidenza pubblica o procedure compatibili con la disciplina nazionale e comunitaria in materia di concorrenza».

Sia il Consiglio di Stato (5883/2005) che il Tar di Milano (4/2007) hanno in passa-

to confermato il dettato normativo, ritenendo inammissibile, per carenza di legittimazione, la partecipazione delle società di persone agli appalti pubblici, non risultando abilitate a eseguire servizi pubblici locali.

L'assetto normativo e giurisprudenziale sin qui delineato lascia intravedere alcuni dubbi e interpretazioni discordanti sia con il nostro ordinamento che con l'ordinamento comunitario, alla luce delle norme e dei principi che regolano il mercato della concorrenza, oltre che dei beni e servizi offerti alla pubblica amministrazione locale e centrale.

Per il sistema degli enti locali, il parametro di riferimento e di compatibilità con l'ordinamento europeo è la «forma giuridica» posseduta dagli operatori economici, quale per l'appunto quella delle «società di capitali». In particolare, il Testo unico degli enti locali (Dlgs 267/2000) consente la scelta «esclusiva» degli operatori economici solo per le società di capitali, che possiedono una maggiore capacità organizzativa e strutturale, oltre a una maggiore specializzazione per determinati servizi richiesti in ambiti locali.

Ma, dal punto di vista giuridico, il requisito della forma giuridica non rispetta gli ordinamenti nazionali ed europei del mercato e della concorrenza. In particolare, per il sistema degli enti locali, le società di capitali sarebbero le uniche forme in grado di garantire una consolidata capacità giuridica e finanziaria, rispetto alle società di persone (società in nome collettivo, in accomandita semplice ecc.), limitando così la massima partecipazione alle gare degli operatori economici.

Di contro, però, il mercato del nostro Paese consente, nel rispetto della normativa sulla concorrenza, a tutte le imprese di sviluppare le attività economiche di servizi e di beni su tutto il territorio, nel pieno rispetto dei principi di libera circolazione e di concorrenza sul mercato, sia italiano che comunitario.

I giudici del Consiglio di Stato e del Tar Lombardia hanno confermato l'illegittimità delle norme del sistema degli enti locali, dichiarando inammissibile l'esclusione delle società in nome collettivo dalla partecipazione agli appalti pubblici per assenza della «personalità giuridica» o della «carenza di legittimazione» (Consiglio di Stato 5883/2005, Tar Lombardia, Mi, 4/2007). E ancora, la Corte costituzionale, intervenendo sulla disciplina della gestione dei servizi



### AL GIUDICE IL COMPITO DI DISAPPLICARE

La Corte Ue (causa C-208/05, III sezione, sentenza dell'11 gennaio 2007) ha statuito che spetta al giudice nazionale dare a una disposizione di diritto interno un'interpretazione e un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario e, qualora una siffatta interpretazione conforme non sia possibile, relativamente alle disposizioni del Trattato Ce che attribuiscono ai soggetti dell'ordinamento determinati diritti che si possono invocare in giudizio e che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare, disapplicare qualsiasi norma di diritto interno che sia in contrasto con le disposizioni comunitarie.

pubblici locali privi di rilevanza economica di cui all'articolo 113 del Dlgs 267/2000, ha dichiarato illegittimo l'articolo 14, comma 2, del Dl 269/2003, poiché la disciplina dei servizi pubblici locali non può essere ricondotta a esigenze di tutela della concorrenza, stante l'illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale.

Dunque, una prima causa è l'illegittimità di tale compressione autonoma regionale, che ostacola la libera concorrenza «sul» e «nel» mercato, li-

mitando e consentendo alle sole società di capitali di poter partecipare agli appalti pubblici locali, oltre a destare dubbi interpretativi sulla compatibilità dell'ordinamento locale con l'ordinamento comunitario così come espresso dalla Corte di giustizia europea.

In merito, e partendo dalla disposizione normativa di cui all'articolo 4 della direttiva 18/2004, «le imprese, che, in base alla normativa dello Stato membro, nel quale sono stabilite, sono autorizzate a svolgere la prestazione di un dato servizio, non possono essere respinte soltanto per il fatto che, a norma delle disposizioni vigenti nello Stato membro, esse avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche».

Il principio comunitario, oltre a porsi come corollario implicito del principio di concorrenza, di libera circolazione dei lavoratori all'interno della comunità, di libertà di stabilimento, e di divieto di intese restrittive della concorrenza, è il principio fondamentale al quale tutti gli Stati membri devono conformarsi, applicando il dettato normativo alle realtà locali e nazionali presenti sul mercato.

La Corte Ue ribadisce il rispetto dell'articolo 4, laddove si evince che «Tuttavia, per gli appalti pubblici di servizi e di lavori nonché per gli appalti pubblici di forniture che comportano anche servizi e/o lavori di posa in opera e di installazione, alle persone giuridiche può essere imposto di indicare nell'offerta o nella domanda di partecipazione il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione di

cui trattasi. I raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi. Ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica; tuttavia, al raggruppamento selezionato può essere imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto».

Dunque, se determinate imprese sono autorizzate a svolgere un servizio, non possono che essere ammesse alla relativa procedura di scelta del contraente, indipendentemente dalla forma giuridica organizzativa posseduta. Inoltre, se l'impresa è autorizzata e possiede le caratteristiche tecniche idonee a svolgere un dato servizio, la forma organizzativa giuridica diventa un requisito accessorio e non principale ai fini della partecipazione alle procedure a evidenza pubblica. Nella fattispecie, la Corte Ue ha accertato, inoltre, che l'impresa ricorrente, avente forma di società in nome collettivo, risultava iscritta nell'albo dei soggetti autorizzati a esercitare attività nel settore dei rifiuti.

Ne consegue dunque, che se l'esclusione è illegittima, in considerazione dell'abilitazione tecnica, la normativa nazionale che prevede la non ammissione, è da qualificarsi come incompatibile con l'ordinamento comunitario. Pertanto, il giudice nazionale dovrebbe assumere la decisione di applicare integralmente il diritto comunitario con contestuale disapplicazione delle norme di diritto interno di riferimento, stante l'ampio margine di discrezionalità consentito dal suo ordinamento nazionale (cfr. vedi box a lato).

Giusy Violante