



Sulla nozione di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali

Le prime sentenze sull'art. 13 d.l. Bersani.

Osservazioni a margine delle sentenze TAR Lombardia, Milano,
Sez. I, 31 gennaio 2007 n. 140 e TAR Lazio, Sez. I *ter*, 20 febbraio 2007 n. 1486

di Adriana VIGNERI

Dobbiamo al Tar della Lombardia la prima sentenza che fa applicazione dell'innovativo art. 13 del d.l. Bersani, convertito in legge n. 248/2006. L'articolo in questione – per la prima volta nella storia del nostro diritto – introduce il principio di separazione tra il regime di mercato, in cui opera il principio di concorrenza, e il regime *in house* e *quasi in house*, in cui i soggetti pubblici producono autonomamente i beni e servizi di cui abbisognano. I soggetti che operano nel regime *in house* non possono operare anche nel regime di mercato. La sanzione è la nullità dei contratti, compresi i contratti di società, che esulano dall'oggetto sociale esclusivamente consentito.

La commistione tra i due regimi, per cui il medesimo soggetto impresa opera da un lato in regime di riserva, dall'altro nel mercato, è esperienza quotidiana, incrementata grandemente dalla diffusione della forma società di capitali, cui è connaturata la libertà di azione, e la filiazione di altri soggetti societari.

La pronuncia è interessante perché fa applicazione del divieto di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti, pubblici o privati, a carico di una società che non è stata costituita - e non è partecipata - da un'amministrazione regionale o locale per la produzione di beni o servizi strumentali all'attività di dette amministrazioni. Si tratta infatti di una società partecipata da altra società posseduta interamente da una società regionale costituita per rendere servizi informatici alla Regione Lombardia, come risulta dalla descrizione che segue.

Lombardia Informatica è una società per azioni di proprietà al 100% della Regione Lombardia, che ha come oggetto sociale la *“fornitura di servizi e prestazioni informatiche nonché ogni attività a tali servizi connessa, contemplati dai piani e progetti approvati dalla Regione Lombardia”*. L’attività della società non è tuttavia destinata soltanto alla Regione Lombardia, si dice infatti che *“l’attività e le prestazioni possono essere resi alla Regione, agli Enti locali territoriali, Enti simili o assimilabili”*.

Lombardia Informatica ha dato vita alla Lombardia Servizi s.p.a., le cui azioni detiene al 100%, la quale ha un oggetto sociale anche più ampio: *“fornitura di servizi e prestazioni informatiche nonché ogni attività a tali servizi connessa, anche contemplata dai piani e progetti della Regione Lombardia”*.

Lombardia Servizi possiede il 31,68% di Santer s.p.a. .Quest’ultima società (posseduta, oltre che da Lombardia Servizi, dalla Camera di Commercio di Milano, da Unioncamere e da un privato che ne ha il 53,77%) ha partecipato, in ATI con altre ditte, ad una gara per la fornitura, messa in opera e manutenzione di un sistema informatico integrato indetta dalla Provincia di Milano, ed è risultata vincitrice.

La concorrente soccombente ha impugnato l’esito della gara per violazione dell’art. 13 della legge 4 agosto 2006 n. 248, e il TAR ha accolto il ricorso, risolvendo alcuni interessanti interrogativi, che rapidamente elenchiamo, non prima di aver ricordato il contenuto dell’art. 13:

“1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, 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, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, ne’ in affidamento diretto ne’ con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. 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 od 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 ventiquattro 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”.

1. Il primo interrogativo riguardava il punto, se la società Santer, mandante dell’ATI, rientrasse nella nozione assunta dalla norma “società a capitale interamente pubblico o misto costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali”. La partecipazione della Regione è infatti doppiamente indiretta, attraverso la Lombardia Informatica e la Lombardia Servizi. Il giudice ritiene che – possedendo il 100% in entrambe – la Regione partecipi anche nella Santer e che quindi si abbia la condizione richiesta dalla norma, un società a capitale misto partecipata dall’amministrazione regionale. La soluzione era facilitata dal fatto che la partecipazione della Regione in Lombardia Informatica e di quest’ultima in Lombardia Servizi erano totalitarie.

Lo stesso esito si sarebbe avuto – è da ritenere - se si fosse trattato di partecipazioni maggioritarie, perché si sarebbe pur sempre avuto il controllo indiretto della Regione in Lombardia Servizi. Certo, la legge richiede che si tratti di società “partecipate” dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali; la sentenza – applicando la *ratio legis* – considera equivalente il caso in cui sono partecipate da società controllate da dette amministrazioni.

In assenza del controllo sarebbe molto più difficile estendere l’applicazione della norma. Non si potrebbe obiettare, per sostenere che anche in caso di partecipazione di minoranza si incorre nei divieti, che la limitazione di operatività colpisce la società con partecipazione pubblica qualsiasi sia l’entità di quella partecipazione (“costituite o partecipate da amministrazioni pubbliche...”), perché ciò che si spezza laddove manchi il controllo è la riferibilità all’amministrazione regionale o locale della catena societaria.

Il giudice dunque ha letto la fattispecie come fosse scritto: “*società a capitale interamente pubblico o misto costituite o partecipate, anche indirettamente attraverso società controllate, dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali*”, superando così una serie di problemi, cui il legislatore dell’art. 13 ha cercato di porre rimedio in radice vietando per il futuro alle società che svolgono servizi strumentali per gli enti pubblici di partecipare ad altre società od enti.

2. Avendo superato quel primo scoglio, il giudice non si è chiesto se e come fossero soddisfatti gli altri presupposti richiesti dalla norma. Non basta infatti, per

applicare l'art.13, il requisito della partecipazione pubblica nei termini sopra illustrati, occorre anche che si tratti di società “*costituite o partecipate*” dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali “*per la produzione di beni o servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività*”. Ora, Lombardia Informatica è certamente una società di questo tipo, costituita per rendere servizi informatici alla Regione. Lombardia Servizi già non lo è, essendo costituita per offrire servizi nel mercato, e ancor meno lo è Santer s.p.a., società a maggioranza privata che opera nel mercato. Se ricerchiamo dunque questo requisito nell'ultima delle società partecipate giocoforza non lo troveremo. Il TAR ha trasferito il divieto di legge da Lombardia Informatica a Lombardia Servizi e quindi a Santer s.p.a. Dobbiamo concludere che ha commesso un errore?

In realtà la ragione che sorregge la sentenza è l'elusione del divieto compiuta da una società del tipo di Lombardia Informatica entrando nel mercato, non direttamente ma utilizzando Lombardia Servizi ed altre società da quest'ultima partecipate. La motivazione dunque avrebbe dovuto evidenziare, non tanto il fatto che la Regione Lombardia partecipa a Santer s.p.a, quanto il fatto che Lombardia Informatica, destinataria dei divieti contenuti nell'art. 13, primo comma, attraverso Lombardia Servizi e Santer perviene a svolgere prestazioni (a favore di altro soggetto, la Provincia di Milano) che le sono precluse e che direttamente non potrebbe svolgere, neppure partecipando a gare indette dalla citata Provincia. Tuttavia, anche se la motivazione della sentenza, fondata sul totale controllo da parte della Regione Lombardia delle due società intermedie e quindi sulla partecipazione alla Santer, appare insufficiente, la sentenza colpisce sostanzialmente nel segno riferendosi alla operatività sul mercato di soggetti che il legislatore vuole escludere, “perché finiscono in sostanza con l'eludere il rischio d'impresa”. In sintesi, il giudice ha applicato la norma come se fosse scritto: “*non possono svolgere, né direttamente né attraverso società partecipate, prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, ne' in affidamento diretto ne' con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti*. Questa soluzione è tra l'altro agevolata dal divieto di partecipare ad altre società od enti - che ha precisamente lo scopo di evitare che si faccia attraverso società ed enti ciò che è vietato fare direttamente.

In futuro la situazione non dovrebbe più presentarsi. Attualmente invece va considerato normale che le attività in concorrenza con gli operatori di mercato siano svolte da un soggetto distinto da quello che opera in condizione di riserva per l'ente

pubblico, ed è quindi molto importante che le sentenze adottino un punto di vista non formalistico, come ha fatto il TAR lombardo.

3. Vi è un ulteriore aspetto che merita di essere segnalato. Il giudice, nel valutare se la Santer s.p.a. rientrasse nella fattispecie prevista, ha ritenuto soddisfatto il requisito della partecipazione pubblica già per la quota spettante alla Camera di Commercio¹, mostrando così di intendere l'espressione "amministrazioni pubbliche regionali o locali" non come sinonimo di regione ed enti locali, ma comprendente anche altre amministrazioni pubbliche di ambito regionale o locale, come sono le Camere di Commercio. Trattasi di una interpretazione letterale che produce un effetto estensivo, probabilmente non messo in conto dal legislatore, che va peraltro nella direzione della *ratio legis*. Anche in altri casi, per opera di altre pubbliche amministrazioni, infatti, la presenza della mano pubblica sarebbe in grado di alterare la concorrenza tra imprese. Nel caso di specie non sarebbe stato peraltro possibile fondarsi sulla partecipazione della Camera di Commercio, dato che la società colpita dal divieto non è stata costituita o partecipata dalla CCIAA per prestare servizi strumentali alla stessa Camera, e quindi la partecipazione della Camera di Commercio, quand'anche la si ritenesse compresa nel profilo soggettivo dell'art. 13, è irrilevante. Tuttavia la sentenza merita di essere confermata perché una società, costituita e partecipata (al 100%) dalla Regione Lombardia per produrre a suo favore servizi informatici, opera nel libero mercato di tali servizi attraverso una o più altre società, mentre tale ulteriore attività le è preclusa. Merito della sentenza è aver ritenuto irrilevante che l'offerta dei propri servizi nel mercato avvenisse non direttamente ma attraverso una serie di altre società.

4. Nelle due cause in questione si presentavano anche problemi di diritto transitorio (applicazione del comma 4 dell'art. 13, come modificato dal comma 720 dell'art. 1 della Finanziaria 2007), risolti dai due TAR in termini diversi.

Nella questione decisa dal TAR Lazio si trattava di un appalto di servizi indetto dalla LAIT – Lazio Innovazione Tecnologica s.p.a. per la progettazione, realizzazione, manutenzione e gestione del nuovo servizio informativo regionale per le risorse umane della Regione Lazio. Con il ricorso, proposto dalla terza classificata ISED s.p.a., si censurava tra l'altro la illegittima ammissione alla procedura della INSIEL s.p.a., seconda classificata, società posseduta interamente dalla Regione Friuli Venezia Giulia..

¹ Per la verità questo aspetto è affermato ma non sviluppato.

Il giudice (che ha respinto il ricorso, l'infondatezza delle censure volte a contestare la posizione della seconda graduata rendendolo inammissibile) non si è pronunciato sulla sussistenza del divieto in capo all'INSIEL, avendo ritenuto irrilevante la censura perché la procedura era stata bandita e provvisoriamente aggiudicata prima dell'entrata in vigore del decreto legge (l'aggiudicazione provvisoria è del 28 giugno 2006, quella definitiva del 24 ottobre successivo), e la INSIEL non avrebbe potuto essere esclusa nel momento dell'ammissione perché la norma non era ancora in vigore. Il TAR Lazio non ha quindi avuto interesse ad approfondire il significato del secondo periodo del comma 4 dell'articolo 13, mentre il TAR Lombardia lo ha fatto, nei termini che ora vedremo.

Nella questione decisa dal TAR Lombardia, alla data del bando di gara (31.05.2006) la società Santer poteva legittimamente partecipare; alla data dell'aggiudicazione (22 agosto 2006) era già entrato in vigore (12 agosto) l'art. 13 del d.l. Bersani, poi convertito nella legge n. 248/2006 e modificato dalla legge finanziaria 2007. Il giudice ha ritenuto che “nella specie, pur trattandosi di gara bandita anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto legge richiamato, a quest'ultima data non vi era un contratto concluso, ma solo un'aggiudicazione, che conclude bensì il procedimento, ma non costituisce contratto nel senso inteso dal legislatore”. In altri termini, non essendo stato stipulato il contratto, ma soltanto concluso il procedimento, il cui esito è stato impugnato ed annullato, non soltanto non vi è il contratto richiesto dalla norma, è anche escluso che esso possa essere stipulato per effetto della contestuale pronuncia giurisdizionale. Con conseguente inapplicabilità della clausola di salvezza secondo cui “*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*”.

E' evidente la diversa rilevanza della questione di diritto intertemporale nei due casi, ma anche il diverso rigore con cui il TAR Lombardia legge la norma.