

Consiglio di Stato, Sezione VI - Sentenza 07/09/2004 n. 5843
legge 109/94 Articoli 2, 8 - Codici 2.3.1, 2.3.2, 8.1

Anche nel sistema normativo anteriore alla legge n. 166/2002 (c.d. Merloni quater, che ha abrogato l'art. 2, comma 5bis, della legge n. 109/1994), si doveva ritenere che né il T.U. enti locali (D.Lgs. n. 267/2000), né l'art. 2, comma 5bis, della legge n. 109/1994, nel testo introdotto dalla legge n. 415/1998 (cd. Merloni ter), precludessero 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 precluso a detti soggetti il conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'art. 8 della legge n. 109/1994. Già nel vigore dell'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000, nel testo anteriore alle innovazioni introdotte con la legge n. 448/2001, con il D.L. n. 269/2003 e con la legge n. 350/2003, sussisteva per le società miste costituite da enti locali la possibilità 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). Tuttavia, poiché l'attività extraterritoriale 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, essa è da ritenere 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. L'art. 2, comma 5bis, della legge n. 109/1994, nel testo introdotto dalla legge n. 415/1998 (c.d. Merloni ter, oggi abrogato dalla legge n. 166/1992 - c.d. Merloni quater), secondo cui "i soggetti di cui al comma 2 provvedono all'esecuzione dei lavori di cui alla presente legge, esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici ovvero in economia nei limiti di cui all'articolo 24", non andava interpretato nel senso di un divieto assoluto di esecuzione diretta dei lavori pubblici (obbligo di esternalizzazione e correlato divieto di in house construction) da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici, atteso che la norma tendeva ad impedire il cumulo in uno stesso soggetto del ruolo di stazione appaltante e di soggetto esecutore per lavori di propria pertinenza, ma non il caso in cui un soggetto fosse ente aggiudicatore per un dato appalto e soggetto affidatario in un altro appalto.