

QUALCHE CONSIDERAZIONE SULL'ART. 13 DEL d.l. 223/06 (cd. DECRETO BERSANI). NOTE ALLA SENTENZA N. 239/2009 DEL T.R.G.A. DI TRENTO

Nota della dott.ssa C. Tosolini

[estratto da *Informator*, 4, 2009]



T.R.G.A. di Trento, sentenza 14 settembre 2009 n. 239

1. La sentenza affronta varie questioni di rilevante spessore e, fra queste, quella concernente l'esatta dimensione delle misure interdittive disposte dall'art. 13 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, della l. 4 agosto 2006, n. 248 e s.m. (cd. decreto Bersani)¹.

La questione sottoposta all'esame del Collegio è emersa in sede di impugnazione dell'aggiudicazione dell'appalto per la gestione *multiservice* degli immobili di pertinenza della Stazione appaltante, da parte di un'impresa, che era a sua volta una società indirettamente partecipata da Amministrazioni comunali. Dalla descrizione dei fatti si desume che tale impresa era una società il cui capitale era detenuto da altra società, già Azienda municipalizzata, a sua volta, partecipata, in via totalitaria, da una pluralità di Comuni, i quali si avvalevano della cd. società madre, come organismo *in house*, per l'erogazione di servizi strumentali vari.

¹ La pronunzia, che si andrà a commentare, affronta, anche altre questioni d'interesse, prima fra tutte l'applicabilità del Codice dei Contratti Pubblici, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 nella Provincia Autonoma di Trento, in considerazione dell'art. 105 dello Statuto Speciale d'Autonomia e dell'art. 2, del D.lgs. 16 marzo 1992, n. 266. Come si sa l'art. 105 dello Statuto Speciale prevede che "*nelle materie attribuite alla competenza della regione o della provincia, fino a quando non sia diversamente disposto con leggi regionali o provinciali, si applicano le leggi dello Stato*" e, sul punto, la pronunzia ha affermato che "*detta disposizione statutaria va, infatti, intesa nel pregnante significato che la competenza esclusiva della Provincia Autonoma non esclude che le leggi dello Stato trovino immediata applicazione nell'ordinamento provinciale non solo quando difetti in toto un'autonoma disciplina della Provincia, ma anche quando, pur in presenza di un'apposita legge provinciale nel settore interessato, emerga l'assenza di una puntuale disciplina in sede locale quanto a particolari segmenti di attività amministrativa a fronte di un'esistente ovvero sopravvenuta legislazione nazionale che detta attività regolamenti puntualmente: è questa, invero, l'ipotesi prefigurata dall'art. 105, quando, cioè, si configuri una reale ed effettiva lacuna nell'ordinamento locale e dunque la necessità che vi ponga riparo la diretta applicazione delle norme statali nei termini già chiariti dalla richiamata sentenza della Corte Costituzionale 23 novembre 2007, n. 401*". Così opinando, la sentenza ha ritenuto che sussiste la lacuna nel caso di specie, laddove la disciplina provinciale non contiene norme in punto di commissione di gara. E, pertanto, l'ordinamento provinciale è permeabile all'applicazione delle norme del Codice dei Contratti che disciplinano, appunto, tale istituto.

2. La questione, emersa in giudizio, ha portato a verificare se il ricorso dovesse essere giudicato inammissibile, in quanto l'impresa ricorrente non avrebbe potuto partecipare alla gara, giusta la misura interdittiva prevista dall'art. 13 del cd. decreto Bersani, il quale, come si ricorderà² stabilisce, tra l'altro, che le società strumentali delle Amministrazioni regionali e locali non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti, pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara. Dal che consegue, anche se l'art. 13 non contempla un divieto espresso di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, l'impedimento a partecipare alle pubbliche gare, posto che non può ritenersi valida o, comunque, utile la partecipazione ad un procedimento concorsuale di un'impresa che, poi, non potrebbe stipulare il contratto, che costituisce oggetto del suddetto esperimento³, alla luce del divieto esplicito di contrarre.

L'eccezione è stata sollevata anche se la società ricorrente non era una società strumentale, così come previsto dal primo comma dell'art. 13, bensì era solo partecipata da una società di tal tipo.

² Si riporta il testo, attualmente, in vigore dell'art. 13, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, L. 4 agosto 2006, n. 248 (G.U. 11 agosto 2006, n. 186, S.O.): *“1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, 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 e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare 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 aventi sede nel territorio nazionale. 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 quarantadue 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”*.

³ Cfr. T.A.R. Sicilia Catania, Sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161; T.A.R. Lazio, Sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192; T.A.R. Lazio, Sez. I, 3 maggio 2007, n. 3893; T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 20 febbraio 2007, n. 1436; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 19 ottobre 2007, n. 6137; deliberazione Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, 9 maggio 2007, n. 135.

Ma, a ben vedere, l'eccezione trovava suffragio in un ampio e granitico orientamento giurisprudenziale in base al quale i divieti di cui all'art. 13 si applicano anche alle società partecipate dalle società direttamente destinatarie della disposizione e ciò, a tacer d'altro, per intuibili finalità antielusive⁴. Sul punto, la pronuncia in esame, discostandosi dall'orientamento giurisprudenziale richiamato, ha ritenuto di dover apprezzare l'eccessivo rigore di tale regola, desunta in via di interpretazione estensiva, e di dovervi apportare un ragionevole correttivo.

La *ratio decidendi* accolta nella sentenza rinvia alla recente pronuncia della Corte di giustizia⁵, la quale si è occupata di una previsione legislativa nazionale (art. 10, co. 1bis, l. 11 febbraio 1994, n. 109) concernente il divieto di partecipazione in concorrenza, nella medesima gara, per le società contrassegnate da un rapporto di controllo o di influenza notevole. Nel caso a cui si riferisce la Corte aveva ritenuto non compatibile con il diritto comunitario, per contrasto con il principio di concorrenza, la normativa nazionale che prevede un obbligo di esclusione automatica dalle gare a carico delle imprese collegate, senza lasciare alcun margine per dimostrare che tale rapporto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito della gara.

Il giudice amministrativo ha ritenuto di poter far governo dei principi affermati dalla Corte nella sentenza richiamata, primo fra tutti, il principio di proporzionalità ed ha, quindi, interdetto l'interpretazione, ritenuta eccedente rispetto alle finalità dell'art. 13 del decreto Bersani, che condurrebbe ad escludere dalle gare, sempre e comunque, le società partecipate dalle società destinatarie del divieto in parola.

In particolare, la sentenza ha ritenuto, al riguardo, che la mera sussistenza della partecipazione al capitale sociale, da parte di una società in mano ad Enti pubblici, “*non possa integrare una presunzione iuris et de iure per l'esclusione dalla gara*”.

Con il che, pare – anche se la sentenza non è chiara sul punto – che si sia ritenuto interpretare l'art. 13 nel senso che il divieto, in esso previsto, non possa essere automaticamente applicato alle società di seconda e di terza generazione, senza una previa puntuale valutazione da parte della Stazione appaltante circa la sussistenza di un eventuale “pericolo”, per il principio di concorrenza e di trasparenza nel mercato, che potrebbe derivare dalla partecipazione alla gara da parte di una società strumentale o dalle società da questa partecipate.

⁴ Cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 20 aprile 2009, n. 785; T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, 6 maggio 2009, n. 908; Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829; T.A.R. Lombardia, Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140. Cfr. altresì: Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, pareri dd. 4 ottobre 2007, n. 61, 20 marzo 2008, n. 91 e 31 luglio 2007, n. 213.

⁵ Corte di Giustizia UE, Sez. IV, sent. dd. 19 maggio 2009, in C-539/07, in merito all'interpretazione dell'art. 29, I co., della direttiva dd. 18 giugno 1992, 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, nonché dei principi generali del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

E, così argomentando, è stata rigettata l'eccezione che intendeva precludere la partecipazione all'esperimento concorsuale della società indirettamente partecipata dalle Amministrazioni locali.

3. La sentenza offre spunti per qualche ulteriore considerazione, poiché essa ha, principalmente, il pregio di enfatizzare le perplessità che possono essere indotte dall'interpretazione prevalente, che si è assestata in relazione ai divieti di cui all'art. 13 del cd. decreto Bersani.

Sia consentito, quindi, richiamare i contenuti essenziali di tale complesso ordine di misure che il Legislatore ha introdotto per "moralizzare" l'azione delle società in mano alle Amministrazioni regionali e locali⁶.

Il primo comma dell'art. 13 ha innanzitutto indicato i destinatari dei divieti, che sono le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate da Amministrazioni pubbliche regionali e locali, per la produzione di beni e di servizi strumentali all'attività di tali Enti – fatta eccezione quelle costituite per i servizi pubblici locali e in esclusiva relazione ad essi – ovvero, in alternativa, per lo svolgimento esternalizzato delle funzioni amministrative di loro competenza.

Sempre il primo comma, a dette società ha imposto l'obbligo di operare esclusivamente con gli enti costituenti/partecipanti. Ed ha aggiunto, altresì, che tali società non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti, pubblici o privati, né in forza di affidamenti diretti, né a seguito di

⁶ Per una ampia trattazione, D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del D.l. 4 luglio 2006 n. 223*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento, LXXVI, Padova, 2008; M. DUGATO, *Le società degli Enti territoriali alla luce dell'art. 13 del DL. N. 223/2006*, in AA.VV., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, p. 347 e ss. Sull'applicabilità del divieto, previsto dall'art. 13 del cd. decreto Bersani, si segnalano le seguenti pronunzie: Cons. Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456; Cons. Stato, Sez. III, 25 settembre 2007, n. 322; Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587; Cons. Stato, Ad. Pl., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946; Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080; Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829; Cons. Stato, Sez. V, 14 gennaio 2009, n. 101; Cons. Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215; Cons. Stato, Sez. V, 15 maggio 2009, n. 3001; Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 140; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 23 gennaio 2007, n. 193; T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 20 febbraio 2007, n. 1486; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 3 maggio 2007, n. 3893; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 4 giugno 2007, n. 2539; T.A.R. Lazio, Sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 19 ottobre 2007, n. 6137; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 31 dicembre 2007, n. 4592; T.A.R. Veneto, Sez. I, 22 gennaio 2008, n. 146; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 21 febbraio 2008, n. 563; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 31 marzo 2008, n. 1641; T.A.R. Veneto, Sez. I, 31 marzo 2008, n. 788; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 14 aprile 2008, n. 3109; T.A.R. Lazio, Sez. II ter, 30 aprile 2008, n. 3620; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 26 giugno 2008, n. 6215; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 30 giugno 2008, n. 6333; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 4 luglio 2008, n. 880; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371; T.A.R. Liguria, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 396; T.A.R. Toscana, Sez. I, 13 marzo 2009, n. 417; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 29 aprile 2009, n. 785; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 6 maggio 2009, n. 908; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 18 giugno 2009, n. 1161; T.R.G.A. Trento, 14 settembre 2009, n. 239.

aggiudicazioni conseguite vittoriosamente in procedure ad evidenza pubblica.

Si tratta, com'è evidente, di una disposizione che introduce dei limiti a riguardo delle società partecipate, anche solo in parte, da Amministrazioni regionali/locali e che sono strumentali o serventi per l'esercizio delle loro finalità istituzionali, o che, comunque, assolvono funzioni e compiti strumentali per tali Enti, anche mediante lo svolgimento di attività in nome e per conto dei medesimi.

Se si riguardano tutte le disposizioni dell'art. 13, anche quelle dei commi successivi, risulta che le società cd. "dedicate" sono sottoposte a tre tipologie di vincoli:

- a) in primo luogo, devono avere un oggetto sociale esclusivo e devono operare esclusivamente in favore degli Enti partecipanti (o costituenti);
- b) in secondo luogo, non possono partecipare ad "altre società o enti", non meglio definiti;
- c) in fine, sono obbligate a cedere le "attività non consentite", entro tempi definiti, anche costituendo una separata società, pena l'inefficacia dei contratti relativi a tali attività, alla scadenza del termine prefissato.

Le disposizioni si completano con una comminatoria di nullità, contrassegnata da estremo rigore, con la quale l'art. 13 ha prescritto l'invalidità di qualsiasi contratto concluso in violazione delle suddette prescrizioni, dopo l'entrata in vigore del decreto.

Come è noto e come è stato pure chiaramente illustrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si tratta di un complesso di disposizioni che si inseriscono nel novero dei provvedimenti diretti alla "*riduzione dei costi degli apparati pubblici, regionali e locali e a tutela della concorrenza*", così come, d'altra parte, espressamente ricordato finanche nella rubrica dell'articolo.

Che tali disposizioni, inserite dal Legislatore, siano strettamente connesse a dette finalità, che, tra l'altro, ribadiscono il titolo competenziale del Legislatore statale, è fuori dubbio.

Il coacervo di misure impone, nella sostanza, agli Enti Pubblici e alle loro società, di realizzare apparati organizzativi di diritto privato con funzione univoca ed alternativa (o strumentale o, in alternativa, di mercato), afferisce due finalità del tutto distinte ed autonome.

In primo luogo, viene perseguita la finalità di evitare distorsioni nel mercato, causate dalla presenza di imprese che operano con vantaggi competitivi, che non sono stati acquisiti nel mercato e con le regole del medesimo.

In secondo luogo, persegue la finalità di contribuire a rendere più trasparente l'apparato organizzativo di diritto privato, servente la Pubblica Amministrazione, e pure più trasparenti i flussi finanziari tra quest'ultima e le società. Ciò con più che intuibili risvolti positivi in tema di eliminazione di spese inutili e di contenimento della spesa pubblica.

Com'è evidente, l'art. 13 non limita l'attività delle Amministrazioni regionali e locali di avvalersi di soggetti societari, ma prescrive, quale regola ordinatrice e non derogabile, che le medesime non possano fare

ricorso a strumenti ibridi, che pretendano contestualmente di svolgere attività di mercato e, pure, attività di produzione di beni e servizi in favore e per conto degli enti di riferimento.

Il divieto, così illustrato, ossia quello di escludere che possano sussistere soggetti operativi, contrassegnati da una funzione ibrida (di mercato e strumentale), assurge a principio organizzativo dell'attività amministrativa di diritto privato della Pubblica Amministrazione.

La portata di detto principio organizzativo è stata pienamente ribadita dalla Corte Costituzionale che, con la sentenza 1 agosto 2008, n. 326⁷, nel riconoscere la piena ammissibilità della costituzione di gruppi societari da parte delle Amministrazioni regionali e locali, quando l'attività di tutte le società del gruppo, risultino omologhe (tutte di mercato o tutte strumentali), ha così confermato la portata del principio organizzativo dinanzi indicato.

Segnatamente, la Corte ha affermato che *“le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione”*, chiarendo, tra l'altro, che *“non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza”*.

Ritornando ai contenuti della disposizione, così come illustrati dalle finalità perseguite, si può rilevare come il Legislatore abbia operato in più direzioni: ha introdotto dei limiti che riguardano le società strumentali, ma, nel contempo, ha anche contribuito a razionalizzare l'agire di diritto privato delle Amministrazioni regionali e locali, le quali possono avvalersi delle società operative a precise condizioni; e ciò per le finalità sopra richiamate.

Con più specifico riferimento ai limiti imposti alle società, il Legislatore ha inciso sia sull'autonomia contrattuale dei soci (Enti locali), al momento della costituzione della società, sia sull'autonomia contrattuale delle società, prescrivendo gli obblighi sopra illustrati.

Nell'ambito di dette disposizioni, il divieto di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, così come l'estensione dei divieti anche alle società

⁷ Come si sa, l'art. 13 del cd. decreto Bersani è stato contestato da cinque Regioni, dinanzi alla Corte Costituzionale per la lamentata non spettanza allo Stato della competenza di introdurre norme in materia di società delle Regioni e degli Enti locali. La Corte, oltre a ricondurre l'intervento del Legislatore all'ambito competenziale esclusivo dello Stato in materia di tutela della concorrenza e di ordinamento civile, ha altresì chiarito che il divieto imposto alle società strumentali o serventi di detenere partecipazioni in enti/società riguarda solamente quelle partecipazioni ad enti/società che svolgono attività di mercato. Per un commento alla pronuncia della Corte Costituzionale, 1 agosto 2008, n. 326 cfr. D. FLORENZANO, *Il contributo della Corte Costituzionale, alla non agevole interpretazione dell'art. 13 del “decreto Bersani”*, in *Informator: rivista giuridico amministrativa per il Trentino-Alto Adige*, 2008, n. 4; R. URSI, *La Corte Costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani (n.d.r. commento a Corte Costituzionale, 1 agosto 2008, n. 326)*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, n. 1, pagg. 11-18.

partecipate dalle società di cui al primo comma dell'art. 13 del decreto Bersani, assumono una ben definita e, pure, singolare fisionomia.

A ben vedere, entrambi non risultano essere espressamente prescritti.

Non risulta prescritto il divieto di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica; non risulta prescritto che l'art. 13 si applichi anche alle società controllate/partecipate dalle società di cui al primo comma.

Entrambi, peraltro, sembrano rappresentare corollari inevitabili delle disposizioni illustrate.

Da una parte, non può essere plausibile né ragionevole ipotizzare la partecipazione ad una gara pubblica per un'impresa che è tenuta ad osservare il divieto di contrarre.

Dall'altra, non è altrettanto plausibile e ragionevole ipotizzare che una società, di cui al primo comma, possa sottrarsi a tutte le misure di cui all'art. 13, semplicemente confinando l'attività di mercato vietata in apposito veicolo societario, dalla medesima partecipato/controllato. D'altra parte, anche il fenomeno in sé della partecipazione (in società o enti) trae con sé una rilevante cifra di contraddizione con l'art. 13, il quale vieta, appunto, la partecipazione. Come si sa, la società partecipata di seconda o terza generazione non dovrebbe nemmeno esistere, ovvero, se esiste, dovrebbe essere ceduta ai sensi del terzo comma del medesimo articolo.

Da qui l'estensione anche alla società partecipata dalle società di cui al primo comma – la quale integra un fenomeno non consentito, ovvero solo tollerato nelle more del periodo transitorio, di cui al comma terzo – dei divieti di cui all'art. 13.

Cionondimeno, con riferimento a detta estensione, qualche osservazione critica e contraria è stata illustrata in dottrina, per varie ragioni⁸.

Il dettato letterale, che non contempla il suddetto divieto, la previsione dello scorporo di cui al comma terzo, nonché l'ampiezza degli effetti negativi in taluni casi hanno indotto le dette perplessità.

⁸ Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *E' veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del Decreto Bersani?*, 2 maggio 2007, in *Federalismi.it*, www.federalismi.it; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali ... cit.*, p. 24 e ss.; G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *GiustAmm.it*, www.giustamm.it; A. VIGNERI, *Tutela della concorrenza e organizzazione amministrativa. Sulle recenti iniziative del Governo*, in *Astrid*, rassegna n. 34 del 2006, www.astrid-online.it; L. MANASSERO, *Profili problematici dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 233 in tema di affidamenti in house*, in *Altalex*, www.altalex.com; IDEM, *Commento alla versione definitiva dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani come convertito dalla L. 4 agosto 2006 n. 248, con particolare riferimento agli effetti sull'attività delle società pubbliche locali*, 14 settembre 2006, in *Diritto dei servizi pubblici*, www.dirittodeiserviziubblici.it; M. RICCIARDELLI, *Due riforme di interesse regionale: l'art. 13 del d.l. 223/06 convertito dalla legge 248/06 ed i servizi pubblici locali*, in *Osservatorio Legislativo Interregionale*, Roma, 14-15 dicembre 2006; G. BASSI, *I nuovi limiti dell'intervento pubblico in economia: qualche riflessione sul piano giuridico ed economico-aziendale a seguito della conversione del decreto sulle liberalizzazioni e delle prospettive di riforma nel settore dei servizi pubblici locali*, in *Appalti&Contratti*, 2006, 17.

Infatti, la previsione dello scorporo, come strumento per le società strumentali degli Enti pubblici partecipanti/constituenti per cedere le attività non consentite, aveva fatto presumere che le società avrebbero potuto “partecipare” (essendone proprietarie) alla società gemmata dopo lo scorporo, quale veicolo necessitato dell’iniziativa imprenditoriale da “cessare”. Ciò, anche se, va pure detto, il Legislatore aveva utilizzato il termine “scorporo” in senso atecnico.

Così pure, l’interdizione di attività per una società non partecipata direttamente dall’Ente pubblico poteva apparire eccessiva, anche tenuto conto che la tutela della concorrenza avrebbe potuto essere realizzata con la disposta e realizzata situazione di separazione societaria⁹.

Senonché, questi argomenti sono stati superati dall’orientamento giurisprudenziale richiamato, il quale ha adottato un’interpretazione estensiva della norma, anche ispirandosi ad una *ratio* antielusiva.

4. La sentenza che si annota tenta di mettere in discussione detto orientamento, alquanto consolidato, e lo ha fatto in modo audace, provando ad importare la *ratio decidendi* della recente pronuncia della Corte di Giustizia.

L’argomentazione, per il vero, non convince del tutto, anche se resta apprezzabile la messa in discussione dell’orientamento prevalente.

Non convince¹⁰, perché sembra che si sia completamente trascurata la finalità organizzativa dell’art. 13 e, soprattutto, l’intenzione del Legislatore statale, che si è tramutata nel testo di legge, di impedire che gli Enti pubblici possano gemmare strumenti societari affetti da un singolare strabismo; l’essere rivolti all’Ente pubblico come strumento operativo, in eccezione al mercato, e l’essere rivolti al mercato, con la propensione di un comune operatore. Patologia che non vulnera solo la concorrenza, bensì gli elementari principi di buona amministrazione, nonché la finalità di contenimento della spesa pubblica.

L’attenzione a detta ultima finalità è del tutto assente nell’argomentazione della sentenza, al punto che la sentenza ha ritenuto di poter richiamare la decisione della Corte di giustizia, la quale aveva governato soltanto i principi attinenti la tutela della concorrenza. Mentre detti principi non possono essere sufficienti per indubbiare o, comunque, incidere sul contenuto di una disposizione che cospira a perseguire una finalità organizzativa dell’Amministrazione.

D’altra parte, e anche questo induce perplessità, la decisione non precisa, in alcun modo, quali siano le valutazioni che consentono alla Stazione

⁹ CARAVITA DI TORITTO, *op. cit.*

¹⁰ D. FLORENZANO, *Recenti orientamenti del legislatore statale in tema di società partecipate dalle Amministrazioni Locali*, in AA. VV., *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici. Atti dei Seminari svoltisi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento*, Ottobre – Novembre 2008, G.A. BENACCHIO - M. COZZIO (a cura di), EDK, 2010.

appaltante di valutare se sussiste la causa impediante alla partecipazione alla gara per le società di seconda generazione.

Come si diceva, peraltro, restano tutti i dubbi sull'eccessivo rigore della disposizione così come interpretata dall'orientamento prevalente. Non si comprende perché debba essere vietato, in assoluto, la possibilità per un Ente pubblico di avvalersi di un unico gruppo societario, sia per svolgere le attività serventi, sia per svolgere le attività di mercato.

Si ha ben presente l'insegnamento della Corte Costituzionale, reso con la sentenza n. 326/2008. Ma è pur vero che non è detto che non vi possano essere delle soluzioni che garantiscano l'assoluta separazione tra i flussi finanziari pertinenti l'attività di mercato e quelli pertinenti l'attività servente, nonché l'assoluta separazione organizzativa fra le società dedicate a missioni diverse, pur in situazione di partecipazione e/o controllo.

Si ha la netta sensazione che l'assoluta e rigorosa interpretazione estensiva del divieto, sia figlia della "cultura del sospetto" che ha ispirato, è ingenuo nascondere, l'art. 13 in commento; sospetto, tutto sommato, nemmeno ingiustificato a fronte di un'esperienza di proliferazione indiscriminata dei moduli societari.

Tale approccio ha trovato seguito in altre successive disposizioni: in particolare, l'art. 3 della legge 27 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria per il 2008), oltre ad avviare un processo di razionalizzazione anche per le società degli apparati statali, ha introdotto ulteriori norme sulle partecipazioni delle Amministrazioni locali.

Senonché, sembra che le misure, così come estese, possano eccedere le finalità che intendono perseguire, poiché finiscono per comprimere l'autonomia di soggetti, che sono operatori economici, ma pure non contribuiscono al contenimento delle spese, finendo, paradossalmente, per alimentarle in modo irragionevole (si pensi alla conseguente necessità, per l'Ente pubblico, di duplicare finanche i gruppi societari per poter svolgere, attraverso proprie società, direttamente o indirettamente partecipate, rispettivamente, le attività serventi e quelle di mercato).

E questa circostanza potrebbe evidenziare la presenza di vizi di legittimità costituzionale per il carattere indiscriminato e, comunque, non sempre ragionevole della duplice limitazione imposta, agli Enti pubblici e alle società indirettamente partecipate¹¹.

Se così è, tenuto conto anche del contributo apportato dalla pronuncia in esame, limitatamente alla verifica del *vulnus* al principio della concorrenza, l'estensione delle misure interdittive dell'art. 13 potrebbe essere ritenuta eccessiva e inadeguata e, pertanto, in contrasto sia con il principio di proporzionalità, giustamente segnalato dalla sentenza in commento sia,

¹¹ B. CARAVITA DI TORITTO, *op. cit.* 5 e ss. dell'estratto, S. ROSTAGNO, *op.cit.*, G. GUZZO, *Affidamenti in house: dl "Bersani" e dl di delega n. S-772 del 4 luglio 2006 tra Costituzione e giurisprudenza comunitaria*, *Ibidem*, 19 settembre 2006, R. ROVARIS, M.A. LAURINO, A. MARCHISIO, *L'art. 13 del decreto legge Bersani*, in *Astrid*, Rassegna n. 15 del 2007, www.astrid-online.it, 6 e ss. dell'estratto; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali ...*, cit., p. 167 e ss.

soprattutto, con l'art. 3 della Costituzione, sotto tutti i profili che la disposizione costituzionale offre, non ultimo, con il principio di ragionevolezza.