

Massime per Atto Ricercato: Parere sulla Normativa del 19/05/2011 - rif. AG 3/2011

Parere sulla Normativa del 19/05/2011 - rif. AG 3/2011 d.lgs 163/06 Articoli 1 - Codici 1.2

In materia di affidamento a società miste, come previamente precisato dal Consiglio di Stato, “la società mista opera nei limiti dell'affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario” (Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824). Tuttavia, perché la selezione del socio privato possa fungere anche da procedura di affidamento di appalti o concessioni occorre che la gara rispetti alcune condizioni. In primo luogo, come specifica la Commissione nella citata comunicazione interpretativa, la garanzia, in favore di ogni potenziale offerente, di un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza, implica che l'amministrazione aggiudicatrice deve includere nel bando di gara o nel capitolato d'oneri “informazioni di base sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto” oltre che “qualche informazione sulla durata prevista dell'appalto pubblico che l'entità a capitale misto dovrà eseguire o della concessione che dovrà gestire”. Secondo il Consiglio di Stato “l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere (delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto)” (Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214). Per quanto riguarda la determinazione, in sede di gara, dell'oggetto del servizio da affidare alla società mista, la giurisprudenza ha ritenuto, in un bando relativo alla selezione del socio operativo per la costituzione di società mista per la gestione del servizio rifiuti, che l'indicazione dell'oggetto dell'attività posta in affidamento come “attività di raccolta dei rifiuti di tutti i comuni ricompresi nell'ambito territoriale ottimale (...) e di quegli altri che ne avessero fatta richiesta” fosse generica (Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824); del pari generica è stata valutata, in un bando per la selezione di socio operativo cui affidare lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria del sistema infrastrutturale per lo svolgimento del servizio idrico integrato, l'indicazione dell'attività come “realizzazione di tutti quei lavori ... che l'ATO della provincia di Milano deciderà di finanziare con i suoi piani annuali” (Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603). Al riguardo la Corte di Giustizia ha puntualizzato che, ai fini della compatibilità con la normativa comunitaria in materia di appalti, occorre che il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica “nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato” (Corte di Giustizia, causa C-196/08, sentenza 15 ottobre 2009). Per ciò che concerne la determinazione temporale del servizio, il Consiglio di Stato, sulla scorta di quanto già puntualizzato in sede di Adunanza Plenaria, ha precisato che “le amministrazioni dovranno, fin dalla predisposizione degli atti della gara per la scelta del socio privato, porsi il problema di come consentire alla scadenza del contratto l'eventuale svolgimento di una nuova gara per la scelta di un nuovo socio. Non è sufficiente delimitare temporalmente l'affidamento ma è necessario prevedere un obbligo di cessione della quota del socio privato a condizioni predeterminate all'eventuale nuovo socio, individuato sempre con gara” (Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214). Lo scopo è quello di evitare che l'assenza della previsione del rinnovo delle procedure di selezione del socio privato alla scadenza del periodo di affidamento renda di fatto tale socio un socio stabile, sottraendo il servizio alla concorrenza ben oltre i limiti temporali e di legittimità cui è condizionato l'affidamento diretto alla società mista. Infine, per ciò che concerne l'affidamento di servizi ulteriori e il rinnovo degli appalti già affidati, la giurisprudenza amministrativa sottolinea l'illegittimità dell'affidamento di servizi non identificati al momento della selezione del socio privato. L'illegittimità degli ulteriori affidamenti non sarebbe dovuta ad un mero motivo formale ma alla distorsione della concorrenza che ne deriva giacché “è infatti evidente che la scelta di assumere l'incarico operativo per l'esecuzione di servizi indeterminati (...) e per una durata esorbitante (...) è di per sé discriminante in danno delle imprese di settore che ben potrebbero, invece, concorrere per singoli lotti, di portata più limitata e ben precisata” (Consiglio di Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214; in termini anche Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603).